

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: PACTO DE RETROVENTA

RESUMEN: En el presente informe investigativo, se examina el tema del pacto de retroventa desde una perspectiva doctrinaria, normativa y jurisprudencial. A este propósito, se incorpora el concepto y los elementos componentes de la retroventa. Asimismo, se incorporan aspectos de importancia, tales como la simulación del pacto, su naturaleza jurídica, el carácter condicional y la diferencia respecto del pacto de reserva. Finalmente, se incorpora la normativa y jurisprudencia relacionada, donde se examina la puesta en práctica de la figura en cuestión y sus principales problemas.

Índice de contenido

| | |
|---|----|
| 1. Doctrina..... | 2 |
| a. Concepto | 2 |
| b. Elementos..... | 3 |
| c. Simulación del Pacto de Retroventa..... | 3 |
| c. Naturaleza Jurídica del Pacto..... | 6 |
| d. Carácter Condicional del Pacto..... | 7 |
| e. Diferencia entre los Pactos de Reserva y Retroventa..... | 9 |
| 2. Normativa..... | 10 |
| a. Código Civil..... | 10 |
| 3. Jurisprudencia..... | 10 |
| a. Análisis sobre nulidad en caso de existir préstamo mercantil con garantía real y pacto comisorio como relación subyacente. . | 10 |
| b. Concepto, normativa aplicable y distinción con el préstamo mercantil o con el pacto comisorio..... | 14 |
| c. Deber de valorar la intención negocial de los contratantes | 16 |

| | |
|---|----|
| d. Vicios del consentimiento contractual..... | 20 |
| e. Negociación usualmente utilizada en fraude de ley..... | 25 |

DESARROLLO:

1. Doctrina

a. Concepto

[FERRARI, Óscar María]¹

"El pacto de retroventa recibe en la actualidad diversas denominaciones en el derecho comparado.

Así, en Francia se lo denomina "pacte de réméré" o "faculté de rachat". En Italia, "riscatto convenzionale" o "patto di riscatto". En Alemania, el Código legisla el "retracto" o "Wiederkauf ou Rückkauf vertrag"; en Suiza se lo denomina como en Francia; en España, "retracto convencional" y en los países latinoamericanos, "retro-venta", a excepción de Brasil, donde se lo denomina indistintamente "a retrovenda" o "cláusula de retracto" o "de rescate convencional".

Estas denominaciones, en lo que al derecho francés atañen, pero que podrían generalizarse a las demás legislaciones con alguna excepción como Alemania, han sido objeto de la crítica de Troplong. El insigne tratadista dice que de la definición que da el Código Civil ("la reserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal", etc.), resulta que el retracto no es una nueva venta sino una disolución de la venta realizada. Y que a las expresiones "pacte de rachat", "pacte de réméré", les falta exactitud, pues nada hay de reventa en el contrato de que se trata. Afirma que se trata de denominaciones vulgares, siendo la de "retracto convencional" la más conforme a la verdad, pero la menos empleada en la práctica.

Refuta a Durantón cuando dice que en el derecho romano el "pactum de retrovendendo" operaba una reventa entre el vendedor y el comprador primitivos, diciendo que no conoce el texto que autorice esta afirmación, ya que los que él ha citado prueban de una manera definitiva que el pacto no operaba otra cosa que una resolución de la venta. Luego de analizarlos dice que numerosos autores han visto en el pacto una nueva venta y que ellos llevaron a muchos jurisconsultos a creer que la costumbre había impreso al retracto convencional caracteres tales que estaba en oposición con el derecho romano, y que ellos son los que han creado esa denominación inexacta de "pactum de retrovendendo"; que Durantón habla de ella como perteneciendo al lenguaje del derecho romano y que ello es un error. Ninguna ley del Corpus Juris hace semejante mención y que es necesario remontarse al latín vulgar de la Edad Media para encontrarla.

La exactitud de la crítica de Troplong ha llevado a gran parte de los autores extranjeros a reproducirla, criticando las denominaciones dadas por las legislaciones contemporáneas.

Enneccerus-Kip-Wolf dicen que el retracto legislado por el Código Alemán no puede ser considerado como retroventa, pues ésta exige una nueva venta del comprador al vendedor, mientras en aquél basta una declaración unilateral de voluntad.

En Italia, los autores distinguen el "patto di riscatto" de la retroventa fundados en consideraciones parecidas. Lo mismo puede decirse del derecho francés.

La denominación jurídica del pacto que nuestro Código llama de retroventa, es la de "retracto", conforme a lo expuesto. Sin embargo, emplearemos a veces la palabra "retroventa" por ser la que consagran nuestros antecedentes nacionales."

b. Elementos

[FERRARI, Óscar María]²

"El derecho de retracto convencional es aquella cláusula del contrato de compraventa según la cual el vendedor está autorizado a recuperar el bien vendido y entregado siempre que restituya el precio con aumento o disminución y reembolse al comprador los gastos y todo otro pago legítimo hecho por la venta, por las mejoras necesarias y por aquellas que han aumentado el valor de la cosa hasta el monto de ese aumento; todo ello dentro de cierto término. Al comprador le asiste el derecho de retención.

Por ejemplo: "Os vendo tal campo mediante equis pesos que me pagaréis inmediatamente, y me reservo el derecho de recuperar la cosa vendida reembolsándoos el precio en un plazo de tres años".³⁵

Los elementos que integran la noción del derecho de retracto convencional son los siguientes:

- A) Facultad de recuperar el bien vendido, por parte del vendedor;
- B) Tradición del bien;
- C) Restitución del precio, con aumento o disminución;
- D) Reembolso de los gastos y pagos legítimos o normales;
- E) Derecho de retención;
- F) Término."

c. Simulación del Pacto de Retroventa

[SOTO VILLALOBOS, Erick]³

"De ordinario, la declaración expresa una voluntad verdaderamente existente, y por correlación, la voluntad encuentra en la declaración el medio idóneo que la expresa. Se dice que, en tales casos, voluntad y declaración concuerdan.

Pero, puede ocurrir que la declaración no exprese fielmente la voluntad, o que se emita la declaración sin que exista una voluntad efectiva. Es entonces cuando entramos en el campo de las declaraciones simuladas.

Vinculado con la declaración de voluntad en el contrato se ofrece el fenómeno jurídico de la simulación del mismo. Es en este ámbito de la declaración de voluntad contractual el que puede darse la posibilidad del fenómeno jurídico de la simulación, cuando de modo consciente tal manifestación resulta opuesta a la verdadera voluntad.

Tradicionalmente la simulación ha sido refutada como una ficción de la realidad, y el negocio simulado como aquél que tiene una apariencia contraria a la realidad,, bien porque no existe en absoluto, o bien porque es distinto de como aparece. La simulación negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio normal otro propósito negocia!; ya sea éste contrario a la existencia, misma, ya sea el propio de otro tipo de negocio. El contrato simulado es una figura o negocio sin contenido de voluntad real: entraña una oposición o divergencia consciente entre la voluntad verdadera y la declarada, y se halla por lo mismo condenado a no producir ningún efecto jurídico.

Con la simulación se pretende la creación de un ambiente o apariencia falsa, para inducir a los demás a error acerca de la verdad del hecho respectivo; es decir, pretende inducir a los demás a error sobre determinada cosa. Por esa razón, el engaño o fraude es connatural a la simulación. Constituye una apariencia sin contenido de voluntad real, sin verdadero consentimiento, y por ser el consentimiento un elemento esencial del contrato (según lo dispuesto por el artículo 1007 del Código Civil), será un negocio inválido, ineficaz, por faltarle ese elemento esencial, pues no hay un contrato sin consentimiento.

Son necesarios dos elementos para que pueda hablarse de simulación;

a) Que concurren al menos dos sujetos: hacen falta dos declaraciones de voluntad, las que combinándose entre sí nos dan a su vez el segundo elemento.

b) Acuerdo Simulatorio: Presupone, la declaración simulada, un

acuerdo de partes en manifestar algo que no es realmente lo deseado; sin embargo, debe quedar claro que este concierto ficticio no es el consentimiento que se requiere en todo contrato. El contenido del acuerdo simulatorio consiste en establecer cuál sea el alcance jurídico efectivo que deben tener las declaraciones de voluntad, emitidas simultánea o sucesivamente por las partes; alcance jurídico que, de cualquier manera, es diverso del que tendrían esas declaraciones en su tenor literal y objetivo. En definitiva, consiste en atribuir al acto un alcance jurídico diverso del que tendría por sí.

El acuerdo simulatorio prevé agregados, sustracciones o modificaciones al contenido del negocio, o bien la sustitución absoluta del mismo por otro contenido.

De cualquier forma, un acuerdo simulatorio debe existir; sin él la simulación no sería eficiente, ni siquiera entre las partes.

En cuanto a los requisitos de la simulación, son básicamente tres:

- a) Acuerdo de partes.
- b) Discordancia intencional entre la voluntad y la declaración.
- c) Ánimo de engañar a terceros.

De tal forma,, en la simulación, las partes están de acuerdo en crear el negocio ficticio y hacerlo aparecer como real. Ellas están siempre motivadas por un deseo de engañar, pero, sin embargo, no necesariamente por un deseo de causar daño, es decir, pueden darse simulaciones lícitas movidas por un simple deseo de hacer las cosas privadamente, sin que nadie se entere de ellas, pero debemos agregar que lo más frecuente es que la simulación sea ilícita.-

En relación con esto último, podemos decir que la finalidad común a todas las formas de simulación es el engaño a terceros. Con esta finalidad los contratantes, siguiendo particulares intenciones, buscan engañar a terceros de buena fe. "La entraña de la simulación en los contratos está constituida por el acto ficticio totalmente apartado de la auténtica intención de sus realizadores y cuya única finalidad es la producción en los terceros de un estado de error".

A lo anterior agrega el comentarista patrio Pablo Casafont que: "Ese negocio está destinado a provocar una ilusión en el público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando en verdad o no se realizó, o se realizó otro negocio diferente".

Este aspecto constituye lo más característico del negocio simulado, sin perjuicio de otras características como: "la

divergencia querida y deliberadamente producida entre la voluntad y la manifestación, el acuerdo simulatorio, y el fin de engañar a los terceros, extraños al acto". "La nota más distintiva del contrato simulado es la divergencia intencional entre voluntad y declaración".

El ánimo de engaño es lo que constituye la principal razón de ser de la simulación; sin embargo, no debe confundirse la intención de engañar con la intención de "dañar", pues si bien hay consenso en esta intención engañosa, también lo hay en que no necesariamente implica ella un daño a terceros. Es decir, puede hablarse válidamente de una simulación lícita. Esta es una posición incluso avalada por el connotado tratadista Messineo que sobre el tema dice: "La finalidad de la simulación ... pues de ser lícita".

d. Naturaleza Jurídica del Pacto

[CASAFont ROMERO, Pablo]⁴

"La retención del dominio en la compraventa, reafirma el principio de separación entre el contrato y la transferencia de la propiedad, supuesto que, por su medio, este último fenómeno no se produce en el momento de la tradición o entrega de la cosa, lo que ocurriría de no intervenir el pacto, sino que se difiere o aplaza al tiempo en que sea pagado el precio. Despliega su eficacia el pacto, retardando la transmisión del dominio e impidiendo que ésta tenga lugar al perfeccionarse el contrato o al ser entregada la cosa, para diferirla al momento del cumplimiento por el comprador de su prestación de pago del precio.

El pacto, por lo mismo, altera el efecto primordial de la compraventa, la transmisión de la propiedad, en el sentido dicho, y a ésta se limita tan solo. Su existencia jurídica deriva de la voluntad de las partes en el contrato principal de compraventa, del cual viene a ser un agregado, una cláusula, un "pacto" que integra el contenido contractual; es, en suma, un acuerdo específico de partes, dentro del concierto de voluntades que importa el contrato, dirigido a un fin: el de retener el vendedor el dominio de la cosa vendida hasta el momento en que el comprador pague el precio. Formando parte del contrato principal del que, como queda expuesto, es tan solo una cláusula, agregado o estipulación, todo indica que ha de ser en el momento de celebrarse dicho contrato que pueda pactarse la reserva; sin embargo, es jurídicamente posible celebrar un pacto de reserva después de concluido el contrato principal de compraventa, siempre que ello tenga lugar antes de la entrega o tradición de la cosa. Se explica esto por la circunstancia de que, siendo la entrega de la cosa la que transmite el dominio –en el sistema de la tradición–, sea celebrado un contrato de compraventa sin la

reserva por cuanto las partes no tuvieron la intención de disponerla, pero que luego la acuerden, para lo cual estarían en tiempo siempre que ello ocurra antes de la tradición; aunque no concertado el pacto, en este caso, juntamente con el contrato principal, no por ello perdería su carácter de tal, porque siempre habría de estimarse como un agregado o adición y de cuyo contenido contractual vendría a formar parte. Lo que jurídicamente no sería dable, es un pacto de reserva posterior a la tradición o entrega, ya que si con ésta se transmite al comprador el dominio de la cosa, vano resultaría hablar de una reserva, pues el vendedor no podría retener lo que ya traspasó, y en tal caso, el acuerdo de voluntades al respecto implicaría una retransmisión de comprador a vendedor, propiamente una nueva enajenación. Por lo demás, y siendo resultado de un acuerdo de voluntades entre vendedor y comprador, carecería de valor una reserva declarada por voluntad unilateral del primero en el momento de la tradición, ya que de no mediar convenio, no estaría obligado a pasar por ella el comprador."

e. Carácter Condicional del Pacto

[CASAFONT ROMERO, Pablo]⁵

"El pacto de reserva incide únicamente en el fenómeno traslativo del dominio, y al diferir éste opera como una condición suspensiva, constituida por el pago del precio que reviste los caracteres de hecho futuro e incierto. Conviene precisar que la condición afecta la transmisión de la propiedad, como fenómeno separado y no el contrato de compraventa: en efecto, si la finalidad de la reserva, es la de aplazar la transmisión del dominio al momento del pago del precio, esto indica que la condición suspensiva, consistente en ese hecho del pago del precio, toca con la transferencia de la propiedad y no con la perfección misma del contrato, ya que la existencia de éste no se subordina al cumplimiento de una condición. Prueba de ello es que el contrato ha podido concluirse, si bien con una cláusula referida exclusivamente a la traslación de la propiedad cuanto al momento en que deba tener lugar por voluntad de las partes, y mayormente si se considera, como ya se dijo, que el contrato ha podido celebrarse sin reserva y que con posterioridad y antes de la entrega sea convenida por las partes, condicionando de tal modo y únicamente la transmisión del dominio que, en razón del pacto, no tendrá lugar en el momento de la tradición sino en el del pago del precio.

Sobre el particular, en la obra citada de ENNECCERUS (t. II, Vol. 2, pág. 108, nota segunda), dicen sus anotadores Pérez González y Alguen". Dada la finalidad del pacto de reserva de la propiedad

por el vendedor hasta el completo pago del precio de asegurar éste, se ha de entender que ese pago condiciona suspensivamente la transmisión de la propiedad. Cuando el precio se paga, la propiedad se transfiere sin necesidad de ulterior declaración al comprador, ya que sólo del cumplimiento de esa condición depende la adquisición de su derecho. La sentencia de 11 de marzo de 1929 afirma la condición suspensiva y explica la no transmisión inmediata de la propiedad, porque la tradición carece de animus en ese sentido, y la sentencia de 15 de marzo de 1934 aclara el alcance de la condición suspensiva refiriéndola no al nacimiento de las obligaciones, sino a la transmisión del dominio".

En el aspecto condicional del pacto, de que se trata, surge la duda si, en rigor de derecho, el pago del precio por parte del comprador y del cual se hace depender la transmisión del dominio, es realmente constitutivo de una condición suspensiva. Lo del carácter suspensivo del hecho no ofrece cuestión, por ser evidente que "suspende" la traslación de la propiedad al diferirla a la fecha del pago del precio; la duda sobreviene en cuanto al hecho en sí del pago del precio, de estimarse como dependiente tan solo de la voluntad del comprador y en mérito a aquella regla en materia de obligaciones condicionales a que alude el artículo 681 de nuestro Código Civil, que tiene por "nula la condición que hace depender la eficacia de la obligación únicamente de la mera voluntad del promitente". Mas es lo cierto que en punto a las condiciones "potestativas", y la que envuelve el pacto de reserva ostenta ese carácter en cuanto depende en mucho de la voluntad del comprador el pago del precio, la doctrina distingue las "simplemente potestativas" o "simples" de las "rigurosamente potestativas" o "puras", aludiendo con las primeras a las que suponen no solamente una manifestación de voluntad del interesado sino el cumplimiento de un hecho exterior, y con las segundas, a las que dependen única y exclusivamente de la voluntad; es de enmarcar en la primera categoría el pago del precio, que importa un hecho no dependiente de un modo absoluto y exclusivo de la voluntad del comprador, sino que ésta juntamente con otros factores, como es obvio, por lo que no sería de estimar como de las contempladas por el texto legal citado, sea de las que dependen únicamente de la mera voluntad, es decir, subordinada plena y exclusivamente del arbitrio de una sola persona.

Lo que viene dicho, respecto al pacto de reserva en su aspecto condicional –sea en la existencia de una condición suspensiva potestativa representada por el evento futuro e incierto del pago del precio–, es extensivo a otro pacto que suele figurar en el mismo contrato de compraventa, si bien actuando la condición en sentido inverso, como resolutoria potestativa: el pacto de retroventa. En éste, la facultad de rescate de la cosa vendida,

por parte del vendedor, opera como "condición resolutoria potestativa", aunque de índole "simplemente potestativa", porque si bien constituye un derecho o facultad del enajenante recuperar la cosa vendida, su ejercicio y efectividad no dependen plena y exclusivamente de su arbitrio, ya que al hacerlo valer tiene la obligación de restituir al comprador el precio y abonar gastos, hechos éstos no subordinados, en rigor, a la exclusiva voluntad del retrayente.

La anterior referencia al pacto de retro en la venta, por la intervención en el mismo de una modalidad condicional que también se da en el de reserva, si bien con eficacia diversa, como queda expuesto, autoriza para una síntesis comparativa entre ambos pactos para mejor delimitar los alcances propios del de retención de dominio."

f. Diferencia entre los Pactos de Reserva y Retroventa

[CASAFONT ROMERO, Pablo]⁶

"Señalados han sido los rasgos que caracterizan la reserva de propiedad en la compraventa y que le dan su particular fisonomía jurídica. Confrontándola con el pacto de retro, se ponen de relieve las siguientes notas diferenciales:

La venta con pacto de reserva de dominio, está sometida en cuanto a la transmisión de la propiedad a una condición suspensiva potestativa, consistente en el pago del precio.

La venta con pacto de retro está sujeta a condición resolutoria potestativa constituida por la facultad del vendedor de adquirir nuevamente la cosa, con devolución del precio.

En el de reserva, la propiedad no se transmite al comprador ni en el momento de la celebración del contrato ni en el de la entrega de la cosa, sino en el del pago del precio con lo que se hace propietario de la misma, continuando el vendedor como dueño hasta ese último momento en que se cumple la condición suspensiva.

En el de retroventa la propiedad de la cosa se transmite al comprador en el momento de celebrarse el contrato convirtiéndose en dueño de la misma, pero con facultad el vendedor de recuperarla, dentro del plazo convenido o del legal, con devolución del precio, actuando como condición resolutoria.

En el pacto de reserva, la condición afecta solamente la transmisión de la propiedad y no el contrato en sí; en el de retrocompra afecta tanto la transferencia del dominio como el contrato, al resolverse éste.

Diversas son las consecuencias o efectos jurídicos que de esas modalidades, como agregados en la compraventa, derivan, siendo los

del pacto de reserva del dominio los que interesan en este desarrollo, que cabe referir.”

2. Normativa

a. Código Civil⁷

Artículo 421.-

Es nula la convención que estipule para el acreedor, en caso de no cumplimiento de parte del deudor, el derecho de apropiarse los bienes hipotecados.

Artículo 1094.-

Cuando la convención no ha reglado la duración de la facultad de retroventa, o cuando ha indicado un término mayor de cinco años, el plazo para ejercitarlo queda, de pleno derecho, fijado o reducido a ese término.

Por el solo transcurso del término señalado para ejercitar la retroventa se pierde tal derecho.

Artículo 1098.-

Si el derecho de retro - compra pasare a dos o más personas, será necesario el consentimiento de todas ellas para recuperar la cosa, salvo que ofrezcan ejercitar su derecho por el todo.

Pero en este caso está autorizado el comprador para retener las partes de los que no quisieren hacer uso de la acción de retro - compra.

3. Jurisprudencia

a. Análisis sobre nulidad en caso de existir préstamo mercantil con garantía real y pacto comisorio como relación subyacente

[TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL]⁸

"III- El presente asunto, según lo que se analizará más adelante, corresponde a una práctica ilícita que desafortunadamente algunas personas que prestan dinero han tratado de utilizar para menoscabar los derechos de sus deudores. El mecanismo utilizado, basado en una apariencia de legalidad, sería el siguiente: el prestamista entrega a su deudor una determinada cantidad de dinero y este último le traspasa -en apariencia- un bien que le pertenece, constituyendo implícitamente una garantía de pago. Con el fin de evitarse una futura ejecución, se dispone que la parte vendedora (realmente deudora) tiene el derecho a recuperar el bien pagando el precio supuestamente recibido como pago (el cual en realidad es un préstamo) más un incremento en el precio (lo cual sería el rédito producido por el préstamo). Así, si el vendedor (en realidad deudor) no ejerce su derecho de recompra (en realidad el pago de la deuda y sus intereses), se consolida el traspaso del dominio sobre el bien que había sido "vendido" (en realidad, dado en garantía), sin necesidad de la intervención de los órganos jurisdiccionales. Con ello se trata no sólo de evitar la ejecución judicial, sino de evadir la prohibición contenida en el artículo 421 del Código Civil, según el cual "Es nula la convención que estipule para el acreedor en caso de no cumplimiento de parte del deudor, el derecho de apropiarse los bienes hipotecados". En pocos procesos la situación irregular apuntada en el considerando anterior aparece con tanta claridad como en el presente asunto. En la escritura otorgada ante la cartularia Esther Valverde Mora, en la localidad de Parrita, a las doce horas del trece de setiembre de 2001, la señora Hannia Ortiz Godínez supuestamente vendió el inmueble objeto de este proceso a Miguel Mena Rojas, por la suma de un millón quinientos mil colones. En ese momento, la supuesta vendedora tan solo recibió un millón de colones. Un mes después, se estipuló, recibiría los quinientos mil colones restantes. Hasta ahí el negocio parecía una simple compraventa. Sin embargo, se estipuló lo siguiente: "En este acto don Miguel se compromete y obliga a que si el trece de setiembre del año dos mil dos, la señora Ortiz le paga la suma de un millón quinientos mil colones, más un interés mensual del cuatro por ciento a partir de hoy, este le devolverá la finca que por esta escritura adquiere (...) Doña Hannia continuará en posesión de la propiedad hasta el trece de setiembre del año dos mil dos, fecha en que se compromete y obliga a desocupar el bien inmediatamente, en el supuesto de que no le

pague a don Miguel...". Hay indicios claros, precisos y concordantes de que estamos frente a un préstamo con pacto comisorio y no ante una verdadera compraventa con pacto de retroventa. En primer lugar, es sintomático del fraude a la ley el hecho de que la supuesta vendedora continúe en posesión del bien durante el término de vigencia del supuesto pacto de retroventa (el cual es en realidad el plazo para pagar el préstamo), lo cual denota que no ha existido materialmente una traslación del poder real o posesión del bien. En segundo lugar, resulta propio de un contrato de préstamo el establecimiento de intereses sobre el capital adeudado, máxime si se establece una elevada tasa de un cuatro por ciento mensual (48% anual). No se entiende como una persona que venda simplemente su bien previendo la posibilidad de recomprarlo, estipule que para recuperarlo no solo debe devolver lo que recibió por el (un millón quinientos mil colones), sino además la suma de setecientos veinte mil colones. El pacto de retroventa debe ser admitido únicamente cuando existen motivos claros que hagan razonable un interés en recuperar el bien dentro de un cierto plazo. Así, por ejemplo, si una persona decide buscar nuevos horizontes laborales en un lugar lejano (piénsese en el extranjero), puede ser que decida vender su casa, pero previendo que dentro de un cierto tiempo (vg. unos meses o un año) pudiera ser que no hubiera tenido éxito, incluiría una cláusula de retroventa a su favor, de tal forma que si decide regresar podría recuperar su antigua morada. La cláusula de retroventa, entonces, se incluye en la situación racional o normal en beneficio del supuesto vendedor y no como un medio para que el comprador pueda obtener algún provecho económico, como el pago de intereses a un 48% anual. Resulta contrario a los fines del actor la forma en la cual se estipuló la cláusula de retroventa, pues en ella se obliga a la señora Ortiz a desalojar el bien "...en el supuesto de que no le pague a don Miguel". Si se tratara de una cláusula de retroventa no se estaría hablando de un incumplimiento de pago, por el contrario, se estipularía que en caso de no querer ejercer el derecho de retroventa, el bien debería ser entregado al supuesto comprador. Al referirse a un incumplimiento de pago, claramente se está aludiendo a un préstamo y no a una compraventa. En los hechos de la demanda, el actor enfatiza en que la señora Ortiz no le ha pagado lo adeudado, ni sus intereses y no ha hecho abandono del bien. En la cláusula quinta señala que le adeuda de capital un millón quinientos mil colones, más intereses en la suma de setecientos mil colones, liquidados del trece de noviembre del 2001 al tres de octubre del 2002. Con toda claridad se extrae, entonces, que en realidad se dio un préstamo con cláusula comisorio y no una simple venta con pacto de retroventa. Esto se extrae también de la petitoria de la demanda, en la cual se solicita se ordene a doña Hannia a pagar lo adeudado. De tratarse

de una venta con pacto de retroventa, al vencer el plazo fijado para su ejercicio, simplemente el bien continuaría en poder del comprador y caducaría el derecho del vendedor a recuperarlo. No existiría entonces ninguna deuda que reclamar, como lo hace la parte actora. De manera subsidiaria, en caso de no cumplir con el pago reclamado la accionada, se pide se le condene a desocupar el bien. En la sentencia apelada se condenó a la accionada a pagar intereses sobre la suma supuestamente adeudada y, además, se ordenó su lanzamiento, imponiéndole el pago de ambas costas del proceso a la vencida. V- En su apelación, la demandada afirma que en realidad lo que existió fue un contrato de préstamo y el documento firmado perseguía soslayar sus derechos procesales de un proceso ejecutivo. Afirma que canceló muchas mensualidades de intereses. Además, alega, el actor no cumplió con entregarle la cantidad de quinientos mil colones adicionales, motivo por el cual al ser parte incumpliente no tenía legitimación para solicitar la devolución de un millón quinientos mil colones. Como se analizó, el contrato firmado por las partes fue en realidad un préstamo y no una venta con pacto de retroventa. Por ello, la sentencia apelada, en cuanto dispuso el lanzamiento de la demandada del bien supuestamente vendido, pero que en realidad había sido dado en garantía, debe revocarse. Acceder a la pretensión indicada, como se señaló, quebranta abiertamente el artículo 421 del Código Civil, permitiría otorgarle a la parte actora beneficios contrarios a los principios de buena fe y equidad regulados en el párrafo primero del artículo 1023 del citado Código y, además, sería cohonestar un ejercicio antisocial del derecho, lo cual va en contra de los artículos 21 y 22 del citado Cuerpo de Leyes. Pese a ello, sí consta en autos que existió un préstamo del actor a favor de la demandada, entregándose tan solo la suma de un millón de colones. No consta en autos que el actor entregara adicionalmente la suma de quinientos mil colones el trece de octubre del año 2001, pues no aportó prueba alguna en tal sentido y ni siquiera en su demanda indicó haberlo hecho. Por ende, el préstamo quedó circunscrito a la cantidad de un millón de colones. En la demanda se afirma que se pagaron intereses por dos meses sobre el capital adeudado y se liquidan réditos por once meses, a partir del trece de noviembre de dos mil uno al tres de octubre del dos mil dos, al cuatro por ciento mensual. Sobre un capital de un millón de colones, los réditos respectivos serían de cuatrocientos veintiséis mil seiscientos sesenta y seis colones con seis céntimos. En el presente asunto, a pesar de no haberse entregado la suma de quinientos mil colones adicionales estipulados en el documento suscrito por las partes, tal hecho no exime a la parte deudora de su deber de pagar la cantidad realmente prestada y los réditos respectivos sobre ella, es decir, al vencimiento del año pactado debió devolver el millón de colones

y sus respectivos intereses, lo cual no hizo. Sería un enriquecimiento injustificado y un ejercicio antisocial del derecho permitir que la demandada no cumpliera con la devolución de lo que efectivamente recibió y sus intereses. Por ello, la parte actora tiene legitimación para su cobro, a pesar de no haber completado la entrega del dinero pactado por no haber entregado los quinientos mil colones restantes. Por ello, la demanda debe acogerse parcialmente, obligando a la accionada a pagar la suma de un millón de colones de capital y cuatrocientos veintiséis mil seiscientos sesenta y seis colones con sesenta y seis céntimos de intereses reclamados en la demanda. Cabe señalar que no se condena al pago de intereses posteriores a los liquidados pues ni en el hecho quinto de la demanda ni en las pretensiones (folio 7) se pide el pago de intereses futuros, motivo por el cual cualquier pronunciamiento al respecto configuraría el vicio de ultra petita."

b. Concepto, normativa aplicable y distinción con el préstamo mercantil o con el pacto comisorio

[SALA PRIMERA]⁹

"V. Conforme a lo expresado en el considerando anterior, el reproche se limita a la presunta violación del valor probatorio de la escritura pública señalada por el casacionista, conforme al ordinal 370 del Código Procesal Civil, y a la falta de valoración en conjunto tanto de dicha probanza como de la testifical por él ofrecida, en supuesta infracción del canon 330 ibídem, todo lo cual implicaría una eventual trasgresión de los artículos 421 y 1015, inciso segundo, del Código Civil. El numeral 370 del Código Procesal Civil establece el carácter de plena prueba de los documentos públicos. En lo que interesa, la escritura pública No. 38-13, autorizada por la notaria María Marcella Jiménez Retana, cuyo testimonio luce a folio 58, indica: "Que el primero es dueño de la patente de Licores nacionales Numero: (SIC) CIENTO CINCUENTA Y TRES que le fuera adjudicada por la Municipalidad de San Carlos y la cual se encuentra funcionando en Bar y Restaurante BIRITECA, localizado cincuenta oeste de la Escuela. Dicha patente la vende a la sociedad representada por el segundo quien acepta por el precio de UN MILLÓN DE COLONES NETOS que ha recibido en dinero en efectivo. Comprometiéndose desde ya la vendedora colaborar con los trámites pertinentes ante la Municipalidad. En este mismo acto acuerdan los comparecientes que si en el plazo de DOS MESES contados a partir de hoy el señor ISAÍAS PORRAS MEJÍAS de calidades dichas, le devuelve a la empresa TIENDA LA FORTUNA S.A. la suma expresada de UN MILLÓN DE COLONES mas (sic) los intereses correspondientes pactados al ocho por ciento mensual, pagaderos por mes adelantado, la aquí adquirente le devolverá mediante

escritura pública la venta de la patente supracitada. ES TODO." De la literalidad de lo anterior, contrario a lo expresado por el señor Porras Mejías, no se desprende la existencia de un préstamo mercantil ni de un pacto comisorio. Lo anterior por cuanto existe la figura negocial de la venta con acuerdo de retracto, es decir, aquellos casos en los que el vendedor prevé la posibilidad de volver a adquirir el bien de su comprador. Esta se conceptúa como aquella cláusula mediante la cual el vendedor se obliga a adquirir la cosa negociada, reintegrando al comprador el precio, más intereses y otros pagos legítimos. Se constituye, así, en una posibilidad convencional de recuperar el bien objeto de la compraventa, por parte del vendedor, en una suerte de condición resolutoria. Tal figura negocial se halla regulada en los artículos 1094, 1095, 1096, 1097 y 1098 del Código Civil. En consecuencia, el haberse convenido una venta con acuerdo de retracto no constituye, per se, que se esté en presencia de un pacto comisorio. Este último se conceptúa como aquella convención entre acreedor y deudor, donde el segundo da un bien en garantía, bajo la cláusula de que el primero podrá apropiársela directamente, si el obligado incumple. De conformidad con la doctrina, esta prohibición se justifica en que, normalmente, quien busca un préstamo dinerario está impulsado por una necesidad económica. Si esta resulta apremiante y el deudor aceptara un pacto comisorio, podría perder el bien dado en garantía por una suma inferior a su valor real. Por el contrario, si existe el resguardo de la venta pública, en la almoneda podría pagarse su verdadero monto, con esto se saldaría lo debido y, además, el sobrante quedaría a favor del ejecutado. En ese tanto, el Tribunal no violentó el ordinal 370 del Código Procesal Civil, porque la escritura pública por sí misma sólo comprueba la existencia de este tipo especial de compraventa, no lo pretendido por el casacionista en cuanto al acuerdo comisorio, en los extremos expuestos. A la vez, tampoco la previsión del pago de intereses constituye en sí un préstamo mercantil, ya que pueden ser generados por cualquier tipo de deuda dineraria, no originada en un negocio jurídico de préstamo, tales como las que se originan de las indemnizaciones por responsabilidad aquiliana o el pago a tractos de un precio, entre otros casos. De toda forma no es una estipulación extraña a los negocios jurídicos de venta con pacto de rescate. En un segundo orden de ideas, acerca del supuesto quebranto a las reglas de la sana crítica racional en el análisis del material demostrativo, debe indicarse que, en el sub júdice, la prueba testimonial ofrecida por el actor no fue, en modo alguno, contundente ni esclarecedora de lo sucedido entre las partes. Es claro que los testigos ofrecidos no estuvieron presentes durante la etapa de tratativas ni en la celebración del acuerdo. Los declarantes ofrecidos tan sólo indicaron haberse

presentado ante el personero de la empresa demandada, supuestamente a cancelar una deuda cuyo capital era de ₡ 1.000.000,00, pero, ambos son confusos al indicar la causa de dicho pago, la data del mismo, o bien, los pormenores del préstamo mercantil alegado. Lo anterior, le otorga un grado de incertidumbre a sus afirmaciones, que no permite arribar a la convicción necesaria para declarar nulo el contrato de compraventa suscrito entre ambos litigantes. Lo apreciado, en este caso, es una desatención a la carga de la prueba, impuesta al demandante en el artículo 317, inciso primero, del Código Procesal Civil. El amparo de un derecho, en estrados, precisa de la aportación de prueba suficiente para convencer de su tenencia y de la certeza de los hechos en los cuales se cimienta su alegación. La declaratoria de nulidad de un contrato requiere, de manera irreductible, que se compruebe, sin duda alguna, el vicio acusado. Ello deriva en la necesidad, para quien la invoca, de presentar prueba palmaria sobre lo recriminado, pues, de lo contrario, habrá de mantenerse la vigencia del convenio, rechazándose la demanda. Por consiguiente, no procede en forma parcial el argumento esbozado por el ad quem, quien se fundamentó en el canon 353 del Código Procesal Civil, porque si se ataca la validez de un negocio jurídico plasmado en un documento, recriminándose de espurio lo transcrito en el mismo, toda prueba puede ofrecerse en su contra y la tasación demostrativa que se establece en dicha norma no será aplicable al caso concreto. Empero, estima la Sala, el Tribunal también basó su decisión en la inobservancia a la carga dispuesta en el mencionado precepto 317, inciso primero, ibídem, por lo cual se ajusta a derecho por los motivos manifestados. En consecuencia de lo anterior, no se encuentran los errores de valoración probatoria acusados en el recurso ni infracción mediata alguna contra los artículos 421 y 1015 del Código Civil, motivos que conllevarán a rechazar el cargo expuesto por el recurrente."

c. Deber de valorar la intención negocial de los contratantes

[TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL]¹⁰

"VII. La situación descrita nos conduce necesariamente al estudio del pacto comisorio, desde luego que los supuestos fácticos en que descansa este litigio, son susceptibles de ser enmarcados en dicha figura jurídica, cuyos contornos han sido definidos con meridiana claridad, en numerosos antecedentes de la jurisprudencia de Casación.- En ese sentido, lo muestra el siguiente extracto: "... el denominado pacto comisorio está expresamente prohibido, tanto por el numeral 536 del Código de Comercio, como por el 421 del Código Civil,... En lo que interesa dispone la primera de esas normas: "Es nula toda cláusula que autorice al acreedor para apropiarse de la prenda o para disponer de ella en caso de no pago". La segunda

señala: "Es nula la convención que estipule para el acreedor, en caso de no cumplimiento de parte del deudor, el derecho de apropiarse los bienes hipotecados". En supuestos como el presente, tanto por la prohibición expresa como por considerarlo un contrato donde la declaración de voluntad está viciada, la Sala ha señalado en reiterados fallos su absoluta nulidad. Así, cabe citar por la relevancia del caso, que la sentencia de este tribunal número 42 de las 15 horas del 14 de mayo de 1997, que en lo de interés señaló: "VI.- Cuando existe confusión sobre el tipo de negocio ya concluido, se debe analizar cuál fue la intencionalidad negocial de los contratantes, pues el contrato no es solo la declaración de voluntad exteriorizada y plasmada en la manifestación oral o escrita, sino, también, la voluntad real para contratar, tenida en mente por cada uno de los contratantes intervinientes. En el presente caso, en la realidad de las cosas, las partes otorgaron un contrato que no tenían en mente, como lo es la compraventa con pacto de retroventa, pues mientras el acreedor (comprador) deseaba un pacto comisorio (que se encuentra prohibido), que le permitiera la transmisión del inmueble sujeta a condición resolutoria de que el deudor (vendedor) le pagara la deuda dentro de cierto plazo, este último lo que pretendía era un arrendamiento de dinero con garantía del inmueble, sea un préstamo hipotecario. Consecuentemente, la compraventa con pacto de retroventa esconde el pacto comisorio, que la parte fuerte en el contrato, el acreedor, impuso a la parte débil, el deudor. Casos como el analizado son estudiados en la doctrina del error sobre el negocio jurídico, a propósito del tema del error "in negotio" y del error sobre la naturaleza del negocio. Sin embargo, en el caso concreto, aunque el contrato concluido no corresponde a la naturaleza del negocio que cada parte tenía en mente, ello no se debe propiamente a un error, sino al vicio que la doctrina denomina "disenso" o disentimiento, en el cual se incurre cuando las voluntades que intervienen en el negocio no son conformes y, consiguientemente, el acuerdo tomado deviene en nulo. Ese tipo de malentendido excluye el acuerdo, porque impide que se forme lo que se denomina el "in ídem placitum", sea el querer conforme, que caracteriza al consentimiento, como requisito esencial del contrato. Sobre el particular, como referencia, puede consultarse la obra de Giuseppe Stolfi, Teoría del Negocio Jurídico, pág. 122). VII.- Los contratos de venta con pacto de retroventa, en los que subyace en forma clara una obligación derivada de un préstamo mercantil, garantizado con hipoteca, con pacto comisorio, muy utilizados en nuestro medio por los prestamistas, devienen en nulos no solo por eventuales vicios en el consentimiento de los otorgantes, sino, también, por la prohibición que afecta a los pactos comisorios, según el artículo 421 del Código Civil, que señala que "Es nula la convención que estipule para el acreedor, en caso de no

cumplimiento de parte del deudor, el derecho de apropiarse los bienes hipotecados", lo cual produce que los contratos que nacen al amparo de una cláusula de este tipo, así esté encubierta, sean absolutamente nulos, conforme a la doctrina del artículo 19 del Código Civil ." (Sentencia N° 42 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las quince horas del 14 de mayo de 1997). Es evidente, que en el caso bajo examen se está en presencia de un pacto comisorio porque la verdadera intención de las partes fue realizar un contrato de préstamo, que a la postre tradujeron en una retroventa, con el fin de encubrir, el prestamista, - precursor de la idea pese a las recomendaciones de su propio abogado acerca de la inconveniencia de hacerlo- su intención de apropiarse del inmueble objeto de esa negociación.- Los elementos de prueba que constan en el expediente apuntan en esa dirección. La declaración de los testigos Luis Mariano Cajiao Jiménez y Alexandro Vargas Vásquez son esenciales para aclarar los hechos. El primero, que se dedica a la intermediación financiera manifestó (folio 195) "... el señor Torres me localizó para buscar un dinero que ocupaba sobre una de sus propiedades y yo localicé al señor Porras, le propuse el negocio y estando de acuerdo, se le enviaron los documentos al abogado, se le hizo el préstamo por diez millones de colones, o sea el equivalente el (sic) dólares en ese momento, creo que eran entre veintinueve mil o treinta mil dólares, no preciso la cantidad exacta. La propiedad que se dio en garantía está entrando por la Dos Pinos en La Garita de Alajuela. Se le enseñó al señor Porras, a él le pareció la garantía y se le llevaron los documentos al abogado Vargas, él como abogado del señor Porras recomendó que se hiciera un traspaso de la propiedad en vez de un crédito, a efecto de garantía, mientras don Omar conseguía un dinero para cancelar una hipoteca que había en primer grado. Así las cosas, don Carlos aceptó firmar el documento de traspaso y acto seguido se le dio una opción para que él pudiese recuperar la propiedad, con el compromiso de que el documento no se iba a inscribir durante ese plazo y que estuvieran vigentes los intereses que se rebajaron al momento de la operación. También se rebajó un cinco por ciento de comisión, también, si mal no recuerdo, mil quinientos dólares que se los reservó el señor Porras, a efecto de tener fondos para inscribir la compraventa si no se hacía el pago a su debido tiempo. Obviamente se rebajaron también los gastos legales" Por su parte el Lic. Vargas, quien en ese tiempo era abogado de Omar Porras (folio 199) explicó que " Me contactó don Omar por teléfono y me dijo que iban a llegar unas personas a mi oficina para un asunto de un préstamo, que revisara los documentos de la propiedad y que viéramos ese asunto, si estaba todo bien para hacer una operación de préstamo. Efectivamente llegaron a mi oficina, don Luis Mariano, don Carlos Torres, presentaron certificaciones de propiedad, plano

catastrado, todos los documentos normales. Dijeron que ellos necesitaban un dinero y que ya habían hablado con el señor Porrás. Posteriormente me avoqué a hacer estudios de registro, consultar el estado de la finca; encontré que había una hipoteca en primer grado, no recuerdo el monto, pero creo que era superior a cuarenta mil dólares. Debo decir que la finca estaba en derechos, eran cuatro derechos los que le pertenecían a la compañía Emycar cuyo representante era el señor Torres. Existían creo que como veinte derechos y cuatro eran de la empresa actora. La misma estaba ubicada en Alajuela, creo que por la Dos Pinos. Posteriormente don Omar llegó a mi oficina, vimos los documentos, le expliqué la situación y nos reunimos con las personas mencionadas luego, en mi oficina. Ellos pretendían un préstamo de ciento cincuenta mil dólares, pero en ese momento el señor Porrás no contaba con la liquidez para esa inversión. Les ofreció dar diez millones de colones equivalentes a veintinueve mil y resto de dólares en ese momento y que posteriormente podía ampliar ese monto, ya que tenía dineros en tránsito o recuperación y que eventualmente podía ajustar ese monto a favor de la empresa actora. Como la propiedad tenía una hipoteca en primer grado de cuarenta y resto de mil dólares y don Omar contaba solamente con veintinueve mil dólares, yo recomendé hacer una hipoteca de segundo grado, pero no aceptó mi cliente y más bien manifestó que como la propiedad estaba en derechos y como tenía la hipoteca en primer grado, no aceptaría prestar en segundo grado, que la única opción era traspasarle la propiedad con pacto de retroventa, ante lo cual yo le indiqué que esa figura estaba derogada, no era aplicable jurídicamente y que podía estar desprotegido. Ante esa situación, el señor Torres aceptó el acto de traspaso de la propiedad como garantía al préstamo que en realidad era y así se hizo- de seguido a ese acto de venta, se hizo una opción de compraventa en forma inmediata del señor Porrás a favor de Emycar S.A. en un plazo de tres meses prorrogables, si no me equivoco." (los subrayados no son del original). Esas versiones coinciden con la información que aparece en las cuestionadas escrituras, pues el precio que se consignó en la supuesta venta a favor de don Omar fue de veintinueve mil doscientos cuarenta dólares, que fue el dinero que el demandado le entregó a Torres, después de haber aplicado los rebajos descritos por Mariano Cajiao y el precio de la opción de venta fue el equivalente en colones, que en ese momento tenía esa cantidad. Don Omar incumplió luego su compromiso de no inscribir el mencionado traspaso en el Registro Público y además eludió a su deudor para evitar que le pagara en la forma que se había convenido y así, encontrar una justificación para inscribir el traspaso. Con la prueba mencionada se dibujan los siguientes elementos: a) hubo acuerdo entre las partes de realizar un aparente contrato de compraventa, b) la disconformidad consciente entre la voluntad y

la declaración, puesto que la voluntad de Torres era la constitución de una garantía hipotecaria a favor de Porras y la de éste era la constitución

de un pacto comisorio. La declaración formal consistió en un contrato de compraventa y una posterior opción de venta (retroventa).- El señor Torres, como representante de la sociedad actora, pretendía otorgar una garantía de pago aceptable para quien sería su acreedor. En principio consideró la posibilidad de otorgar una hipoteca de segundo grado, según el consejo del abogado del señor Porras, pero luego, ante los requerimientos de éste consintió en la fórmula propuesta, una venta con pacto de retroventa, lo que a sus ojos, beneficiaba a ambos. A su acreedor, quien tendría una garantía real del cumplimiento de la obligación y a su representada, porque tendría acceso al crédito solicitado y además conservaba la propiedad de su inmueble. Por la forma en don Omar planteó el negocio, es comprensible que el señor Torres incurriera en error y no comprendiera los verdaderos alcances de la negociación que aceptó, lo que efectivamente se constituye en un vicio de la voluntad, que la doctrina identifica como "disenso", según la cita jurisprudencial precedente. A sus ojos, el negocio realizado era muy similar a una hipoteca, que era lo que él verdaderamente quería otorgar. En contraposición, se evidencia claramente que la intención de don Omar fue, desde un principio la realización de un pacto comisorio, al punto que manifestó, aún en contra de la opinión de su abogado, su decisión de no otorgar el financiamiento requerido por Emycar S.A. si la negociación no se realizaba en los términos propuestos por él.- El apelante no mencionó expresamente el pacto comisorio, sin embargo, en lo esencial, los hechos descritos por el accionante en su demanda, dan margen para decretar una nulidad contractual, debiendo interpretarse que la nulidad de un negocio jurídico por un vicio en la voluntad, está íntimamente relacionado con el pacto comisorio, y además el artículo 421 del Código Civil está incluido dentro de las normas legales invocadas como fundamento de derecho. Así las cosas, se revocará la sentencia en cuanto acogió en forma total la excepción de falta de derecho y desestimó la demanda, para rechazar esa defensa en cuanto al reclamo de la nulidad de las escrituras y acoger la demanda en ese extremo. Por consiguiente se deberán anular las escrituras número doscientos cuarenta y cuatro y doscientos cuarenta y cinco otorgadas ante el notario Alexandro Vargas Vásquez, el día veintidós de diciembre de dos mil uno, a las catorce horas con treinta minutos y quince horas, respectivamente y se hará la comunicación pertinente al Registro Público de la Propiedad. Se condena al demandado Omar Porras Marin a reintegrarle a Emycar S.A. la finca matrícula número ciento cuarenta y tres mil seiscientos setenta y seis,

derechos cero cero ocho, cero trece, cero catorce, cero dieciocho, así como el libre goce y disfrute de todos y cada uno de los derechos que esta comprende."

d. Vicios del consentimiento contractual

[TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL]¹¹

"V) Para resolver acertadamente este asunto, resulta importante en primer término, desentrañar la verdadera voluntad de don Leonel y don Juan Carlos en la contratación realizada, es decir, cuales eran los intereses programados al iniciar la contratación, pues resulta claro que independientemente de la manifestación de la voluntad propiamente dicha, interesa conocer cual es la voluntad del contenido de la negociación que está detrás de la mera manifestación. Esto porque cuando existe confusión sobre el tipo de negocio ya concluido, se debe analizar cuál fue la intencionalidad negocial de los contratantes, pues el contrato no es solo la declaración de voluntad exteriorizada y plasmada en la manifestación oral o escrita, sino, también, la voluntad real para contratar, tenida en mente por cada uno de los contratantes intervinientes. Ahora bien, según manifiesta don Leonel nunca fue su intención vender la patente y consecuentemente nunca tuvo don Juan Carlos la intención de adquirirla, pues lo que se pactó no era ni más ni menos que un simple arriendo de dinero, recibiendo en contraprestación un interés mensual. Establecer la veracidad de tal afirmación es de vital importancia en este caso, pues ello determinará desde la propia génesis, la validez de la contratación efectuada y en consecuencia la de las restantes negociaciones y por ende, el resultado de este proceso. Con vista de la escritura otorgada por don Leonel y don Juan Carlos ante el notario Adolfo Ledezma Vargas, así como de las manifestaciones del señor Salazar Sandoval expuestas en su demanda y del señor Segnini Vargas en su contestación, resulta evidente que la intención de las partes fue, efectivamente, realizar un contrato de préstamo mercantil con garantía real. Si a esto le sumamos la restante prueba documental, más concretamente los recibos de pago que constan en autos, tal conclusión no deja ya ninguna duda. Efectivamente, obsérvese que según los términos del contrato firmado por ambas personas, don Leonel vendía a don Juan Carlos una patente de licores nacionales debidamente inscrita en la Municipalidad de Abangares y en la Gobernación de la provincia de Guanacaste. Según la escritura dicha, el precio de venta era de trescientos cincuenta mil colones; empero, se convino también en un pacto de retroventa según el cual el vendedor adquiriría por el mismo precio la citada patente. De acuerdo a la literalidad del documento citado, la posesión de la patente quedaría siempre en posesión y uso del vendedor, es decir, no se producía tradición alguna, y además,

dicho vendedor le pagaría al comprador, durante la vigencia del contrato, una compensación de doce mil doscientos cincuenta colones al mes, pago que se haría en forma adelantada. También se convino que si al término del plazo el vendedor no pagaba el precio acordado, la patente quedaría en forma definitiva a nombre del comprador. De los términos de la propia escritura ya se evidencia que la intención de las partes no era realmente la compraventa, primero porque quien quedaba en posesión y uso de la patente era el propio vendedor, es decir, no existió tradición, y además, porque el vendedor debía pagarle una suma de dinero mensual al comprador, lo cual solo tiene sentido si se concibe la negociación como un simple préstamo mercantil y no como una compra-venta. Pero esta conclusión se ve ratificada expresamente por lo que los mismos demandados dijeron en la contestación de la demanda. Concretamente afirmó don Juan Carlos que don Leonel: "me solicitó le facilitara la suma de trescientos cincuenta mil colones, ofreciéndome en garantía la patente de licores de su negocio. Nos apersonamos a la Notaría del Licenciado Ledezma para que confeccionara la documentación siendo que éste en forma clara y detallada, previa mi solicitud en presencia del señor Leonel Salazar, de que nos sugiriera la forma legal más segura de garantizar el cumplimiento del negocio...". Con esta afirmación queda claro que lo que se pactó entre las partes fue, ni más ni menos, un préstamo con garantía real y nunca una compraventa, pues esa nunca fue la verdadera intención de las partes. Para ratificar lo anterior basta con ver las siguientes manifestaciones del propio demandado Segnini Vargas: "De hecho mientras durara el contrato, la patente quedaba en uso del negocio, y el aquí actor se obligaba a compensarme con ello la suma de doce mil colones mensuales..." y más adelante agrega: "Ciertamente el aquí actor me hizo el pago de las compensaciones convenidas, y que según el mismo recibo que él aporta, lo es en contra de lo convenido, pues, dichos pagos los debía hacer en forma adelantada los días treinta de cada mes. El recibo número 7972 indica con claridad que pagó abril, mayo, y junio, en uno lo que prueba el incumplimiento, incluso del mes de julio, que debió pagar el treinta de junio, lo que hace con el recibo número 48973..." Los recibos dichos, aportados por el actor Leonel Salazar y aceptados como ciertos por los demandados, indican clara y diáfananamente que dichos pagos lo eran en concepto de "alquiler de dinero". En estas condiciones, es suficientemente claro que lo pactado nunca fue una compra-venta, sino un préstamo de dinero con garantía real. VI) También resulta adecuado recordar, a los efectos de verificar si lo resuelto por el a-quo se ajusta o no a derecho, lo dicho por el Doctor Víctor Pérez Vargas en relación con dos de los elementos esenciales para la validez del negocio jurídico, hablamos de la voluntad y de la manifestación de la voluntad. De acuerdo con él: Una gran parte de

la doctrina distingue entre voluntad de la manifestación y voluntad del contenido de la manifestación, es decir, hay un doble objeto. La voluntad de la manifestación es aquella que tiene como objeto la misma manifestación; es el quiero decir (manifestar) que quiero el querer el comportamiento en que la manifestación consiste. La voluntad del contenido es la que tiene por objeto el resultado práctico o jurídico del negocio (Pérez Vargas, Víctor. Derecho Privado. Litografía e Imprenta Lil, San José, Costa Rica, 1991, pág. 238).- Una de las formas en que el conflicto entre voluntad de la manifestación y voluntad del contenido puede presentarse, es el caso de la simulación: Hay simulación cuando el declarante y la parte contraria convienen en que sus manifestaciones no tengan validez. Los dos sujetos de un negocio bilateral están de acuerdo en hacer respectivas manifestaciones, pero no tienen la voluntad de crear los efectos correspondientes, y estos no deben verificarse, o deben verificarse de aquel otro modo que corresponde no a la voluntad declarada, sino a la real. (Pérez Vargas, Víctor, op. Cit, pág. 263).- Característica de la simulación es el propósito o intención de engañar, ya sea inocuo o en perjuicio de tercero o de la ley. Por eso es que hay que distinguir la intención de engañar de la intención de dañar, porque si bien el fraude es de la naturaleza de la simulación no es de su esencia, por lo que puede haber casos de simulación en que está ausente la idea del fraude, ya sea en perjuicio de acreedores, o de terceros, *fraus creditorum* o fraude pauliano, como en perjuicio de la ley, fraude a la ley o *fraus legis*. En doctrina se distingue el acto *contra legem agere* y el acto *in fraus legis*; en el primero contrario a la ley, el acto choca en forma abierta y directa contra la norma positiva; en el segundo, en fraude a la ley, la violación se cumple de manera encubierta, velada, pues aparentando conformidad con el texto legal se infringe su contenido. El fraude a la ley consiste en las maniobras o procedimientos tendientes a eludir, en forma indirecta, la aplicación de la ley imperativa, para obtener bajo forma lícita un resultado prohibido por la ley. Es un ataque a la ley no realizado de frente, a la luz del día, sino en forma encubierta. El tutor que compra directamente los bienes de su pupilo, es un acto *contra lege*; si ese mismo tutor adquiere los bienes de su pupilo por interpósita persona, el acto es *in fraus legis*. La más moderna doctrina se orienta en el sentido de que el acto en fraude a la ley es una especie o modalidad del acto contrario a la ley, pero también admite que en el acto en fraude a la ley las personas revelan mayor habilidad y por ahí una mayor peligrosidad, pues actúan con cierto *esprit de finesse* al decir de Ripert, y aparentando cumplir con la ley violan su contenido. Por eso es que, desde el derecho romano de modo uniforme el acto *in fraus legis* se sanciona con nulidad. (Nº 311 Sala Primera de la

Corte Suprema de Justicia. San José, a las quince horas treinta minutos del treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa).- Ahora bien, establece el artículo 421 del Código Civil, que: Es nula la convención que estipule para el acreedor, en caso de no cumplimiento de parte del deudor, el derecho de apropiarse los bienes hipotecados. En la práctica, para evitar los efectos que esta norma prevé, se ha utilizado en ocasiones la venta con pacto de retroventa, negocio jurídico que si está permitido en nuestro país. Sin embargo, cuando los Tribunales han comprobado que detrás de dicho contrato se esconde el pacto comisorio expreso a que se refiere el artículo 421 del Código Civil, y que se ha utilizado dicho contrato con el objeto de evitar los efectos de nulidad que prevé el mismo, se ha declarado inválido el negocio en atención a que en ellos existe una ausencia absoluta de voluntad en cuanto a los efectos previstos por la ley, pues las partes han procurado su utilización procurando aparentar un negocio distinto, cuando en realidad este constituye una abierta infracción a lo dispuesto en la norma 421 ya citada. Así por ejemplo, ha dicho nuestra Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en relación al tema: Los contratos de venta con pacto de retroventa, en los que subyace en forma clara una obligación derivada de un préstamo mercantil, garantizado con hipoteca, con pacto comisorio, muy utilizados en nuestro medio por los prestamistas, devienen en nulos no solo por eventuales vicios en el consentimiento de los otorgantes, sino también por la prohibición que afecta a los pactos comisarios, según el artículo 421 del Código Civil, que señala que Es nula la convención que estipule para el acreedor, en caso de no cumplimiento de parte del deudor, el derecho de apropiarse los bienes hipotecados, lo cual produce que los contratos que nacen al amparo de una cláusula de este tipo, así sea encubierta, sean absolutamente nulos, conforme a la doctrina del artículo 19 del Código Civil. (Nº 42 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las quince horas del catorce de mayo de mil novecientos noventa y siete). VII) En el caso que nos ocupa, no estamos frente a una garantía hipotecaria, pero si frente a un préstamo mercantil con garantía real que le permite al acreedor apropiarse del bien dado en garantía sin necesidad de acudir al proceso respectivo, lo que igualmente constituye una infracción grave al ordenamiento jurídico, no solo por lo dispuesto en el artículo 421 del Código Civil aplicable al caso, sino porque lo así pactado constituye un evidente abuso del derecho por parte de un acreedor que, conociendo de la necesidad económica de su deudor, aprovecha la situación para garantizarse, en abierta infracción al ordenamiento jurídico, el pago efectivo del préstamo mercantil mediante una negociación que aparentando conformidad con las disposiciones jurídicas que regulan la contratación privada, esconde detrás un instrumento prohibido por la propia ley, a

saber, el pacto comisorio expreso. De ahí que la negociación efectuada entre don Leonel Salazar Sandoval y don Juan Carlos Segnini Vargas es, efectivamente nula de manera absoluta y en ello acierta el juzgador de instancia cuando de manera expresa así lo declara. VIII) Pero también resulta nula la venta que posteriormente hace Juan Carlos Segnini Vargas a Julio Antonio Gómez Calderón, porque en primer lugar ésta negociación depende de la primera ya analizada donde Leonel Salazar le "vende con pacto de retroventa" a Juan Carlos Segnini, de manera que si ésta última negociación es nula, tal y como ya se analizó, también lo será la segunda que irremediablemente depende de la primera. En segundo lugar, no puede estimarse a don Julio Antonio como un adquirente de buena fe porque según los términos del contrato suscrito con Juan Carlos Segnini, el señor Gómez Calderón se hizo sabedor de las condiciones en que aquella negociación primigenia se había llevado a cabo y que finalmente resulta ser nula."

e. Negociación usualmente utilizada en fraude de ley

[TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL]¹²

"VII- La compraventa con retracto convencional, también conocida como venta con pacto de retroventa o de retro, es un negocio jurídico mediante el cual el vendedor se reserva el derecho a recobrar el bien vendido, pagando dentro del plazo estipulado el precio al comprador. Como cualquier negocio jurídico, la programación de intereses debe contar con una base funcional digna de tutela por parte del ordenamiento jurídico, pues en ello radica la licitud de su causa. En principio, puede parecer extraño que las partes decidan no dotar de efectos definitivos a la trasmisión del bien a cambio de un precio, permitiendo a la parte vendedora dejar posteriormente sin efectos el negocio con su simple voluntad. Por ello, la lógica y la experiencia requieren de una causa que pueda justificar una programación de voluntad con dicha particularidad. Podría pensarse, por ejemplo, que existe alguna circunstancia objetiva que aconseje a la parte vendedora dejar latente la posibilidad de recuperar el bien. Así, si una persona tiene la oportunidad de cambiar de residencia por motivos de estudio o factores laborales, podría pensar que si en un determinado tiempo dicha nueva opción no resulta del todo acorde con sus intereses, tendría la oportunidad de echar marcha atrás en la decisión primigenia de desprenderse de su casa y recuperarla para nuevamente vivir en ella. También podría pensarse en alguien que quisiera emprender un nuevo negocio y decide vender el que ya tiene, pero previendo el riesgo que puede tener la nueva empresa, quisiera dejar abierta la posibilidad de volver las cosas al estado anterior a la compraventa. Sin embargo, en nuestro país la experiencia ha mostrado que el instituto de la compraventa con

pacto de retro ha sido frecuentemente utilizado como un negocio indirecto en fraude de ley, mediante el cual se pretende hacer aparentar como válida una programación de intereses prohibida por el ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 421 del Código Civil establece: " Es nula la convención que estipule para el acreedor, en caso de no cumplimiento de parte del deudor, el derecho de apropiarse los bienes hipotecados". Una de las garantías fundamentales del deudor hipotecario es, en caso de incumplimiento, poder obtener el precio justo por el bien dado en garantía, lo cual se obtiene mediante su subasta pública. Además, contaría el demandado con un proceso que le permita debatir los aspectos atinentes a la negociación y sus vicisitudes. Se trata de evitar, asimismo, un abuso del derecho por parte del acreedor, quien, ante la necesidad de obtención de crédito por parte del deudor, podría presionarlo para poder obtener un bien valioso por un monto adeudado inferior, sin siquiera sacar a remate el bien. La realidad social nuestra ha dejado de manifiesto como prestamistas, en vez obtener como garantía real por el préstamo y sus accesorios la hipoteca de un inmueble, simulan una "venta con pacto de retro compra" -cuando en realidad se quiere tan solo poner a responder un inmueble - , a un determinado plazo -que es en realidad el plazo por el cual han otorgado el crédito -, de forma tal que al finalizar, el supuesto vendedor -quien en realidad es el deudor del préstamo - tendría que pagar una suma - que en realidad es el monto del capital, los intereses y los gastos del crédito- o de lo contrario la supuesta venta ya no podría perder su eficacia - lo cual constituye una apropiación directa del bien por parte del acreedor ante la falta de pago del deudor - . Esta realidad ya había sido puesta en evidencia anteriormente por este Tribunal y Sección, el cual, en su resolución No. 212 de las quince horas con veinticinco minutos del treinta de junio de dos mil cuatro, señaló: " El presente asunto, según lo que se analizará más adelante, corresponde a una práctica ilícita que desafortunadamente algunas personas que prestan dinero han tratado de utilizar para menoscabar los derechos de sus deudores. El mecanismo utilizado, basado en una apariencia de legalidad, sería el siguiente: el prestamista entrega a su deudor una determinada cantidad de dinero y este último le traspasa -en apariencia- un bien que le pertenece, constituyendo implícitamente una garantía de pago. Con el fin de evitarse una futura ejecución, se dispone que la parte vendedora (realmente deudora) tiene el derecho a recuperar el bien pagando el precio supuestamente recibido como pago (el cual en realidad es un préstamo) más un incremento en el precio (lo cual sería el rédito producido por el préstamo). Así, si el vendedor (en realidad deudor) no ejerce su derecho de recompra (en realidad el pago de la deuda y sus intereses), se consolida el traspaso del dominio sobre el bien que

había sido "vendido" (en realidad, dado en garantía), sin necesidad de la intervención de los órganos jurisdiccionales. Con ello se trata no sólo de evitar la ejecución judicial, sino de evadir la prohibición contenida en el artículo 421 del Código Civil, según el cual " Es nula la convención que estipule para el acreedor en caso de no cumplimiento de parte del deudor, el derecho de apropiarse los bienes hipotecados" . A lo dicho anteriormente por este Tribunal, cabe agregar que estaríamos ante una simulación relativa, sea, aquella en la cual se hace aparentar un tipo de negocio cuando en realidad la programación de intereses es otra, con el agravante que ello se hace con el afán de eludir las normas de orden público que prohíben el pacto comisorio. En estos casos, de existir dicha simulación, sería aplicable lo dispuesto por el artículo 20 del Código Civil, el cual dispone: " Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir". Resulta también relevante que, ante la necesidad de tener acceso al crédito, el deudor (parte débil de la relación) pudiera estar compelido a aceptar la redacción del documento de venta propuesto por el prestamista (parte fuerte del negocio), pues como en toda simulación, quien está consciente y se beneficia del verdadero alcance del negocio disimulado buscará dar la mayor apariencia de veracidad al negocio que formalmente se hace. Por ello, resulta aplicable también aquí todo lo concerniente al régimen probatorio de la simulación (en cuanto a la forma de acreditar la existencia de la simulación, véase lo dicho por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución No. 41 de las 14:40 horas del 3 de abril de 1991). Los indicios se convierten en el principal elemento del juzgador para poder desentrañar la verdadera situación sometida a su decisión en casos de simulación. Tratándose de este tipo de controversias, serían relevantes una serie de indicios o de contra indicios, según sea el caso, para dilucidar si se trata o no de una venta con pacto de retro o de una negociación en fraude de ley; tales como: a- si existe verdaderamente un motivo lógico y atendible por el cual se decide no dar efectos definitivos a la compraventa, pues en estos casos pactos que dejen abierta la posibilidad de revertir la eficacia de un acuerdo, resultan una excepción a la regla básica de la experiencia y la razón, de dotar de efectos definitivos a los negocios; b- si existe o no una transmisión real de la posesión de los bienes supuestamente vendidos, pues lo normal es, ante un verdadero traspaso, que el comprador sea quien entre en posesión efectiva del bien; c- si existen documentos de pagos parciales de capital e intereses del supuesto vendedor a favor del comprador, sin que existan otras relaciones de contenido

patrimonial que los justifiquen, ello por cuanto en la mayoría de los casos, pese a pactarse un plazo final para el supuesto ejercicio de la recompra del bien, el prestamista pacta en realidad el pago de réditos por el préstamo por períodos más cortos, como, por ejemplo, en forma mensual; d- el precio por el cual supuestamente se vende el bien, pues sería un indicio de la simulación que el precio de retroventa sea significativamente inferior al valor real del bien. Lógicamente el supuesto vendedor que alega la existencia de un pacto comisorio está obligado a demostrar los indicios que le favorezcan, mientras que el comprador que niega la existencia del negocio ilícito es quien debe acreditar los contra indicios respectivos (artículo 317 del Código Procesal Civil). VIII- La señora Calderón López sostiene en su demanda que efectuó un pacto de venta con cláusula de retro, de un terreno sin inscribir situado en la Provincia de Limón, de mil cuarenta y nueve metros cuadrados aproximadamente, con una casa y mejoras, por un precio de seiscientos cuarenta mil colones exactos. Afirma que la vendedora tenía un año a partir de la fecha de la venta para pagar la suma indicada a la compradora y así recuperar el bien. Al vencerse el año, afirma la accionante, la vendedora no habría ejercido el derecho de retro, pero siguió en posesión del bien, el cual, según su dicho, no había abandonado por mera tolerancia de parte suya. En los hechos de su demanda la señora Calderón López no señala el motivo por el cual la presunta vendedora no habría hecho la transmisión definitiva del bien y se habría reservado el derecho de volver a adquirirlo. Asimismo, reconoció que pese a la venta del inmueble, quien siguió en posesión del bien por varios años fue la enajenante, por una supuesta tolerancia, pero tampoco se aclara el motivo por el cual la compradora habría sido tan altruista en permitir que, sin pagar nada, una persona respecto de la cual no se indica que exista una relación de amistad, familiar o de otro tipo, continuara en su posesión por tanto tiempo. Por su parte, la demandada contestó afirmando que no se hizo lectura de la escritura que firmó, pero que en realidad lo que había acaecido entre las partes fue un contrato de préstamo de cuatrocientos mil colones, con intereses mensuales del 5%, los cuales inclusive habría pagado en parte según recibos de dinero que adjuntó, y que fue por ese motivo que continuó en posesión del bien. Al contestar la audiencia conferida acerca de la contestación de la demanda, la señora Calderón López se limitó a indicar que la accionada quiere tan solo evadir los efectos del contrato firmado, el cual le habría sido leído, ofreciendo testigos de la realización de la lectura de la escritura por parte del notario. Sin embargo, en ningún momento negó los recibos aportados como prueba del pago de intereses, por un préstamo de dinero, aportados por la demandada. [...] Como puede observarse, hay prueba clara de la existencia de pagos por

concepto de préstamo de la demandada a favor de la actora, pero podría existir alguna duda en cuanto a la relación de dichos pagos con la supuesta venta con pacto de retro compra, la cual expiraba el ocho de agosto de mil novecientos noventa y ocho. Sin embargo, en esta instancia el Tribunal admitió, para mejor resolver, las fotocopias de varios recibos de dinero, a nombre de la señora Olga González Bolaños y firmados por María Eugenia Calderón López. [...] En el fallo de primera instancia se dio trascendental importancia a la prueba de confesión ficta, a los testigos de la parte actora, pero se le restó importancia a la prueba documental de la parte demandada y a su único testigo. La parte apelante sostiene que ello es una equivocación del a-quo. En primer lugar, cabe recordar que la confesión ficta, según lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, no tiene el valor de plena prueba. En lo concerniente a la confesión ficta, nuestra Sala de Casación ha desarrollado de manera clara y precisa la forma en que ha de apreciarse. Así, cuando aún se debía aplicar las normas del Código Civil que la regulaba, antes de la promulgación del actual Código Procesal Civil, se indicó: "El recurrente argumenta que se dio a esa confesión ficta un valor de plena prueba, quebrantando así las disposiciones de los artículos 727 y 728 del Código Civil, porque, según manifiesta, aunque la confesión prueba plenamente contra quien la hace, ese efecto solo debe entenderse para la confesión expresa y no para la confesión en rebeldía. Podría, en realidad, sostenerse que el primero de esos artículos adquiere su cabal sentido frente a la confesión expresa, mas esto no tiene mayor importancia en el caso que se analiza, porque no es cierto que los juzgadores le hayan dado, sin más, a la confesión ficta, el valor de plena prueba. De haber procedido así entonces posiblemente sí habrían cometido un yerro, mas no por violación del artículo que menciona el recurrente, sino del numeral 264 del Código de Procedimientos Civiles, hoy derogado. En efecto, si bien este artículo, en su versión original, imponía al juez tener por confeso en la sentencia a quien no compareciere a confesar sin justa causa instituyendo así un tipo de prueba tasada, esa norma se modificó a partir del año 1937 y desde entonces se quitó a la confesión en rebeldía el carácter de prueba tasada, para ubicarla en el campo de la libre apreciación. El cambio se sustanció variando el imperativo "será" por el facultativo "podrá". De este modo, la confesión ficta quedó reservada a la libre apreciación del juez, quien en su ponderación debe guiarse por los senderos de la sana crítica, de modo que en este respecto solo podría cometer yerro el tribunal si notariamente se sale de tales senderos, lo que ocurriría si acepta la confesión en absoluta desarmonía con los demás elementos de prueba que obren en el expediente." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N ° 284, de las catorce horas treinta minutos del veintiuno de setiembre de mil

novecientos noventa). En igual sentido, nuevamente se pronunció la Sala Primera, haciendo referencia a otros precedentes, cuando señaló: "Reiteradamente se ha resuelto que no se incurre en error alguno, cuando los Jueces conceden mayor valor a unos elementos probatorios que a otros, si todos son de la misma naturaleza, puesto que tal cosa es el simple ejercicio de una facultad discrecional que la ley concede para apreciar la prueba conforme a la sana crítica (artículo 325 del Código de Procedimientos Civiles anterior y 330 del Código Procesal Civil vigente). De igual manera también en forma reiterada se ha resuelto que la confesión ficta, como tal, es una ficción que descansa en una presunción de verdad, que no es absoluta sino relativa, y que por lo mismo se la puede combatir con otras pruebas, y que es contrario al ejercicio de la facultad que la ley confiere a los juzgadores si, a virtud de una confesión ficta, éstos atribuyen a la parte declaraciones contrarias a las que auténticamente constan por suyas en los autos (entre otras, Sentencias de Casación de las 3,30 pm del 22 de noviembre de 1928 y 127 de las 16,50 horas del 16 de octubre de 1981). " (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N ° 364 de las catorce horas diez minutos del veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa). Por último, en otra resolución más reciente, la misma Sala reiteró lo indicado en la resolución N ° 364-90 antes citada, cuando expresó: "Si bien en un principio Casación -a través de un voto de mayoría: 3 a 2- no admitió prueba contra la contestación afirmativa de la demanda derivada de no haberla contestado, y haber sido declarada la rebeldía, por tratarse de confesión ficta (Sentencia N° 101 de las 15:15 horas del 5 de octubre de 1965), el voto de minoría fue acogido por la antigua Sala Primera Civil para admitir cualquier tipo de prueba para contradecirla, pues la confesión ficta es una ficción, relativa y no absoluta, por lo cual siempre, frente a la contestación afirmativa en rebeldía, el juicio debe abrirse a pruebas y facultar al demandado a ofrecer la de descargo contra lo tenido por contestado en forma afirmativa (Sentencias N° 199 de 8:00 hrs. del 13 de marzo de 1962, 3 de 9:10 hrs. del 5 de enero de 1965, y 697 de 8:35 hrs. del 20 de diciembre de 1966). Posteriormente la Sala de Casación continuó con este criterio. La confesión ficta es un valor relativo y debe ser apreciada en armonía con las demás probanzas del expediente (Sentencia N° 78 de las 15 horas del 21 de junio de 1971). Esta Sala, por su parte, recientemente, mantuvo la misma línea jurisprudencial. La confesión ficta descansa en una presunción de verdad. No es absoluta sino relativa. Por esta razón es susceptible de ser combatida por medio de otras pruebas. El fundamento lógico consiste en la imposibilidad del juzgador de atribuir a la parte declaraciones contrarias a las auténticas ofrecidas por él dentro del proceso." (Sala Primera de la Corte

Suprema de Justicia, N ° 16 de las catorce horas cuarenta minutos del trece de abril de mil novecientos noventa y cuatro). En el presente asunto, no fue que la demandada no compareciera a declarar, sí lo hizo pero no se le permitió responder a las preguntas por cuanto su cédula de identidad estaba vencida. Por otra parte, los hechos en los cuales se sustentó la demanda fueron negados por ella al contestar la demanda, con lo cual está desconociendo el contenido de lo que se le preguntó. Además, como se analizará a continuación, las preguntas formuladas por la parte actora resultan en realidad intrascendentes ante la valoración de todos los elementos de prueba en su conjunto. En la primera pregunta se afirma que fue la demandada quien llevó la carta venta de su propiedad, mediante la cual la habría adquirido, para que se tomaran los datos respectivos. Si ello fuera cierto sería intrascendente, pues lo mismo pudo llevar los datos para que se elaborara una hipoteca o para realizar formalmente el negocio de venta con pacto de retroventa. En todo caso, ello no implica que no se estuviere incurriendo en un negocio ilícito en su causa. También que ella hubiera verdaderamente oído al licenciado Edwards leer el documento que iba a firmar no significa, per sé, que estuviera consciente de los alcances legales de lo que se estipulaba y que no fuera en realidad una hipoteca con pacto comisorio la que se estaba simulando con la apariencia de un pacto de venta con retroventa. También resulta intrascendente que la señora González hubiera hablado con doña María Eugenia sobre "el negocio", antes de ir a la oficina del abogado, pues no se indicó en la pregunta siquiera a cual tipo de negocio se refirieron las partes, sobre todo si se toma en cuenta que la parte demandada manifiesta que era solo un préstamo y no una venta. Por último, que la demandada hubiera estado de acuerdo en que se pusiera la suma de ₡ 640.000 en el documento tampoco es relevante, pues dicha suma la señora González dice que fue a título de préstamo, no a precio de venta alguna. Si el préstamo, como sostiene la demandada, fue de cuatrocientos mil colones, y el interés pactado corresponde a un 5% mensual, ello equivaldría a ₡ 20.000 por mes. En un año, los intereses serían de ₡ 240.000, con lo cual la suma total sería de ₡ 640.000, que es la suma consignada en el documento. Por lo indicado, las preguntas formuladas en la confesional no son lo suficientemente claras, en sí mismas, como para sacar las conclusiones que obtuvo el fallo de primera instancia. IX- El testimonio de don Víctor Julio González Campos, según lo indicado en el Considerando VI de este fallo, en criterio de la parte demandada ha sido apreciado indebidamente en primera instancia. El señor González Campos es esposo de la señora González Bolaños. Él indica, en lo fundamental, que su esposa realizó un préstamo con doña Olga Nidia, aproximadamente en el año mil novecientos noventa, por una suma de cuatrocientos mil

colones. Dicho dinero, afirma, lo recibió él en efectivo, en billetes de cinco mil colones. Se habría hecho un documento donde un licenciado en Guácimo, en papel de computadora, el cual no habría sido leído pero doña Olga lo firmó. Indica que se habrían rebajado sesenta mil colones de intereses, y se pagarían veinte mil colones por mes por réditos. El testigo señala que ha ido a la casa de la actora a pagarle intereses todos los meses, ascendiendo lo entregado a más de un millón de colones. Una vez, indica, él y su esposa fueron donde la accionante con doscientos mil colones, pero ella no los quiso recibir argumentando que "se le bajaban los intereses". Pese a lo pagado, afirma, doña María Eugenia quiere ahora seiscientos cuarenta mil colones. Para la correcta valoración de este testimonio no debe tomarse en cuenta tan solo su vínculo de parentesco con la demandada, sino también todos los restantes elementos de prueba existentes en autos, para dar cumplimiento al artículo 330 del Código Procesal Civil, que ordena apreciar todas las pruebas en conjunto, según las reglas de la sana crítica. Como se señaló antes, existen una serie de recibos de dinero emitidos por la señora María Eugenia Calderón López a favor de la señora Olga Nidia González Bolaños, que acreditan el pago de veinte mil colones mensuales por intereses, préstamo de dinero o alquiler de dinero, según los términos que en unos y otros se empleó. Si bien no están completos todos los recibos mensuales, se deduce claramente que los pagos se venían haciendo al menos desde el 15 de octubre de 1997 hasta el 24 de enero de 2001. De ello, según las reglas de la lógica y la experiencia, no puede más que concluirse que existió un préstamo entre la parte actora y la demandada, lo cual concuerda con la época en la cual se firmó la supuesta venta con pacto de retroventa. Es decir, que aún siendo el testigo esposo de la demandada, su versión se encuentra respaldada también con la prueba documental ofrecida por ella, proveniente de la señora María Eugenia Calderón López, respecto de la cual ella no ha hecho objeción alguna. Por otra parte, no ha existido un traspaso de la posesión del bien de parte de la supuesta vendedora a favor de la actora, lo cual constituye un indicio claro de que, junto al préstamo, existió en realidad un pacto comisorio. Es lógico que si se desea realizar un pacto comisorio y encubrirlo con vestes de legalidad, se le indique al Notario que se trata de una venta con pacto de retroventa para que confeccione la escritura en tal sentido. El Notario, como fedatario público, hace constar lo que a él le indican, pero ello no quiere decir que lo manifestado corresponda necesariamente a la voluntad real y a la programación de intereses que en efecto se realiza. Durante muchos años la actora no accionó por la entrega del bien supuestamente comprado, pero sí recibía constantemente veinte mil colones mensuales como pago de intereses de un préstamo. Justo cuando se deja de percibir la suma de intereses

indicada, se gestiona judicialmente. Ello, analizado según las reglas de la lógica y de la experiencia, también es un indicio sólido de la existencia de un contrato de préstamo, con garantía inmobiliaria, el cual tomó la apariencia de una venta con pacto de retroventa. Por su parte, la accionante no ha brindado prueba alguna de contra indicios de la simulación, sosteniendo su posición en la manifestación formal realizada ante notario. No ha dado explicación alguna de los pagos recibidos por intereses o alquileres de dinero, no se comprende el motivo por el cual habría un interés en no darle eficacia definitiva a la venta, por qué la parte supuestamente vendedora seguía en posesión del bien y la demora en solicitar la ejecución forzosa de la entrega del bien luego del supuesto incumplimiento de doña Olga Nidia. En síntesis, el testimonio del esposo de la demandada sí fue valorado aisladamente en el fallo apelado, dejando de lado los demás indicios, precisos y concordantes, que avalaban lo narrado por el testigo. Por ello, en criterio de este Tribunal ha de revocarse la sentencia de primera instancia, para en su lugar acoger la defensa de falta de derecho, pero no las de falta de legitimación activa y pasiva, por cuanto la parte actora es quien dice ser titular del derecho reclamado y la demandada la supuesta obligada. Se rechaza la excepción genérica de sine actione agit, por cuanto es una reiteración de las tres anteriores ya resueltas y no tiene autonomía respecto de éstas. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 221 del Código Procesal Civil, se ha de imponer el pago de ambas costas del proceso a la parte actora vencida."

FUENTES CITADAS:

- 1 FERRARI, Óscar María. Pacto de Retroventa. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1971. pp. 25-27.
- 2 FERRARI, Óscar María. Pacto de Retroventa. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1971. pp. 27-28.
- 3 SOTO VILLALOBOS, Erick. El Pacto de Retroventa. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1990. pp. 232-236.
- 4 CASAFONT ROMERO, Pablo. El Pacto de Reserva de Dominio en la Compraventa. *Revista de Ciencias Jurídicas*. (No. 4): pp. 92-93, San José, noviembre 1964.
- 5 CASAFONT ROMERO, Pablo. El Pacto de Reserva de Dominio en la Compraventa. *Revista de Ciencias Jurídicas*. (No. 4): pp. 94-96, San José, noviembre 1964.
- 6 CASAFONT ROMERO, Pablo. El Pacto de Reserva de Dominio en la Compraventa. *Revista de Ciencias Jurídicas*. (No. 4): pp. 96-97, San José, noviembre 1964.
- 7 Ley Número 30. Costa Rica, 19 de abril de 1886.
- 8 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL. SECCIÓN SEGUNDA. Resolución No. 212-2004, de las quince horas con veinticinco minutos del treinta de junio de dos mil cuatro.
- 9 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 629-2005, de las nueve horas con quince minutos del treinta y uno de agosto de dos mil cinco.
- 10 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL. SECCIÓN EXTRAORDINARIA. Resolución No. 50-2007, de las nueve horas del treinta de marzo de dos mil siete.
- 11 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL. SECCIÓN PRIMERA. Resolución No. 183-2002, de las nueve horas con veinte minutos del veinticuatro de mayo de dos mil dos.
- 12 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL. SECCIÓN SEGUNDA. Resolución No. 96-2006, de las catorce horas con cuarenta minutos del catorce de julio de dos mil seis.