





POTHIER
TRATADO
DE LOS
ESTRAGOS



8

K1270
A. 188
P6





FONDO FLAMMAM
ABELARDO A. LEAL LEAL



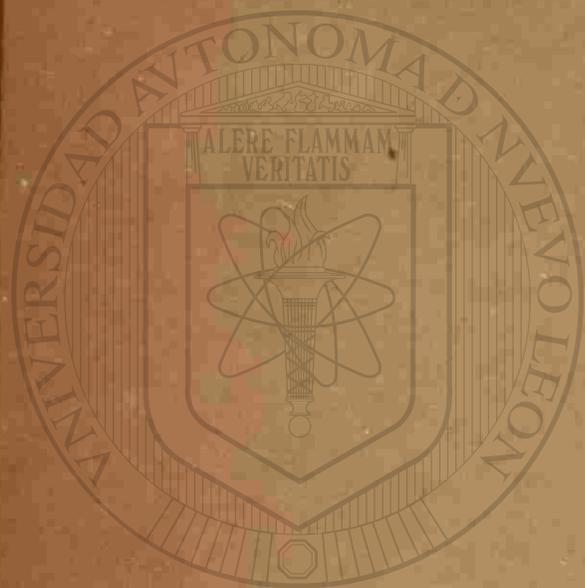
TE. 495

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS





DC. 495

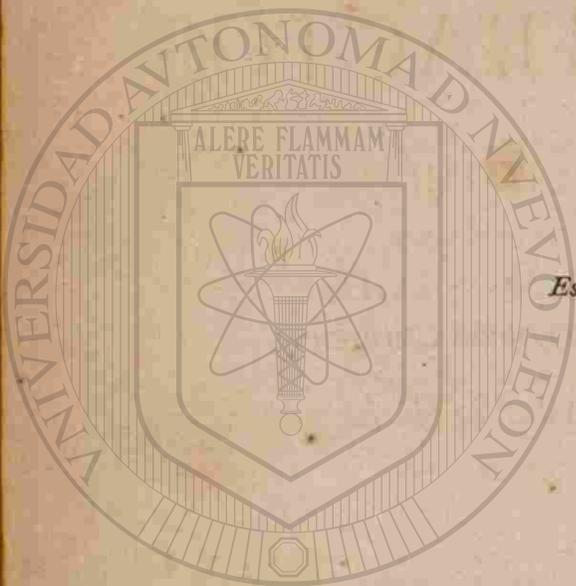
ENCICLOPEDIA MODERNA.

SECCION JURÍDICA.

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



Es propiedad.



TRATADO

DE LOS

RETRACTOS

DE

POTHIER

traducido por

D. MANUEL DEÓ

NOTARIO

ANOTADO Y CONCORDADO POR

D. ANTONIO ELÍAS DE MOLINS

AUTOR DE VARIAS OBRAS DE LEGISLACION

TOMO VIII DE LAS OBRAS DE POTHIER



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

MADRID

LIBRERÍA DE GASPAR, EDITORES

CALLE DEL PRÍNCIPE, 4

MADRID

LIBRERÍA DE V. SUÁREZ

CALLE DE VACOMETREZO

BARCELONA

LIBRERÍA DE J. LLORDACHS

PLAZA DE SAN SEBASTIAN

Imprenta de la Viuda é Hijos de J. Subirana, Puerta Ferrisa núm. 16.

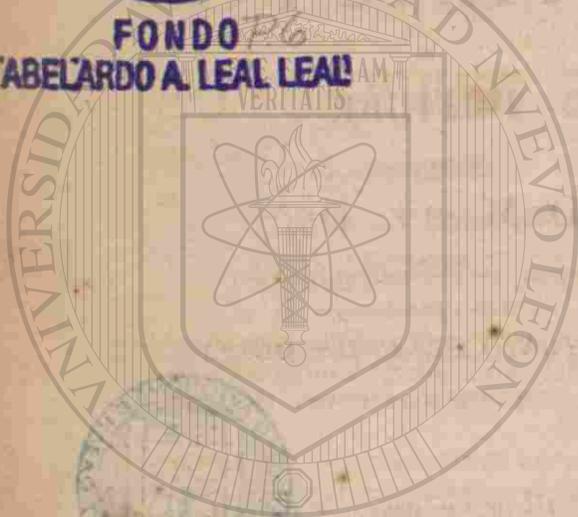
Barcelona.

1883.

74798



FONDO
ABELARDO A. LEAL LEAL



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE

TRATADO

DE

LOS RETRACTOS

ARTÍCULO PRELIMINAR

El tratado de los retractos es una consecuencia y un apéndice del tratado del contrato de venta, puesto que el contrato de venta es el que origina el retracto.

1. El derecho de retracto no es otra cosa que el derecho de hacerse suya la compra de otro y de constituirse comprador en su lugar.

El retracto no tiende nunca á rescindir ni á destruir el contrato, sino á subrogar en todos los derechos resultantes del mismo la persona del retrayente á la del comprador sobre quien el retracto se ejerce.

Hay tres especies principales de retractos: el gentilicio, el señorial ó feudal y el convencional. En la primera parte de este tratado nos ocuparemos principalmente del gentilicio; y en la segunda diremos algo sobre los dos restantes.

2. Existen algunas otras especies de retractos, tal como el que conceden algunas costumbres á los

copropietarios de una cosa *pro indiviso*, cuando uno de ellos vende su parte correspondiente á un extraño.

Esta especie de retracto ha tenido lugar entre los romanos durante algún tiempo, segun se desprende de la ley 14, Cod. de *cont. empt.*, que la revocó (1).

Creemos excusado tratar aquí del objeto que nos hemos propuesto en nuestros tratados, toda vez que éste se limita á exponer el derecho comun y sobre todo el que se observa en las costumbres de Paris y de Orleans.

(1) Esta ley (tit. 38, libro 4) dice «que en otro tiempo, cuando se trataba de una compra, los que habian dividido una cosa entre sí eran preferidos á los extraños, lo que impedía á veces vender cosas de que su dueño queria desprenderse; pero este deber, bien que velado con el manto de una vana honestidad, no dejaba de ser harto oneroso, en cuanto ponía trabas á la libre disposición de los bienes; abolinós, pues, aquella antigua ley y permitimos el que se venda libremente á quien se quiera, á ménos que la ley impida á ciertas personas hacerlo».

PRIMERA PARTE

DEL RETRACTO GENTILICIO

3. El derecho de retracto gentilicio es el derecho que la ley concede á los parientes del vendedor de una finca, cuando ésta ha sido vendida á un extraño, para constituirse compradores en lugar de éste y obligarle en consecuencia á que la ponga á su disposición, á condicion de que se le reembolse é indemnice del precio y de cualquier otro gasto que dicha adquisicion le hubiese ocasionado.

Llámase *retracto gentilicio ó de consanguinidad* porque la ley lo concede á los consanguíneos, es decir, á los parientes de la línea ó familia cuya finca pasó á poder del vendedor.

Distribuiremos esta materia en trece capítulos. En el primero trataremos de las leyes que establecieron el derecho de retracto gentilicio; de la naturaleza de este derecho y del respeto que le han tenido las leyes para preservarle de cualquier ataque. En el segundo hablaremos de la naturaleza de la accion que nace del derecho de retracto gentilicio; en el tercero de las cosas que son ó no susceptibles de este retracto; en el cuarto de los contratos y demas actos que dan ó no origen al mismo, examinando ademas desde cuándo puede intentarse este retracto; en el quinto veremos á qué personas alcanza este derecho, por quién y sobre quién puede ejercerse; en el sexto cómo debe ejercerse, y si puede serlo en parte de lo que la venta comprende; en el séptimo veremos en qué tiempo debe ejercerse el

copropietarios de una cosa *pro indiviso*, cuando uno de ellos vende su parte correspondiente á un extraño.

Esta especie de retracto ha tenido lugar entre los romanos durante algún tiempo, según se desprende de la ley 14, Cod. de *cont. empt.*, que la revocó (1).

Creemos excusado tratar aquí del objeto que nos hemos propuesto en nuestros tratados, toda vez que éste se limita á exponer el derecho común y sobre todo el que se observa en las costumbres de Paris y de Orleans.

(1) Esta ley (tit. 38, libro 4) dice «que en otro tiempo, cuando se trataba de una compra, los que habían dividido una cosa entre sí eran preferidos á los extraños, lo que impedía á veces vender cosas de que su dueño quería desprenderse; pero este deber, bien que velado con el manto de una vana honestidad, no dejaba de ser harto oneroso, en cuanto ponía trabas á la libre disposición de los bienes; abolimos, pues, aquella antigua ley y permitimos el que se venda libremente á quien se quiera, á menos que la ley impida á ciertas personas hacerlo».

PRIMERA PARTE

DEL RETRACTO GENTILICIO

3. El derecho de retracto gentilicio es el derecho que la ley concede á los parientes del vendedor de una finca, cuando ésta ha sido vendida á un extraño, para constituirse compradores en lugar de éste y obligarle en consecuencia á que la ponga á su disposición, á condición de que se le reembolse é indemnice del precio y de cualquier otro gasto que dicha adquisición le hubiese ocasionado.

Llámase *retracto gentilicio* ó *de consanguinidad* porque la ley lo concede á los consanguíneos, es decir, á los parientes de la línea ó familia cuya finca pasó á poder del vendedor.

Distribuiremos esta materia en trece capítulos. En el primero trataremos de las leyes que establecieron el derecho de retracto gentilicio; de la naturaleza de este derecho y del respeto que le han tenido las leyes para preservarle de cualquier ataque. En el segundo hablaremos de la naturaleza de la acción que nace del derecho de retracto gentilicio; en el tercero de las cosas que son ó no susceptibles de este retracto; en el cuarto de los contratos y demás actos que dan ó no origen al mismo, examinando además desde cuándo puede intentarse este retracto; en el quinto veremos á qué personas alcanza este derecho, por quién y sobre quién puede ejercerse; en el sexto cómo debe ejercerse, y si puede serlo en parte de lo que la venta comprende; en el séptimo veremos en qué tiempo debe ejercerse el

retracto. Trataremos en el octavo de la forma con que debe ejercerse; en el noveno de las obligaciones del retrayente, cuando el retracto ha sido reconocido y adjudicado; en el décimo de las obligaciones del adquirente que ha reconocido el retracto, ó sobre quien haya sido adjudicado; en el oncenno del efecto del retracto gentilicio ya realizado; en el duodécimo de las maneras cómo se extingue el derecho de retracto gentilicio; y en el décimo tercio del retracto de la mitad de las sumas empleadas en la mejora de la herencia de uno de los conjuntos por casamiento á expensas de todos.

CAPÍTULO PRIMERO

De las leyes que establecieron el derecho de retracto gentilicio, de la naturaleza de este derecho, y del cuidado con que las leyes han sabido preservarle de todo ataque.

§ I. *De las leyes que establecieron el derecho de retracto gentilicio*

4. El retracto gentilicio no nos ha derivado del derecho romano. Verdad es que en tiempo del Imperio fué establecido por una constitucion cuyo autor se ignora, y que Jaime Godofredo, *ad. l. 6, Cod. Theod. de contr. empt.*, la atribuye á Constantino ó á alguno de sus hijos; pero esta constitucion se derogó por otra de los emperadores Valentiniano y Teodosio, inserta en la ley 6, arriba citada, del código de Teodosio, y en la ley 14, dict. tit. del código de Justiniano (1).

(1) El retracto gentilicio es de antiquísimo origen, según se echa de ver en el Levítico, cap. XXV, versículo 25, por estas palabras: *Si*

El retracto gentilicio es, pues, de puro derecho frances. Casi todas nuestras costumbres tratan de este derecho: se halla igualmente establecido por algunas costumbres particulares de las provincias regidas por el derecho escrito, tales como las de Burdeos, etc., etc. La costumbre local de la castellanía de Isoudun y otro corto número de otras costumbres locales lo han rechazado.

5. Enrique III dispuso por un edicto del mes de Noviembre de 1581 que el derecho de retracto gentilicio estuviese en vigor en todo el reino, incluso los países regidos por derecho escrito, y que el año convenido para plantearlo no corriese sinó desde el día de la notificacion del contrato hecha por escribano competente, á cuyo efecto, y por una declaracion del mes siguiente, creó varias escribanías en cada audiencia del reino. Parece que este edicto no llegó á ser ley, ni aún en la jurisdiccion del parlamento de Paris, donde fué registrado, porque Automnio, *ad. l. 14, Cod. de contr. empt.*, cita un decreto, confirmando una sentencia de la Audiencia de Mont-Brison de fecha 16 Enero de 1609, por el que se resuelve que el retracto gentilicio no tenía lugar en los países regidos por el derecho escrito. Bretonier, al hablar de los Enríques, t. I, p. 168, atestigua igualmente que el retracto gentilicio no estaba en uso en el Lionés, Forez y Baujolois, pero sí en el Maconnois y en la parte de la Auverña que se rige por el derecho escrito. Este edicto ha pasado por un edicto bursátil dado para facilitar la venta de las escribanías llamadas de las notificaciones.

attenuatus frater tuus vendiderit possessionem suam, et voluerit propinquus ejus potest reddimere quod ille vendiderat. Se introdujo el retracto para que permaneciesen en las familias sus bienes patrimoniales; pero como es contrario á los buenos principios económicos, ha desaparecido en los códigos modernos.

6. El derecho de retracto gentilicio tiene su fundamento en la afición que tenían nuestros mayores á los bienes procedentes de sus antepasados. Esta afición es la que ha hecho nacer muchas de nuestras leyes consuetudinarias, cuyo fin principal es la conservación de los bienes en las familias; tales son las que restringen la facultad de disponer de sus bienes por testamento, y aún, en determinadas provincias, por medio de donaciones entre vivos; las que atribuyen la sucesión á los parientes de la familia de donde los bienes procedieron, con exclusión de los parientes más próximos del difunto que no perteneciesen á dicha familia.

Estas leyes consuetudinarias que han establecido el retracto gentilicio, considerando como objeto de su disposición la sujeción al retracto gentilicio de las fincas ú otros inmuebles cuando han sido vendidos á un extraño, pertenecerán, por consiguiente, á la clase de las llamadas *estatutos reales*. Es de la naturaleza de estos estatutos reales que no ejerzan su imperio más que sobre las fincas ú otros inmuebles situados ó reputados situados en la extensión de su territorio, y que lo ejerzan con relación á cualesquiera personas, aunque fueran domiciliadas fuera del territorio. *Introducción general á la costumbre de Orleans*, n.º 22.

De esto se colige: 1.º que tan sólo las fincas ú otros inmuebles que estén situados ó reputados situados en una provincia donde las leyes admiten el retracto gentilicio vienen sujetos al retracto en cuestión, aún en el caso que el vendedor y adquirente tuviesen su domicilio en alguna de las provincias regidas por el derecho escrito, el cual no admite el retracto. *Tiraqueau*.

2.º Que la costumbre donde la finca está situada

es la que debe regular todo lo concerniente al retracto gentilicio de esta finca, esto es, cuáles son las personas llamadas á ejercerlo; en qué orden; cuáles son los títulos que se requieren para hacer uso de este derecho; en qué tiempo y bajo qué condiciones debe ejercerse, etc.

§ II. *De la naturaleza del retracto gentilicio y de la obligación de respetarlo*

8. El derecho de retracto gentilicio ha sido otorgado á los parientes consanguíneos del vendedor por pura gracia y por un simple beneficio de la ley municipal en atención al deseo que se tiene de perpetuar los bienes en las familias. Difiere en este punto del retracto feudal y del convencional, que derivan de un derecho retenido en la cosa cuando ha sido dada en feudo ó enajenada bajo esta carga tácita ó expresa. Nacen de esta diferencia algunas otras de que nos ocuparemos en el curso de este tratado.

9. Siendo el retracto gentilicio una pura gracia que la ley concede á los parientes del vendedor al único objeto de conservar el inmueble dentro del seno de la familia, se sigue de esto que estos parientes no podrán cederla á un extraño.

10. Siendo el retracto un derecho cuyo único origen es la ley que lo concede á la familia del vendedor, no puede ésta verse despojada del mismo por ninguna cláusula del contrato de venta. Por esto mismo, caso que constase en la escritura que el vendedor vende tal finca á condición de *que no pueda ser reclamada por su familia, prohibiéndola hacer uso del retracto, como queriendo derogar la ley que lo es-*

tablece, claro está que tal cláusula sería nula, no pudiendo el vendedor privar á su familia de un derecho que él no le ha concedido, sinó que le viene de la misma ley.

11. Por idéntica razon, si por el contrato declarase el comprador que entiende que la finca por él adquirida, cualquiera que sea el tiempo que permanezca en su familia, no debe estar sujeta al derecho de retracto gentilicio cuando á aquel de sus descendientes que la tenga en su poder le convenga enajenarla á un extraño, tal declaracion sería de nulo efecto; es el caso de la siguiente regla de derecho: *Privatorum conventio juri publico non derogat*; l. 45, § 1, *D. de R. J.*

12. No solamente son nulas aquellas cláusulas que rechazan directa y expresamente el derecho de retracto, si que tambien lo son las que lo atacan indirectamente y sin más objeto que eludirlo.

Se pregunta á este respecto si sería válida la cláusula de un contrato de venta por la que se hubiese convenido la nulidad de la venta en caso de retracto. Tiraqueau y Grimaudet opinan que es válida, siempre que no haya fraude, es decir, con tal que la intencion de las partes haya sido que el vendedor, llegado el caso de entablarse demanda de retracto, vuelva á posesionarse de la finca al objeto de retenerla por sí, y no con el deseo de devolverla con el tiempo al adquirente; pero Mateo, *de afflictis*, opina por el contrario que tal cláusula es nula, por no tener otro objeto que eludir el derecho de retracto y oponerse á la ley que lo concede. Esta última opinion, adoptada por Dussaut sobre los usos de Saintes, y por Vaslin sobre la costumbre de la Rochela, nos parece razonable bajo todos conceptos.

13. Algunos autores llevan tan léjos la regla que hacen imposible todo ataque al derecho de retracto, considerando como nula la cláusula por la cual prometiese el vendedor al comprador que su familia no ejercerá el retracto y se sometiese á una pena caso de intentarse. Esta es la opinion de los anotadores de Duplessis, quienes la apoyan en un decreto que Charondas cita. Pero nosotros no vemos por qué ha de ser nula esta cláusula. Esta cláusula ni ataca el derecho de retracto ni á los parientes del vendedor, porque en nada les impide que ejerzan el retracto. Aunque el vendedor, con prometer que su familia no ejercerá el retracto, promete una cosa que no está en su poder, no deja por esto de contraer una obligacion válida, como válida es la obligacion que contrae un vendedor asegurando que el propietario de la cosa consentirá en la venta. Para que una obligacion sea válida basta que el hecho que constituye el objeto sea un hecho posible en sí, aunque no esté en poder del que ha contraido la obligacion. Véase nuestro *Tratado de las obligaciones*, n.º 136.

No sólo son nulas las cláusulas que tienden á atacar el retracto gentilicio, sinó que las costumbres, para garantizar más este derecho á las familias, han puesto todo su cuidado en investigar los fraudes que han podido concertarse entre vendedor y comprador para eludir el retracto ó para hacerlo más oneroso á los parientes de lo que corresponde, señalando al efecto penas contra los autores de los mismos.

Estos dolos consisten, ó en disfrazar el contrato de venta que las partes han querido otorgar bajo la falsa apariencia de otro contrato, ó en ocultar el contrato durante el tiempo concedido para ejercer el

retracto, ó en fingir el precio y demas condiciones de la venta más onerosos de lo que sean en realidad, al objeto de disuadir á los parientes de intentar el retracto.

El artículo 386 de nuestra costumbre de Orleans nos ofrece un ejemplo del modo como las costumbres descubrian estos engaños ó artificios.

Muchas son las costumbres que han señalado severas penas contra estos fraudes; la de Tours, artículos 173 y 174, castiga con una fuerte multa el dolo que el adquirente haya cometido negando falsamente la adquisicion; disponiendo ademas que se le considere decaido de todo derecho á la restitution del precio en beneficio del pariente. Castiga igualmente por medio de multa el fraude del comprador que ha declarado haber realizado la compra mediante un precio más crecido del que era en realidad, viniendo ademas condenado á restituir al retrayente el doble del exceso que del mismo recibió por causa del fraude. La de Lodunois, titulo de los *Retractos*, art. 16, contiene la misma disposicion; castiga igualmente con la restitution del doble de la cantidad indebidamente recibida el fraude del adquirente que ha fingido un precio más elevado del convenido: la de Chateaufneuf castiga todos los fraudes con la confiscacion del precio en beneficio del señor en cuya jurisdiccion ha sido descubierto el fraude, etc.

Los parientes tienen derecho á la prueba, aunque sea testimonial, de estos dolos, pudiendo igualmente denunciar el juramento hecho por el adquirente sobre la sinceridad del contrato.

15. Todo esto ha contribuido á resolver la cuestion antes tan agitada entre los antiguos doctores, encaminada á saber si el derecho de retracto gentilicio es un derecho favorable ú odioso. Este de-

recho es favorable. Su fin, que no es otro que conservar las fincas en las familias, es un fin esencialmente favorable, segun nuestras antiguas costumbres. El cuidado que las leyes han tenido para inquirir y castigar los fraudes ó artificios que se ponen en juego para destruir este derecho, es todavía una prueba del favor que este derecho entraña; pero, aunque favorable, es al propio tiempo riguroso, porque dificultando la libertad natural de vender y de comprar, la ley sólo lo concede bajo ciertas condiciones cuya observancia exige con todo rigor; mas, una vez cumplidas éstas por parte de los parientes, la ley les dispensa toda su proteccion para hacerles gozar de su derecho.

16. La infraccion de la ley que establece el retracto gentilicio, no sólo está condenada en el fuero exterior, si que tambien en el fuero de la conciencia vendedor y comprador se hacen culpables de una injusticia cuando realizan alguno de los engaños arriba indicados: porque siendo el derecho de retracto gentilicio un derecho muy legitimo que se ha concedido á la familia del vendedor por disposicion de la ley, no se la puede privar del mismo sin infringir el primer precepto de la ley natural, que ordena dar á cada uno lo que le pertenece: *Juris praecepta sunt haec... suum cuique tribuere.*—*Instit., tit. de justitia et jur.*

Consistiendo esta injusticia en privar á los parientes de ejercer el retracto en virtud de la venta que les ha sido disfrazada ó callada mediante el engaño ó artificio puesto en juego, claro está que su reparacion debe consistir en la restitution de este poder violado. Puede hacer el comprador esta restitution con hacer sabedores á los parientes del fraude y ofreciendo el traspaso de la finca ad-

quirida á favor de aquel de los parientes que, dentro del año de haber sido avisado, se presentase el primero con intencion de comprarla bajo las mismas condiciones y precio á que hubiese tenido derecho al ejercer el retracto, caso que no se hubiese disfrazado ú ocultado el contrato. Puede el comprador darles este aviso, ya de palabra, ya por medio de algun acto público por el que toda la familia pueda venir en su conocimiento. Hay que advertir que debiendo la venta que el comprador ha de hacer á uno de los parientes dar lugar á una nueva ganancia y á gastos considerados legítimos, á los cuales no hubiese el pariente venido obligado si, á causa del engaño hecho por el comprador, no se hubiera visto privado de intentar el retracto, este pariente debe en cambio estar dispensado de la obligacion de restituir al comprador el beneficio debido por la primera venta, y de los gastos legítimos que se hayan hecho.

CAPÍTULO II

De la naturaleza de la accion de retracto gentilicio

17. Del derecho de retracto gentilicio, cuando hay verdaderamente lugar á este derecho, nace la accion de retracto gentilicio. Esta accion es *personal real*. Es personal, porque nace de la obligacion que el comprador extraño contrae, al adquirir, de poner la finca que se le vende á disposicion de aquel de la familia del vendedor que quiera aceptar la venta bajo las condiciones marcadas por la costumbre.

La ley municipal es la que crea esta obligacion

en la persona del comprador; por esto esta accion pertenece al número de las llamadas *conditio ex lege*.

Es *personal real*, porque la ley, al crear esta obligacion en la persona de un comprador extraño, afecta al mismo tiempo la finca por él adquirida, llegado el momento de cumplirla. La propiedad en esta finca no le ha sido transmitida sinó bajo la carga del retracto, y no puede, por consiguiente, traspasarla á su vez á otros sinó bajo el mismo gravámen, segun la regla: *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse haberet*; l. 54, *D. de R. J.* Por esto los parientes pueden intentar esta accion, mientras no espire el tiempo del retracto, no sólo contra el primer comprador, si que tambien contra aquellos que la hubiesen adquirido con posterioridad en cuyo poder se encontrase.

18. La accion de retracto gentilicio, sobre todo dentro de las costumbres que, como la de Paris y de Orleans, conceden el retracto gentilicio al individuo de la familia más diligente, participa de la naturaleza de las que llaman los romanos *populares actiones*. Esta accion no es que pertenezca, ántes de intentarse, á una persona determinada de la familia del vendedor, sinó á la familia indeterminadamente; sólo, al intentarla, se la apropia aquel de la familia que se haya mostrado más diligente; *jure quodam occupationis*.

19. La accion de retracto gentilicio no es transmisible á los herederos del pariente ántes de éste intentarla, porque el derecho de retracto gentilicio se concede por la calidad de parentesco, que es una circunstancia personal. Debe esto, sobre todo, tener lugar en las costumbres de Paris y de Orleans, que conceden el retracto ántes á la familia conside-

rada de un modo indeterminado que á ninguno de la familia determinadamente, porque, segun este principio, la accion de retracto no está todavía *in bonis* de ningun particular de la misma hasta que se la ha apropiado con intentarla y con anticiparse á los demas parientes; y por consiguiente, no puede transmitirla.

20. Pero tan pronto el pariente ha entablado demanda, la accion toma el carácter de transmisible á favor de sus herederos, los cuales pueden, en tal calidad, asumir la instancia de retracto gentilicio, segun la regla de derecho, *omnes actiones quæ morte sunt aut tempore pereunt, semel inclusa iudicio, salvo permanent*; l. 139, D. de R. J.

21. En una sucesion esta accion pasa del pariente que la intentó á los herederos en bienes libres de la línea de donde la finca procede, segun el sentido que resulta del artículo 139 de la costumbre de Paris, y segun se desprende tambien del artículo 385 de la de Orleans; porque le fué adquirida *jure hujus familie*.

Si no se encontrase ningun pariente de esta línea que aceptase la sucesion libre del difunto, fallecido despues de haber intentado la accion de retracto gentilicio, esta accion pertenecería á sus herederos en bienes adquiridos, aunque extraños de esta línea, quienes en esta calidad podrían asumirla de los herederos de dicho pariente, porque esta accion, en virtud de la demanda que el difunto formuló, viene á ser comprendida *in bonis* de este pariente, á cuya sucesion ha pasado.

Es verdad que pasa á formar parte de la misma como un derecho propio ó libre; pero, segun el derecho comun, á falta de herederos de la línea que quieran aceptar la sucesion á los bienes propios, el

heredero á los adquiridos, aunque extraño, sucede en los libres ó propios como en todos los demas bienes del difunto.

No sucedería otro tanto, si la sucesion á los bienes libres hubiese sido aceptada por herederos de la línea, aunque estos herederos rehusasen asumir la accion de retracto: desechándola éstos, el heredero ó sucesor á los bienes adquiridos no tendría derecho á asumirla, porque en este caso no es el heredero en los bienes adquiridos el que ha sucedido á la misma, sinó los herederos en bienes libres quienes son dueños de dejar de usar de su derecho.

Se nos ha hecho la siguiente objecion: aunque haya un heredero de bienes libres, á su repudiacion, el heredero de los bienes adquiridos sucede en la finca retraida, si este heredero en los bienes libres no le reintegra, dentro del año, del precio que el difunto tuvo que entregar; luego el heredero debe, por idéntica razon, suceder en la accion de retracto gentilicio intentada por el difunto cuando haya quien herede los bienes libres y cuando el heredero en estos bienes rehusa ejercer esta accion. Contestamos á esta objecion que existe una diferencia muy marcada entre estos dos casos. La finca retraida no es más que una adquisicion del difunto que ejerció el retracto, aunque tambien participa en algo de la calidad de propia: pertenecía al difunto á título de compra en virtud del retracto ejercido que le colocó en lugar del comprador: la venta de esta finca es, pues, su título, así como la causa próxima é inmediata de su adquisicion; el derecho de retracto gentilicio, que únicamente le dió la preferencia sobre el comprador extraño, sólo constituye la *causa remota*. Por esta razon el heredero de los bienes adquiridos es el heredero natural y el que

debe suceder en la accion, cuando el heredero de los bienes libres ó propios no llena la condicion bajo la cual le fué conferida la sucesion. No sucede lo mismo con la accion de retracto gentilicio que el difunto intentó; esta accion es un derecho propio del difunto que en nada participa del carácter de una adquisicion; el difunto era dueño de la misma *nec pretio, nec merito, nec dono fortuna*, sinó *solo jure sanguinis et familia*: La sucesion á esta accion se confirió absoluta é incondicionalmente al heredero en los bienes propios de la línea origen de esta accion. Por esta razon cuando existe un heredero de esta línea que haya aceptado la sucesion, el heredero en los bienes adquiridos en ningun modo puede ser llamado á la misma.

22. Cuando la accion de retracto gentilicio viene á ser *in bonis* del retrayente en virtud de la demanda que formula éste, no puede, sin embargo, ni aun despues de la misma, cederla á un extraño. Se funda esto en que se supone que no ha adquirido esta accion, porque habiéndose concedido el retracto á los parientes del vendedor con el solo objeto de conservar la finca en el patrimonio de la familia, no puede concederse al pariente la accion de retracto en virtud de la demanda entablada, sinó en tanto la formule segun el modo de ver de la costumbre para conservar la finca en el patrimonio de la familia; y esto no se logra sinó formulando la demanda por cuenta propia ó para alguno de la familia; pero si despues de haber intentado la demanda cede su derecho á un extraño, se presume que no ha querido hacer otra cosa que cometer fraude á la costumbre con prestar su nombre al extraño, y que, por consiguiente, al entablarla, no ha podido en manera alguna adquirir el derecho de retracto.

23. En aquellos países cuyas costumbres conceden el derecho de retracto á los parientes del vendedor segun el orden del grado de parentesco que les une, el más próximo pariente no puede, en perjuicio de los del grado siguiente, ceder su derecho á un pariente más lejano, de modo que si los de grado inmediato quieren ejercer el retracto deben ser preferidos al cesionario. *Grimaudet*, 1, 6.

24. Estas decisiones no tienen lugar tratándose de sucesores universales; por esto opinamos que si el pariente ha fallecido durante la sustanciacion de la demanda de retracto su legatario universal, aunque extraño, puede asumir la demanda, salvo las reservas consuetudinarias del heredero que adquirió los bienes libres. Algunos autores, sin embargo, han pretendido que esta accion, aunque intentada, no pasa á un heredero testamentario extraño, ni, por idéntica razon, á un legatario universal extraño, por más que pase á un heredero *ab intestato* extraño tambien. Se fundan en la disposicion de una ley que dice que aquel á cuyo favor se ha legado una finca con la condicion expresa de no poderla enajenar fuera de la familia, puede transmitirla con su sucesion á un heredero *ab intestato* aunque sea extraño, l. 77, § 28, *de leg. 2*, pero de ningun modo á un heredero testamentario extraño. Negamos la consecuencia. La razon de diferencia consiste en que tan pronto el pariente ha ejercido de buena fe y por su cuenta el derecho de retracto no hay ninguna ley que le prohiba enajenar la finca fuera de la familia. La ley quiere tan sólo que los parientes ejerzan el retracto por su cuenta y que no sirva de testa férrea á extraños para ejercerlo. Hay lugar á la presuncion de que un pariente es un testa férrea y que no tenía inten-

cion de ejercer la accion por su cuenta, cuando despues de haberla intentado la cede á un extraño á título singular; pero no se concibe ni resulta ninguna presuncion de fraude por el mero hecho de que esta accion haya pasado á un extraño junto con la sucesion testamentaria, ó por medio de un legado universal.

25. La accion de retracto gentilicio es divisible, porque divisible es la finca vendida que constituye su objeto, divisible en partes reales, ó divisible cuando ménos en partes intelectuales. *Tratado de las obligaciones*, n.º 288.

Por esto, si varias personas han comprado juntas una heredad, cada una de ellas responde únicamente de esta accion por la parte divisa ó indivisa que tenga en la misma. Tiene esto lugar aun cuando hubiesen comprado la cosa solidariamente.

Pero en este caso el retrayente, para indemnizar á aquel de los compradores contra quien ejerce el retracto, debe entregarle carta de pago del vendedor de todo el precio á que este comprador está obligado, salvo al retrayente el derecho de reclamar de los demas compradores, sobre quienes no juzga oportuno ejercer el retracto, la parte de precio á ellos correspondiente.

Igualmente, cuando el comprador ha dejado muchos herederos, cada uno de éstos responde tan sólo de la accion correspondiente á la porcion de la cosa que haya heredado.

26. Con todo, como la accion de retracto gentilicio no es simplemente personal, sino personal real, ó *in rem scripta*, y sigue ademas al posesor, si uno de los compradores ó coherederos poseyera el total de la finca, respondería de toda la accion de retracto.

Vice-versa, si el pariente, despues de intentada la accion, fallece y deja muchos herederos, ninguno de estos herederos sucede en la accion, ni tiene derecho, en su calidad de heredero, á asumir la demanda sinó por la parte de que es heredero: pero el adquirente puede, si quiere, obligarle á que se quede con el todo, porque se conceptúa que de otro modo este adquirente ni sería indemnizado, ni hubiese querido comprar la cosa no pudiéndola tener completa.

Por lo demas, no hay duda que si este heredero fuese de la misma familia, y que no hubiese espirado todavía el año concedido para ejercer el retracto, podría en vez de asumir, en su calidad de heredero, la demanda entablada por el difunto, la cual sólo puede asumir en la parte á él correspondiente, formular contra su principal nueva demanda por el total. Pero si los coherederos quisieran asumir la demanda presentada por el difunto, como que ésta tiene propiedad sobre la otra, sería la única admitida.

CAPÍTULO III

De las cosas que están sujetas al retracto gentilicio

27. La mayor parte de las costumbres, al conceder el retracto á la familia del vendedor, se expresan en estos términos: *Cuando alguno ha vendido su finca*. Estas palabras las hemos sacado de la costumbre de Paris, artículo 129; de la de Orleans, artículo 369, etc. Por consiguiente, ateniéndonos al derecho comun, tan sólo los inmuebles propios son los que vienen sujetos al retracto gentilicio.

cion de ejercer la accion por su cuenta, cuando despues de haberla intentado la cede á un extraño á título singular; pero no se concibe ni resulta ninguna presuncion de fraude por el mero hecho de que esta accion haya pasado á un extraño junto con la sucesion testamentaria, ó por medio de un legado universal.

25. La accion de retracto gentilicio es divisible, porque divisible es la finca vendida que constituye su objeto, divisible en partes reales, ó divisible cuando ménos en partes intelectuales. *Tratado de las obligaciones*, n.º 288.

Por esto, si varias personas han comprado juntas una heredad, cada una de ellas responde únicamente de esta accion por la parte divisa ó indivisa que tenga en la misma. Tiene esto lugar aun cuando hubiesen comprado la cosa solidariamente.

Pero en este caso el retrayente, para indemnizar á aquel de los compradores contra quien ejerce el retracto, debe entregarle carta de pago del vendedor de todo el precio á que este comprador está obligado, salvo al retrayente el derecho de reclamar de los demas compradores, sobre quienes no juzga oportuno ejercer el retracto, la parte de precio á ellos correspondiente.

Igualmente, cuando el comprador ha dejado muchos herederos, cada uno de éstos responde tan sólo de la accion correspondiente á la porcion de la cosa que haya heredado.

26. Con todo, como la accion de retracto gentilicio no es simplemente personal, sino personal real, ó *in rem scripta*, y sigue ademas al posesor, si uno de los compradores ó coherederos poseyera el total de la finca, respondería de toda la accion de retracto.

Vice-versa, si el pariente, despues de intentada la accion, fallece y deja muchos herederos, ninguno de estos herederos sucede en la accion, ni tiene derecho, en su calidad de heredero, á asumir la demanda sino por la parte de que es heredero: pero el adquirente puede, si quiere, obligarle á que se quede con el todo, porque se conceptúa que de otro modo este adquirente ni sería indemnizado, ni hubiese querido comprar la cosa no pudiéndola tener completa.

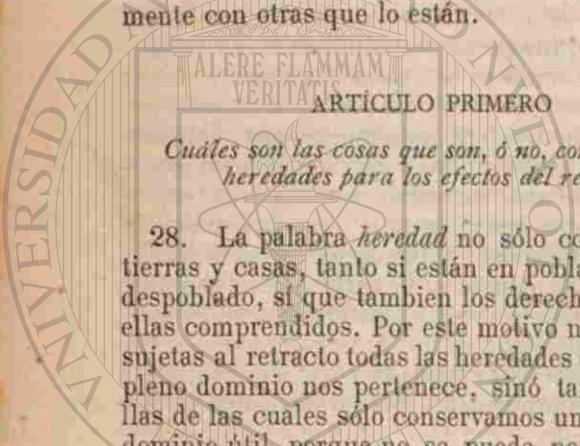
Por lo demas, no hay duda que si este heredero fuese de la misma familia, y que no hubiese espirado todavía el año concedido para ejercer el retracto, podría en vez de asumir, en su calidad de heredero, la demanda entablada por el difunto, la cual sólo puede asumir en la parte á él correspondiente, formular contra su principal nueva demanda por el total. Pero si los coherederos quisieran asumir la demanda presentada por el difunto, como que ésta tiene propiedad sobre la otra, sería la única admitida.

CAPÍTULO III

De las cosas que están sujetas al retracto gentilicio

27. La mayor parte de las costumbres, al conceder el retracto á la familia del vendedor, se expresan en estos términos: *Cuando alguno ha vendido su finca*. Estas palabras las hemos sacado de la costumbre de Paris, artículo 129; de la de Orleans, artículo 369, etc. Por consiguiente, ateniéndonos al derecho comun, tan sólo los inmuebles propios son los que vienen sujetos al retracto gentilicio.

En el presente capítulo veremos, pues, 1.º cuáles son las cosas consideradas, ó no, heredades, para los efectos del retracto; 2.º cuáles son las heredades ó fincas que en la presente materia son consideradas propias; 3.º si las cosas no sujetas en sí al retracto vienen á serlo cuando han sido vendidas juntamente con otras que lo están.



ARTÍCULO PRIMERO

Cuáles son las cosas que son, ó no, consideradas heredades para los efectos del retracto

28. La palabra *heredad* no sólo comprende las tierras y casas, tanto si están en poblado como en despoblado, si que también los derechos reales en ellas comprendidos. Por este motivo no sólo vienen sujetas al retracto todas las heredades ó fincas cuyo pleno dominio nos pertenece, sino también aquellas de las cuales sólo conservamos una especie de dominio útil, porque no se puede negar que este dominio útil no sea cuando ménos un derecho real que en las mismas tenemos (1).

Tiene esto lugar aún en el caso que este dominio no hubiese sido concedido sino temporalmente y que, cumplido dicho plazo, debiese reunirse de nuevo al dominio directo. No deja tampoco de estar sujeto al retracto siempre y cuando haya sido ven-

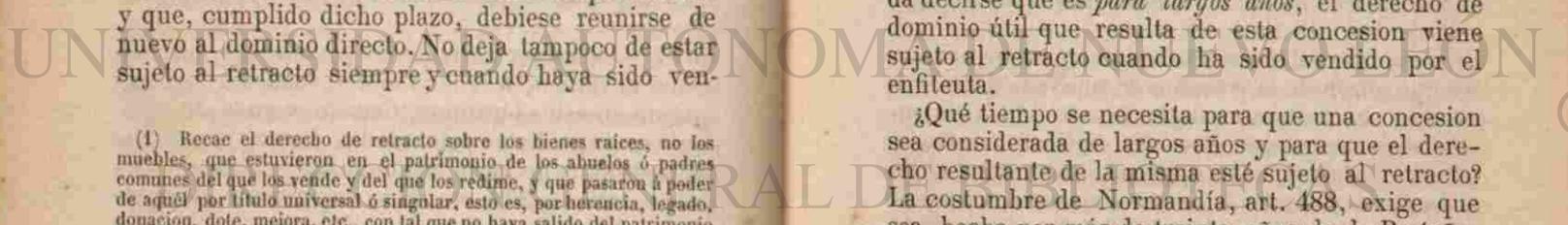
(1) Recae el derecho de retracto sobre los bienes raíces, no los muebles, que estuvieron en el patrimonio de los abuelos ó padres comunes del que los vende y del que los redime, y que pasaron á poder de aquél por título universal ó singular, esto es, por herencia, legado, donacion, dote, mejora, etc., con tal que no haya salido del patrimonio de la familia, haciéndose de libre enajenacion. Matienzo y Acevedo, en la ley 7, tít. 11, lib. 5.º Recopilacion.

dido por el enfiteuta ó señor útil á quien este derecho corresponde y que le haya venido de su familia.

En vano se dirá que no siendo la mira de las costumbres, al conceder el retracto, otra que perpetuar las fincas en las familias, no es posible aplicarla á esta especie de derecho, que por su naturaleza no puede siempre permanecer en la familia del enfiteuta. A esto se contesta que la mira de las costumbres es conservar los bienes en las familias, si no para siempre, para todo el tiempo que sea posible. Justifica nuestra opinion el artículo 149 de la costumbre de Paris, cuyo título dice: *Concesiones de noventa y nueve años, ó de largo tiempo*; es es decir, los derechos del dominio útil resultantes de dichas concesiones *vienen sujetos á retracto* cuando han sido vendidos por los enfiteutas á quienes pertenecen.

Estas palabras de la costumbre, *de noventa y nueve años*, deben interpretarse *non restrictive*, sino *exempli causa*, que por esto añade *de largos años*. Por consiguiente, cuando la concesion enfiteutica está hecha por un tiempo determinado, tanto si éste es largo como si no llega á los noventa y nueve años, con tal que sea bastante largo para que pueda decirse que es *para largos años*, el derecho de dominio útil que resulta de esta concesion viene sujeto al retracto cuando ha sido vendido por el enfiteuta.

¿Qué tiempo se necesita para que una concesion sea considerada de largos años y para que el derecho resultante de la misma esté sujeto al retracto? La costumbre de Normandía, art. 488, exige que sea hecha por más de treinta años; la de Bretaña, título 16, art. 313, sólo exige que exceda de nueve



años. ¿Cuál, pues, debe seguirse en los países cuyas costumbres nada dicen sobre el particular? Abogando en pro de la primera puede decirse que la idea de una concesion de largo tiempo entraña ó supone un tiempo que exceda al ménos de una generacion, y por consiguiente, del tiempo de treinta años. Puede decirse, por el contrario, en pro de la de Bretaña, que en cuestion de derecho *decennium est longum tempus*. La prescripcion de buena fe que resultaba de la posesion de una finca durante diez años se llamaba *prescriptio LONGI TEMPORIS*; y en nuestras costumbres consideramos como bienes de largo tiempo todos aquellos que exceden de nueve años.

29. La costumbre de Bretaña establece una limitacion muy equitativa tocante al derecho de retracto de los dominios útiles reversibles: quiere que, para que estos derechos puedan retraerse, deba el retrayente conservarlos por lo ménos seis años, porque el interes que puede tener una familia en conservar una heredad por tan poco tiempo como son cuatro o cinco años es muy mezquino para que pueda dar lugar á retracto y para entorpecer los intereses del adquirente.

M. de Lamoignon en sus *Arretés des retraits*, artículo 19, quiere que el tiempo que falte á correr exceda de diez años.

Viene igualmente sujeto al retracto el derecho de los que gozan de la posesion de una cosa á título de empeño. La costumbre de Paris, art. 148, contiene una disposicion que dice: *las casillas, tiendas de géneros, tabancos, plazas publicas compradas al rey y formando parte de la sucesion*, vienen sujetos al retracto cuando han sido vendidos por el prestamista. Sobre este punto existe la misma duda que res-

pecto á los dominios útiles reversibles. El que posee á título de empeño, ya sea del rey, de la Iglesia ó de un particular, cualquiera heredad de las arriba mencionadas, no es que sea su propietario. El rey, la Iglesia ú otro que las haya empeñado por cierta cantidad que se le entregó, siempre conserva la propiedad de las mismas: al prestamista sólo se le concede una especie de señorío útil parecido al que resulta de una concesion de largos años; por ésta se concede la cosa por cierto tiempo limitado, al paso que la cosa que se concede al prestamista es por un tiempo ilimitado, ó sea hasta que se le reembolse de la suma por la que se empeñó la finca. Por esta razon cuando el prestamista vende la finca que posee á título de empeño, no es la finca lo que propiamente vende, sino únicamente el derecho de dominio útil. La razon que debe alegarse, al igual que en la cuestion precedente, es que este derecho señorial que vende es un derecho real de la finca. Es así que los derechos reales en una finca están comprendidos bajo la palabra *heredad*; luego estarán sujetos al retracto gentilicio cuando han sido vendidos por uno que los adquirió de la familia ó abolengo.

31. Por idéntica razon vienen sujetos al retracto gentilicio los derechos de feudo, de censo, de gabillas, y hasta los simples derechos de renta en bienes raíces, cuando han sido vendidos por su verdadero propietario, el cual los hubiese adquirido como patrimoniales ó abolengos: porque aunque estos derechos en rigor sean cosas incorporeales, vienen sin embargo comprendidos bajo la palabra *heredad*, porque son derechos en las fincas. Las costumbres de Paris y de Orleans, para desvanecer toda especie de duda que sobre el particular pudiera presen-

tarse, se expresan del siguiente modo: *Cuando alguno ha vendido su finca á renta en bienes raíces, etc.;* art. 129 de Paris y 363 de Orleans.

32. Aunque el derecho de usufructo que una persona tiene en una finca de otro sea un derecho en bienes raíces, *jus in re*, ó sea un derecho en la cosa, sin embargo cuando un usufructuario vende su derecho de usufructo á un tercero, no hay lugar al retracto gentilicio, aun en aquellos países donde la venta de las adquisiciones hechas da lugar al mismo. La razón es que el derecho de usufructo, siendo un derecho de servidumbre personal, un derecho que es inherente á la persona del usufructuario, de la que no puede apartarse, resulta que cuando un usufructuario vende su derecho de usufructo no es el mismo derecho lo que vende, sino el emolumento de este derecho: concede el derecho de que uno pueda recoger en su lugar los frutos que por sí ó por medio de otro tiene derecho á percibir en virtud del derecho de usufructo que tiene; pero este derecho de usufructo no puede ménos de retenerlo, como inherente que es á su persona (*Inst. de usur.*, § 4); y por consiguiente no sale de su familia.

33. Tampoco hay lugar al retracto gentilicio cuando es el propietario el que ha vendido á alguno un derecho de usufructo correspondiente á alguna de sus fincas. La costumbre de Paris, art. 147, contiene una disposicion terminante sobre el particular, cuyo artículo, como que forma jurisprudencia y está comprendido en la nueva recopilacion, constituye derecho comun y como tal debe tener lugar en los países cuyas costumbres nada han legislado sobre este punto. Es porque las costumbres no conceden el retracto á la familia del vendedor, sino cuando éste enajena su finca fuera de la familia;

por cuyo motivo no cabe aquí decir que coloca su finca fuera de la familia en virtud de la venta y constitucion que hace del derecho de usufructo, puesto que permanece verdadero propietario de la misma.

Nótese sin embargo que si alguno, despues de haber vendido el usufructo de una finca suya, volviere á vender en seguida la propiedad de la misma cosa á dicha persona, habria lugar al retracto gentilicio sobre ambas ventas. Algunas costumbres, como las de Melun y Bourbonnois, contienen algunas disposiciones referentes al caso en cuestion. La razon es que se presume que no fué otra la intencion de las partes que efectuar una sola venta de todo, y que el hacer constar dos ventas constituye un fraude hecho á los parientes del vendedor. Es necesario establecer esta presuncion, porque sin ella se abriria camino á todo género de engaños, en perjuicio evidente de los parientes.

Hay lugar á la misma presuncion cuando despues de haber vendido nuestra finca con reserva del usufructo, lo vendiéramos á la misma persona; por consiguiente habrá lugar al retracto sobre ambas ventas.

Hay lugar á esta presuncion de fraude, no solamente cuando vendemos la propiedad á la misma persona á quien ántes vendimos el usufructo *ó vice-versa*, si que tambien cuando la venta se hace á favor de otras personas sobre quienes haya fundadas sospechas de haber interpuesto su mediacion por encargo de la persona á quien anteriormente se vendió la propiedad ó el usufructo; por ejemplo, si la segunda venta se hiciese á sus hijos ó á sus padres; ésta es la opinion de Vaslin.

34. Para que exista esta presuncion de fraude

es necesario que no medie un intervalo de tiempo demasiado largo entre la venta de la propiedad y la del usufructo hecho á favor de la misma persona. Unos autores opinan que para que el fraude pueda presumirse la segunda venta debe efectuarse dentro del año de realizada la primera: otros estiman que es suficiente se realice la venta dentro de los tres años siguientes. Nosotros nos inclinamos por la primera opinion, fundándonos para ello en el art. 386 de la costumbre de Orleans. No creemos, sin embargo, que deba uno aceptarla sin escrúpulo ninguno, sino que somos de parecer que debiera presumirse el fraude hasta unos cuantos días despues de haber espirado el año, porque podría suceder y presumirse á su vez que se ha dejado espirar el año sólo para encubrir el fraude.

Es evidente que no puede presumirse fraude cuando el legatario de la nuda propiedad ha comprado el usufructo al heredero.

35. Un derecho de justicia, aunque derecho incorporal, está sujeto, sin embargo, al retracto gentilicio por la relacion que guarda con el territorio como sujeto que es del mismo y en este concepto comprendido bajo la palabra *heredad*.

Por idéntica razon vienen comprendidos bajo la palabra *heredad* los diezmos enajenados por la Iglesia y poseidos por legos, porque son derechos que se ejercen sobre las fincas; y son, en consecuencia, susceptibles de la calidad de cosa propia y sujetos al retracto cuando han sido vendidos á un extraño.

La mayor parte de los autores exceptúan sin embargo el caso en que hubiesen sido vendidos á la Iglesia. Véase el 24.º *Plaidoyer de feu M. le chancelier Daguesseau*, t. II.

36. Los derechos personales, es decir, los créditos que tenemos contra una persona que se ha obligado á darnos una cosa, cuando esta cosa que forma el objeto de dichos créditos es una finca, vienen igualmente comprendidos bajo la palabra *heredad*, y sujetos, por consiguiente, al retracto gentilicio. Si nuestro padre, por ejemplo, ha comprado una finca, y ha fallecido ántes de hacerle entrega de la misma, el crédito que tenemos contra el vendedor para hacernos entregar la finca estará sujeto al retracto gentilicio si la vendemos á un extraño; porque áun cuando este crédito no sea en sí otra cosa que un derecho incorporal que tenemos contra la persona del vendedor, se le considera como si anticipadamente fuese ya la misma finca en que debe extinguirse: *Actio judicatur secundum qualitatem rei ad quam competit*. Molin., in Cons. Paris, § 20, gl. 3, n. 8. Lo mismo sucede con la accion de pacto de retrovendiendo.

37. Si se ha hecho donacion á un tercero de una accion de pacto de retro, como que esta donacion no se convierte en enajenacion al contado, sino con ejercer la accion por la que se obligue al cesionario á pagar el precio, en tal caso, tan sólo el ejercicio de la accion puede dar margen al retracto. Esto mismo nos indica muy sabiamente Valin, d. loco.

38. Las rentas constituidas no están sujetas al retracto gentilicio, segun el derecho comun, áun en los países cuyas costumbres las consideran inmuebles. Nuestra costumbre de Orleans, que las reputa tales, artículos 191 y 351, dice en el art. 399: «*Las rentas constituidas especial ó generalmente no vienen sujetas al retracto.*» La razon es que el retracto sólo ha sido establecido con respecto á las fincas:

luego una renta constituida bajo ningun aspecto es considerada finca, no siendo ni un derecho en la finca ni un derecho á la finca. La hipoteca de que una renta viene acompañada es un verdadero derecho en las heredades sujetas á la hipoteca; pero la hipoteca no es más que el accesorio de la renta, que en sí no es otra cosa que un derecho contra la persona, que sólo tiende á la consecucion de dinero y no á adquirir finca alguna. Verdad es que las rentas son tenidas como fincas inmuebles; pero esto sucede únicamente en virtud de una ficcion que en manera alguna tiene lugar en materia de retracto, que es de estricto derecho.

39. Existen, sin embargo, algunas costumbres que parecen sujetar al retracto gentilicio las rentas constituidas; tal es la de Sens, art. 32, que dice que hay lugar al retracto *cuando alguno tiene fincas propias y cosas inmuebles, ó consideradas como tales..... y las vende, etc.*

40. Siendo los empleos (*offices*) considerados cosas inmuebles, ¿estarán sujetos al retracto en aquellas costumbres que, como la de Sens, sujetan expresamente al retracto *las cosas consideradas inmuebles?* Loyseau, «*Traité des offices*», aboga por la afirmativa; cuya opinion ha sido confirmada por un decreto de 22 de Febrero de 1676, tomo 4.º del diario. Pero, fuera de estas costumbres, los empleos, incluso los señoriales, no están sujetos al retracto. *Decreto citado por los anotadores de Duplessis sobre una escribanía.* En las costumbres donde están sujetos al retracto sólo puede ser en tanto el cargo no ha sido todavía discernido al comprador del empleo. Proveido ya en la persona del comprador, deja de estar sujeto al retracto. Si el empleo se tiene del rey, toma el carácter de inamovible, cuyo

despacho ó mandamiento realizado con su correspondiente sello purga todos los derechos que un tercero puede tener sobre el mismo.

41. Tampoco están sujetos al retracto los créditos en efectivo por más que se hayan convertido en inmuebles en virtud de estipulaciones contenidas en capitulaciones matrimoniales á favor de uno de los futuros contrayentes y demás parientes de la línea; porque las ficciones resultantes de las convenciones, no surtiendo efecto sinó para el caso para que han sido hechas, la prueba de estas estipulaciones no puede hacer pasar estos créditos como inmuebles y como propios para el caso de retracto gentilicio, no siendo éste para el que fueron hechas.

42. Los muebles, por preciosos que sean, nunca vienen sujetos al retracto gentilicio. *Ordenanza de marina*, tomo 10, art. 1.º

43. Aunque una universalidad de muebles participe algo de la naturaleza de los inmuebles, segun esta regla: *universitas mobilium sapit quid immobile*; sin embargo de los derechos sucesivos, cuando toda la sucesion es mueble, no estarán sujetos al retracto si llegan á venderse. La costumbre de Sedan, que los sujeta al mismo, se separa sobre el particular del derecho común.

Pero si en la sucesion existiesen fincas cuyos derechos se hubiesen vendido á un extraño, estas fincas estarían sujetas al retracto. Grimaudet, IV, 21, pretende más aún, y es que las fincas atraen en este caso los muebles y que unas y otros vienen sujetos al retracto; de cuya opinion no participamos nosotros.

La costumbre de Auvergne dice, por el contrario, indistintamente que no cabe retracto en la venta de una sucesion. El art. 23 del titulo 23 se expresa

de este modo: *En choses meubles, noms, dettes et actions, retenue n' a point lieu, ne aussi en vendition de succession universelle.*

Estando sujeta al retracto la venta de los derechos sucesivos por razon de los inmuebles de la sucesion, cuando uno de los herederos ha vendido á un extraño sus derechos sucesivos, el retracto se ejerce, ó ántes de la division, ó despues. Cuando se ejerce despues de la division, el retracto comprende los inmuebles que recaidos en suerte, hayan pasado á dicho extraño á condicion de reembolsarle del precio de la cesion y de las vueltas correspondientes á los inmuebles comprendidos en la porcion retraida, porque la tasacion debe ser practicada del precio de dichos muebles sujetos al retracto y del correspondiente á los comprendidos en dicha porcion no sujetos al retracto. Cuando el retracto se ejerce ántes de la particion, debe suspenderse toda demanda interin ésta se practica, para la cual debe ser citado el retrayente.

44. Aunque los frutos adheridos al árbol y los árboles por cortar formen parte de una de nuestras fincas sujetas á retracto, eso con todo, la venta que hagamos de estos árboles á un comerciante para derribarlos, lo propio que la de los frutos adheridos al árbol, nunca puede tomarse por una venta de la *heredad* que pueda dar lugar al retracto gentilicio, porque no pudiendo el comprador llegar á ser por esta venta propietario de los árboles y frutos que le hemos vendido sino despues de haberlos separado de la tierra y reducidos á la condicion de muebles, resulta que sólo es una venta de muebles que no puede dar lugar al retracto. La costumbre de Sens contiene una disposicion sobre el particular en su art. 65. La de Normandía se ha separado de

estos principios y sujeta al retracto la venta de árboles para construccion, aunque vendidos para ser cortados, con tal que estén en pié al tiempo de la demanda de retracto; pero esta disposicion no debe tener lugar fuera del territorio por no militar dentro los principios generales. Por la misma razon se debe rechazar la opinion de Lhoste, quien pretende en su comentario sobre la costumbre de Montargis que los herederos presuntos del vendedor deben ser admitidos al retracto de una venta de árboles para construccion con obligarse á no derribarlos; porque ó éstos árboles son considerados como debiendo ser derribados, en cuyo caso no viene á ser otra cosa que la venta de un mueble que no da lugar al retracto, ó se los considera como debiendo quedar en pié, en cuyo caso no es lo que se ha vendido, puesto que la cosa que ha sido vendida sólo es la corta que debía hacerse; por otra parte este retracto contiene una especie de aplazamiento de la sucesion del vendedor, que es contrario á las buenas costumbres.

45. En este caso hay lugar á las mismas presunciones de fraude que en el caso del núm. 33 *supra*. Por esto, si despues de la venta de la corta de árboles en pié ó de los frutos pendientes, se vendiese, ántes de haberlos separado, la finca á la misma persona ú á otra que se sospechase ha mediado por, ella, las dos ventas se considerarian como una sola y habría lugar al retracto tanto con respecto á la finca como con relacion á los frutos.

ARTÍCULO II

Qué condición han de tener las fincas para estar sujetas al retracto gentilicio.

46. La mayor parte de las costumbres dan antecedentes sobre la calidad de *propias* que han de tener las fincas cuyo retracto se concede á la familia del vendedor; á este número pertenecen las de Paris y Orleans.

Algunas costumbres, como la de Normandía, hasta llegan á conceder el retracto de las adquisiciones á la familia del vendedor en términos expresos, y como consecuencia de esto, agítase la cuestion entre las costumbres que nada dicen sobre el particular, de si la finca debe ser propia, ó si tambien tiene lugar el retracto con respecto á los bienes adquiridos: ¿las adquisiciones vienen, pues, sujetas al retracto? Negativamente, puede decirse que la mayor parte de las costumbres que sólo conceden el retracto para los bienes propios, parece como si formasen un derecho comun que debe tener observancia en aquellas que nada han legislado sobre el caso. De otro lado, ó sea afirmativamente, puede decirse que nada debe suplirse en las costumbres, y por consiguiente, que no se debe exigir sean propias las fincas, cuyo retracto se concede cuando no se desprenda del texto de la costumbre que ha querido que tuviesen esta calidad: esta es la opinion de Grimaudet. Sobre estas cuestiones lo mejor es informarse del uso que se observa en la provincia. *Optima legum interpres consuetudo.*

47. En materia de retracto gentilicio la pala-

bra *propio* tiene una significacion mucho más lata que en las demás materias. En éstas entiéndese ordinariamente por fincas propias las que nos han venido por sucesion directa ó colateral, ó por donacion de alguno de nuestros ascendientes. Como se supone que estas donaciones provienen de la sucesion, los bienes que poseemos á título de donacion ó de legado provenientes de personas extrañas, y aunque sea de los mismos ascendientes, pero á título de venta, son adquisiciones nuestras, por más que hubiesen sido propias de aquel que nos las vendió ó dió; podremos disponer de las mismas como de toda otra adquisicion y corresponderán por sucesion á nuestro heredero en los bienes adquiridos. Pero no sucede lo propio en materia de retracto gentilicio. Desde el momento que una finca acaba de formar tronco en una familia, sigue siendo considerada como una finca propia y sujeta al retracto cuando la volvemos á vender, mientras no haya salido de la familia, tanto si ha pasado á una persona de la familia á título de adquisicion como cuando la hemos comprado á uno de nuestros parientes. La costumbre de Paris contiene sobre el particular una disposicion terminante; dice: «*Si alguna persona adquiere una finca propia de su pariente, de la línea de que es pariente, y la vende, tal finca está sujeta al retracto.*» La razon es que habiendo la finca hecho tronco en la familia y habiendo sido afectada de un derecho de retracto gentilicio para con la familia, aunque saliese de la misma por venta, ninguno de la familia puede, con adquirirla, despojarla de este derecho de retracto gentilicio que adquirió. Por esto permanece siempre sujeta al derecho de retracto gentilicio con respecto á la familia, por más que él ó los sucesores de la familia lleguen á venderla.

48. Nada implica bajo qué título hayamos adquirido una finca propia de nuestro pariente. Tanto si nos ha sido dada ó legada, lo mismo que cuando la hemos comprado, siempre vendrá sujeta al retracto si la vendemos. La palabra *adquiere* que emplea la costumbre de Paris en el artículo arriba citado, es un término general que comprende todos los títulos de adquisición, lo mismo la donacion y los legados como la compra. La costumbre de Meaux confirma esta interpretación, la cual, despues de decir en el art. 150, *el retracto abraza tan sólo las fincas propias, y no las adquisiciones*, añade: *siempre que el padre ú otro pariente DA, CEDE ó VENDE su propia finca á un pariente, y que despues del donativo ó reivindicacion lo venda á un extraño, está sujeta á retracto por más que sea una adquisicion.* Este punto, sin embargo, ha suscitado dificultades. Los anotadores de Duplessis pretenden, por el contrario, que el art. 133 de la costumbre de Paris sólo tiene aplicacion cuando un pariente vuelve á vender la finca que compró á uno de la familia, y no cuando vende una finca que adquirió de un pariente, sí, pero á título que no estaba sujeto á retracto, á título de donacion por ejemplo; y citan á este respecto un decreto de 1633 que así lo dispone, de cuyo decreto hace mencion Brodeau sobre Louet, cap. II, núm. 10. Hé aquí las razones en que funda esta distincion: Cuando un pariente vende una finca propia de la familia á su pariente, constituye un título que da margen al retracto, en cuyo caso no puede impedirse éste sino en virtud de la condicion de pariente que tiene el adquirente: quitado este impedimento, debe renacer el derecho de retracto. Pero cuando un pariente ha adquirido de otro pariente suyo una finca propia á título de do-

nacion, lo que impide el retracto no es la calidad de la persona del adquirente, sino la naturaleza del título; y por consiguiente la familia pierde para siempre todo derecho de retracto. Este argumento no vale nada. No es verdad que la venta hecha á un pariente haya dado lugar al retracto, que sólo haya sido impedido por la condicion de la persona del adquirente, y que deba renacer cuando este obstáculo haya desaparecido en virtud de la reventa que este comprador hace de la misma fuera de la familia; porque cuando la revende, no es que el derecho de retracto tenga lugar sobre la venta primera, sino sobre la segunda. La clase de título es, por consiguiente, indiferente, puesto que no es dicho título, sino la segunda venta la que da margen al retracto. Por estas razones hay que decidir indistintamente, á pesar del parecer de los anotadores y del decreto por ellos citado, que habrá lugar al retracto siempre que alguno haya vendido una finca antigua de su familia, cualquiera que sea el título bajo el cual la haya adquirido. Posteriormente al decreto citado se publicó tambien otro de 21 de Marzo de 1713, inserto en el tomo 6.º del *Diario de las Audiencias*, resolviendo que hay lugar al retracto de una finca que fué dada al vendedor por su pariente colateral; hay que atenerse, pues, á esta última jurisprudencia.

49. Esta disposicion de la costumbre de Paris que conserva esta calidad á la finca que ha tomado la condicion de propia de una familia y sujeta al retracto, en tanto permanezca en la misma y aunque se haya trasferido á alguno de dicha familia á título de adquisicion, se encuentra igualmente en algunas otras costumbres, tales como en la de Peronne, art. 253 y 254; Seulis, Melun, etc.

La jurisprudencia la ha extendido á las costumbres que nada han legislado sobre el particular. Por una sentencia de 1738, citada en nuestras notas sobre el art. 379 de nuestra costumbre de Orleans, se resolvió que tenia lugar en nuestra costumbre de Orleans aunque ésta sólo trate del caso en que la finca se hubiese trasferido á un pariente en virtud de haber ejercido retracto, y que nada diga del caso en que la hubiese comprado directamente de su pariente.

50. Una finca adquirida durante la continuacion de comunidad entre un padre y sus hijos, es, por parte de éstos, una adquisicion en la persona de sus hijos.

51. Una finca que era una verdadera adquisicion en la persona del difunto, degenera en propia en la persona de su heredero, aun cuando no fuese heredero más que á beneficio de inventario. Por esto la venta que haga de la misma será de una finca propia que dará lugar al retracto.

52. Si no se hubiese cedido la sucesion, la venta de esta cosa adquirida, hecha por el curador, de la sucesion vacante, no daría lugar al retracto (Paris, artículo 152); porque esta venta no es otra cosa que la venta de una cosa adquirida; no teniendo la condicion de heredero la persona que ha trasferido la finca, no ha podido volverse propia.

Pero si esta finca tenía ya la calidad de propia en la persona del difunto, la venta hecha por el curador de la sucesion vacante será de una cosa propia que dará lugar al retracto, del mismo modo como si el mismo difunto la hubiese vendido en vida, porque estando representado por su sucesion vacante, segun esta regla, *hereditas jacens vicem personæ defuncti sustinet*, se presume haberla ena-

jenado por medio de la venta que de la misma ha hecho el curador de su sucesion.

53. Así como una adquisicion del difunto toma el carácter de propia en la persona de su heredero, así tambien una finca adquirida, dada ó legada á un hijo se hace propia en la persona de este hijo, por considerarse que las donaciones y los legados hechos á los hijos proceden de la sucesion.

No sucede lo mismo cuando la donacion ó el legado resulta hecho á un colateral. La finca no constituye más que una adquisicion del donatario, la cual no está sujeta al retracto. Pero si la finca era propia del donante, conservaría, por lo que respecta á la materia del retracto gentilicio, su calidad de propia, por más que se hubiese trasferido al donatario á título de adquisicion, como hemos visto más arriba.

54. Las fincas comprendidas en una sustitucion que tuviesen la condicion de adquisiciones en la persona del autor de la sustitucion, vienen á ser propias en la persona del sustituido que ha recogido la sustitucion, cualquiera que haya sido la persona gravada por conducto de la cual le hayan pertenecido, cuando este sustituido es uno de los descendientes del autor de la sustitucion; porque dicho sustituido tiene los bienes, no del gravado, sino del autor de la sustitucion; su título es una donacion en línea directa que nace de la sucesion.

Pero si los sustituidos no son más que colaterales del autor de la sustitucion, aun cuando el gravado, por conducto del cual han recogido la sustitucion, fuese su padre, las adquisiciones del autor de la sustitucion no resultarían propias con respecto á la persona de los sustituidos, porque la sustitucion no es, para ellos, más que una donacion en línea colateral.

Nec obstat que no hay lugar en este caso al beneficio de redencion, como lo hemos demostrado en nuestra *Introduction au titre des fiefs de la coutume d'Orleans*. La razon de diferencia es, que no es precisamente el título lo que da lugar al beneficio de redencion, sino tan sólo el hecho de la mudanza de dueño; al paso que lo que regula la calidad de propio ó adquirido es la naturaleza del título.

55. Una finca nos es propia y está sujeta al retracto gentilicio, no sólo cuando nos ha correspondido en virtud de la sucesion de nuestro pariente, sino tambien en el caso que sólo hayamos sucedido al derecho que tenía dicho nuestro pariente de hacérsela dar, y en virtud de cuyo título hayamos llegado á ser dueños de la misma, porque se considera que hemos sucedido á la finca con suceder á este derecho, el cual, por el mero hecho de haber muerto despues con la finca, debía anticipadamente ser tenido por tal finca, segun la regla, *qui actionem habet, ipsam rem habere videtur*.

56. Todo lo que forma parte de una finca en virtud de una union real es propio y está sujeto al retracto, lo mismo que la finca á que está unida. Tales son los edificios construidos sobre solar propio; porque no siendo estos edificios otra cosa que accesorios del terreno sobre el cual han sido levantados, y no pudiendo subsistir separadamente, no tienen ninguna condicion de adquisicion que les sea peculiar, sino que, por el contrario, participan de las mismas calidades que la cosa principal de que forman parte. Lo mismo sucede con el acrecentamiento por aluvion que nuestra finca haya podido experimentar.

Otra cosa sucede cuando la union es una union *civii*. Por ejemplo, si hemos adquirido un cortijo

dependiente de nuestro feudo propio, aunque á causa de la adquisicion se consiga una reunion de feudo, y que este cortijo no forme más que un solo y mismo feudo con el nuestro de quien dependía, será, sin embargo, una adquisicion y no estará sujeta al retracto gentilicio, porque no tiene lugar más union que la del feudo, porque las fincas no por eso dejan de ser cuerpos ménos distintos y separados de los cuales somos propietarios á títulos diferentes, que pueden, por consiguiente, tener tambien calidades diferentes.

Igual sucede con la union para un fin determinado. Así, por ejemplo, cuando compramos un pedazo de tierra enclavado en uno de nuestros cortijos propios para que forme parte del mismo, esta porcion de tierra no dejará de ser una adquisicion, porque queda igualmente distinguida y separada de las restantes tierras de nuestro cortijo como lo estaba ántes de adquirirla, y porque la poseemos bajo otro título.

57. Lo que queda de una heredad propia conserva su condicion de tal siempre que no pierda la calidad de inmueble. Por ejemplo: si una de nuestras casas ha sido incendiada siendo propia, no sólo retendrá el solar su calidad de propio sino que, esta misma condicion alcanza á todos los materiales desprendidos de dicha casa mientras conserven la calidad de inmuebles para ser nuevamente destinados á la reconstruccion de la misma. Así, pues, si con los materiales vendemos tambien el solar, unos y otro vendrán sujetos al retracto; pero si los vendiésemos sin él, no habría lugar al retracto, porque no siendo destinados para la reconstruccion de la casa, pierden la calidad de inmuebles y, por consiguiente, la de propios.

58. Todos los derechos que hayamos retenido en una finca propia en virtud de la enajenacion que de la misma hemos hecho, son tambien propios y de la misma naturaleza que lo era la finca, y, por lo tanto, igualmente sujetos al retracto gentilicio. Por ejemplo: si hemos enajenado una finca propia concediéndola á censo, á derecho de gavillas, ó á renta en bienes raices, cualquiera de estos derechos que nos hayamos retenido en la finca, será propio y estará sujeto al retracto gentilicio del mismo modo que lo estaba la heredad.

Por idénticas razones serán propios y vendrán sujetos al retracto gentilicio, al igual que lo estaba la finca, todos los derechos que hayamos retenido ó conservado con relacion á nuestra finca propia, tales como los derechos rescisorios, el derecho de venta con pacto de retro, etc.

59. Por último, las heredades que han sustituido á otra heredad propia que hemos enajenado, tienen, en virtud de la ficcion de la subrogacion, la misma calidad de propias que tenía la heredad enajenada á la que han reemplazado, y están sujetos al retracto gentilicio. Esta subrogacion tiene lugar cuando hemos adquirido la finca en cuestion inmediatamente, por y en lugar de nuestra finca propia, como cuando la hemos adquirido en cambio de nuestra heredad propia. Pero si hubiésemos vendido nuestra heredad propia por cierta cantidad de dinero, á condicion de emplearla en la adquisicion de otra finca; aunque hayamos declarado por la adquisicion de dicha finca, que la suma mediante la cual la hemos adquirido, es la misma suma que proviene del precio de la finca propia que hemos vendido, y que entendemos adquirir ésta para reemplazar la vendida, dicha finca no dejaría por esto de

constituir una adquisicion que no estaría sujeta al retracto gentilicio, porque ésta no suple inmediatamente la finca propia vendida, sino el precio por que se vendió. Véase nuestra *Introduccion general á la costumbre de Orleans*, núm. 85 y siguientes.

60. Cuando hemos adquirido una heredad á cambio de una renta propia, aunque esta heredad adquiera por subrogacion la calidad de propia de sucesion de la linea de donde dicha renta nos derivó, no tendrá la calidad de propia de *retracto*, ni estará sujeta al mismo, en razon á que tampoco lo estaba la renta que se subroga, siendo así que una cosa no puede adquirir por subrogacion otras calidades que las que tenía la cosa á la que ha sustituido. Esta es la opinion de Lamière sobre el artículo 143 de París. Por igual razon, cuando esta heredad habrá pasado en sucesion á nuestro heredero, vendrá sujeta al retracto gentilicio; pero para el retracto sólo será considerada como propia naciente.

Vice-versa, cuando adquirimos una renta en cambio de una heredad propia, esta renta no estará sujeta al retracto, porque no puede adquirir por subrogacion una calidad de que no es susceptible.

61. Cuando una heredad propia ha perdido la calidad de tal con salir de la familia por haberla nosotros enajenado á un extraño, aunque la poseyésemos de nuevo en virtud de un nuevo título de adquisicion, v. gr., por habérsela dado ó vuelto á vender aquél á quien la habíamos vendido, no recobra por eso su antigua calidad de propia, sino que constituirá una adquisicion, y por consiguiente, no sujeta al retracto.—*Bouquier, l. R., n. 8.*— Igualmente, si despues de haber enajenado una heredad propia paterna volvemos á ser propietarios

de la misma á título de sucesion de un pariente materno á quien se había transferido, no recobra tampoco la calidad de propia paterna que tenía cuando se enajenó, sino que se queda propia materna y sujeta, por tanto, al retracto gentilicio en favor de la familia materna solamente.

62. Pero cuando volvemos á ser propietarios de la finca propia que habíamos enajenado, no en virtud de ningún nuevo título, sino en virtud de la rescision de la enajenacion hecha, ó únicamente por la nulidad y cesacion de dicha enajenacion, esta finca recobra su primitivo estado con todas las calidades que tenía cuando la enajenamos, y, por lo mismo, la de ser propia y sujeta al retracto, si es que tenía esta condicion. — *Introduccion á la costumbre de Orleans*, núm. 72. — Por ejemplo: si volvemos á poseer una finca que habíamos vendido en virtud de rescision obtenida contra dicha venta, ó en virtud de pacto de retro que el contrato contenia; ó cuando habiendo hecho donacion de una finca la reivindicamos por nacimiento de un hijo, en todos estos casos y otros parecidos que podríamos citar, la finca en cuestion vuelve á tomar la calidad de propia que tenía y estará sujeta al retracto si la volvemos á vender.

63. Cuando la anulacion del título de enajenacion se hace *ex nova causa et voluntaria*, el caso parece reviste mayor dificultad. Por ejemplo: si despues de haber vendido una finca y haber puesto en posesion al comprador, la adquirimos de nuevo por convencion, en cuya virtud el comprador (que no había pagado todavía el precio) se obliga á desistir de la compra perfeccionada, esta nueva convencion puede parecer un nuevo título de adquisicion que diese á la finca la calidad de tal; pero no

es así, sino que se decide, por el contrario, que esta convencion no es una nueva venta hecha á nuestro favor por el que nos vendió la heredad, y si una simple anulacion y extincion de la que nosotros le habíamos hecho. Esto mismo es lo que se desprende del art. 112 de Orleans, que dispone que esta convencion no da lugar á un nuevo lucro, lo cual supone que no encierra ninguna nueva venta, sino la simple nulidad de la que habíamos hecho; de donde se colige que volvemos á ser propietarios de la finca bajo el mismo título con que lo éramos al enajenarla, debiendo por lo mismo recobrar la misma calidad de propia que tenía.

64. Si era un padre el que vendió y enajenó esta finca, y que nosotros, como hijos herederos del mismo, hubiésemos entrado en la posesion de dicha finca en virtud de convencion hecha con el comprador en ocasion que éste no hubiese pagado todavía el precio, mediante la cual hubiese renunciado á la compra, la venta hecha por nuestro padre de esta finca queda nula en virtud de esta convencion; la heredad recobra la calidad que tenía de adquisicion de nuestro padre, y viene á ser en nuestra persona propia paterna y sujeta al retracto, porque las adquisiciones del difunto son propias en la persona de sus herederos. Se objetará tal vez que, no habiéndose encontrado esta finca en la sucesion de nuestro padre, quien la había enajenado antes de morir, no puede admitirse que la hayamos adquirido de la sucesion del mismo. A esto se contesta que si no hemos encontrado la finca en la sucesion, en cambio hemos hallado en ella la accion *ex vendito*, la cual, de accion mueble que era en un principio *ad pretium consequendum*, se ha convertido, en virtud de la convencion que hemos hecho con el

comprador, en una accion para entrar en posesion de la misma, lo cual basta para que se presuma que nos ha venido de la sucesion de nuestro padre; *supra*, núm. 55. No puede negarse, por otra parte, que no nos ha procedido de la sucesion de nuestro padre una finca en la cual no hemos entrado sino en calidad de herederos del mismo.

65. Quando entramos en posesion de una finca propia en virtud de sentencia que declara revocada la donacion que de la misma habiamos hecho por causa de ingratitud del donatario, se entiende igualmente que recobra la calidad de propia y sujeta al retracto, porque más que adquirir se presume que se nos repone en su posesion.

66. No sucederá lo propio si hemos vendido la heredad con reserya del derecho de denegacion para el caso de volverse á vender, de cuyo derecho hubiésemos usado sobre un comprador á quien se vendió, porque, en tal caso, no es que volvamos á entrar en posesion de la finca á causa de la anulacion que se ha hecho de la venta, sino en virtud de un nuevo título de adquisicion, esto es, por la venta hecha á favor de aquel sobre quien hemos ejercido el derecho de rehusar, cuyo derecho hemos subrogado.

Consúltense varias otras cuestiones planteadas sobre el particular en nuestra *Instrucción general sobre la costumbre de Orleans*.

CAPÍTULO III

De si vienen sujetas al retracto las cosas que por sí mismas no lo estén, en el caso que se hayan vendido junto con una sujeta al mismo y vendidas por un mismo acto.

67. Si nos atenemos al derecho comun, las cosas que en sí mismas no están sujetas al retracto gentilicio no pueden estarlo por el mero hecho de haber sido vendidas por un mismo acto con una finca sujeta al mismo. Por esta razon, si se emplaza en retracto al adquirente, sólo estará obligado á entregar al retrayente la finca de su patrimonio ó abolengo, quedando en libertad de retener, si así lo juzga oportuno, las restantes cosas por más que formen parte de la misma venta. Muchas son las costumbres que contienen disposiciones sobre el particular, entre ellas, la de Meaux, 104; Melun, 140; Nantes, 87; Peronne, 246; Touraine, 174, y otras varias. Este derecho se extiende á todas las demás costumbres que ninguna disposicion contienen sobre este punto, no sólo porque así está autorizado por la mayor parte de las costumbres, sino tambien porque se funda sobre una razon muy evidente, esto es, que el pariente sólo tiene el derecho de retracto sobre las fincas de su linea ó patrimonio por concedérselo así la ley, y no sobre aquellas cosas que la ley le prohíbe expresamente.

68. M. Guyot, *Tratado de los Feudos*, exceptúa de este principio los muebles destinados á la explotacion de un cortijo, como son los cubos, los animales y los instrumentos para la agricultura, y

quiere que al ser vendidos con el cortijo pueda el pariente retenerlo todo aunque á ello se oponga el adquirente. Esta opinion adoptada por el comendador de la Rochelle es muy digna de aplauso. Existe una especie de interés público en que estos muebles sigan la suerte del cortijo para cuya explotacion se utilizan, en atencion á ser la separacion perjudicial al cultivo de las tierras. Esta razon de interés público parece haber servido de fundamento á la *Ordenanza de las substituciones*, § 1, art. 6, y tiene perfecta aplicacion al caso que nos ocupa. Añádase á esto que el adquirente, quitándole el cortijo, no tiene por regla general interés ninguno en conservar estos muebles, por cuya razon el rechazar el retracto sólo obedecería á una temeridad inexplicable.

69. En cuanto á las demas clases de muebles, aunque el pariente no pueda obligar al comprador á que se los entregue con la finca sujeta al retracto si éste no está á ello dispuesto, el adquirente ¿puede obligar al retrayente, por vía de indemnizacion, á quedarse con el todo ó nada de la compra? Esta cuestion nos reservamos tratarla en el capítulo quinto.

70. Nuestra costumbre de Orleans, art. 395, difiere del derecho comun. Da derecho al pariente para que retire todo lo que haya sido vendido con la finca abolenga, por un mismo acto y por un solo precio; siendo el retracto gentilicio un derecho de que goza el pariente para apropiarse la finca patrimonial vendida á un extraño, dicha costumbre ha sacado la consecuencia que, vendidos los muebles juntamente con la finca abolenga, el pariente tiene derecho á retraer el todo de la venta tal cual esta sea. Véase dicho art. 395, y nuestras notas sobre el mismo.

71. Si una heredad de nuestro patrimonio, sita en Orleans, ha sido vendida con otra finca no patrimonial mediante un sólo precio, perteneciente esta última á otra costumbre que carece de la misma disposicion de ley, ¿podemos con ejercer el retracto de la finca patrimonial ó abolenga, retraer igualmente la finca que el adquirente quiere conservar? No; porque no teniendo imperio las costumbres más que sobre las heredades situadas dentro de su territorio, la disposicion de nuestra costumbre de Orleans no ha podido sugetar al retracto una finca que, por corresponder á otra costumbre, está fuera de su alcance.

Por una razon parecida, si un pariente nuestro parisien ha vendido una finca de nuestra línea ó abolenga, situada en Orleans, juntamente con varios efectos muebles y mediante una misma venta, tampoco podremos retraer estos últimos, caso de quererlos retener el comprador; porque la costumbre de Orleans no puede hacer retraibles más que las cosas sobre las cuales ejerce imperio, ó respecto á ellas mismas cuando tienen situacion, ó respecto á las personas á quienes pertenecen cuando son cosas muebles, las cuales, por carácter de situacion, se rigen por la ley que rige la persona á quien pertenecan; de donde se desprende que la costumbre de Orleans no ha podido convertir en retraibles dichos muebles vendidos por un parisien que no está sometido á su imperio.

72. Y si, *vice-versa*, fuese un pariente orleanés el que ha vendido una finca de nuestra línea ó abolenga, situada en Paris, juntamente con muebles y otros bienes adquiridos situados en Orleans; ¿podremos, con ejercer el retracto de nuestra finca abolenga, retraer igualmente todas las restantes

cosas? No; porque la costumbre de Orleans no admite el retracto de dichas cosas *principaliter* y por ellas mismas, sino en tanto están comprendidas en una misma venta con una finca cuyo retracto admita. Luego, en el presente caso, no es la costumbre de Orleans la que nos concede el retrato de la finca de nuestra línea que está fuera de su territorio: y por consiguiente, tampoco puede concedernos el retracto de lo restante.

CAPÍTULO IV

De los contratos y actos que dan lugar al retracto gentilicio y desde cuándo.

73. Los contratos que dan margen al retracto son los de venta y demás actos equivalentes á la venta y también aquellos en que predomina la naturaleza de dicho contrato.

ARTÍCULO PRIMERO

Del contrato de venta.

74. La venta de una heredad dá lugar al retracto tanto si el vendedor es propietario de la finca como si tan sólo consintiese la venta hecha por otro, porque aun cuando vender y consentir simplemente una venta son cosas diferentes, según la regla *aliud est vendere, aliud venditioni consentire*, en cuanto la obligación de garantía sólo ha sido contraída por el vendedor y no por el que no ha hecho otra cosa que consentir la venta, para el caso

de retracto gentilicio, vender y consentir son, sin embargo, la misma cosa, porque el que consiente que otro venda su finca á un extraño, no la enagena menos colocándola igualmente fuera de la familia por medio de la venta que consiente, como si él mismo la vendiese.

75. Las ventas forzadas son causa de retracto lo mismo que las que son voluntarias.

Por ejemplo; si una persona ordenase en su testamento á su heredero que venda á Pedro una heredad determinada, la venta que dicho heredero hará á Pedro de la finca en cuestion es causa de retracto gentilicio por mas que no sea voluntaria, puesto que el heredero se ha visto obligado á ello por una disposición del testador.

Tiene sobre todo lugar esta decision cuando la finca cuya venta ordenó el difunto le era propia; porque no habiendo el mismo podido vender esta finca sin dar lugar al retracto, tampoco ha podido privar á su familia del retracto con hacerla vender por su heredero.

Lo propio hay que decidir en el caso que la finca hubiese sido una adquisicion del difunto; porque aún cuando el difunto hubiese podido venderla sin dar lugar al retracto, habiendo venido á ser propia en la persona de su heredero, la venta que éste hará de la misma, será de una cosa propia que dá lugar al retracto. Para impedir el retracto hubiese sido necesario que el testador, en vez de ordenar la venta de la heredad, la hubiese legado directamente al legatario, obligándole en cambio á dar cierta cantidad á su heredero.

76. Hase dudado si la venta decretada por sentencia sobre embargo de bienes está ó no sujeta al retracto: la costumbre de París, art.º 150, está

cosas? No; porque la costumbre de Orleans no admite el retracto de dichas cosas *principaliter* y por ellas mismas, sino en tanto están comprendidas en una misma venta con una finca cuyo retracto admita. Luego, en el presente caso, no es la costumbre de Orleans la que nos concede el retrato de la finca de nuestra línea que está fuera de su territorio: y por consiguiente, tampoco puede concedernos el retracto de lo restante.

CAPÍTULO IV

De los contratos y actos que dan lugar al retracto gentilicio y desde cuándo.

73. Los contratos que dan margen al retracto son los de venta y demás actos equivalentes á la venta y también aquellos en que predomina la naturaleza de dicho contrato.

ARTÍCULO PRIMERO

Del contrato de venta.

74. La venta de una heredad dá lugar al retracto tanto si el vendedor es propietario de la finca como si tan sólo consintiese la venta hecha por otro, porque aun cuando vender y consentir simplemente una venta son cosas diferentes, según la regla *aliud est vendere, aliud venditioni consentire*, en cuanto la obligación de garantía sólo ha sido contraída por el vendedor y no por el que no ha hecho otra cosa que consentir la venta, para el caso

de retracto gentilicio, vender y consentir son, sin embargo, la misma cosa, porque el que consiente que otro venda su finca á un extraño, no la enagena menos colocándola igualmente fuera de la familia por medio de la venta que consiente, como si él mismo la vendiese.

75. Las ventas forzadas son causa de retracto lo mismo que las que son voluntarias.

Por ejemplo; si una persona ordenase en su testamento á su heredero que venda á Pedro una heredad determinada, la venta que dicho heredero hará á Pedro de la finca en cuestion es causa de retracto gentilicio por mas que no sea voluntaria, puesto que el heredero se ha visto obligado á ello por una disposición del testador.

Tiene sobre todo lugar esta decision cuando la finca cuya venta ordenó el difunto le era propia; porque no habiendo el mismo podido vender esta finca sin dar lugar al retracto, tampoco ha podido privar á su familia del retracto con hacerla vender por su heredero.

Lo propio hay que decidir en el caso que la finca hubiese sido una adquisicion del difunto; porque aún cuando el difunto hubiese podido venderla sin dar lugar al retracto, habiendo venido á ser propia en la persona de su heredero, la venta que éste hará de la misma, será de una cosa propia que dá lugar al retracto. Para impedir el retracto hubiese sido necesario que el testador, en vez de ordenar la venta de la heredad, la hubiese legado directamente al legatario, obligándole en cambio á dar cierta cantidad á su heredero.

76. Hase dudado si la venta decretada por sentencia sobre embargo de bienes está ó no sujeta al retracto: la costumbre de París, art.º 150, está

por la afirmativa y con ella una infinidad de costumbres más, entre las que recordamos la de Meaux, Melun, Sens, Auxerre, Étampes, Dourdan, Montfort, Nantes, Troyes, Laon, Reims, Ducado de Borgoña, Nivernois, Berry, Auvergne, la Marche, Poitou, Bourbonnois y otras varias que sería prolijo enumerar.

Esta decision debe extenderse igualmente á todas las costumbres que no contienen disposicion ninguna sobre el particular. La razon es, que una venta aunque hecha en virtud de sentencia, es siempre una verdadera venta por la que el deudor embargado enajena al adjudicatario su heredad propia. Verdad es que esta venta no es voluntaria; pero la ley que autoriza el retracto, habiéndolo concedido indistintamente, comprende en su disposicion á todas las ventas, lo mismo las forzadas como las voluntarias: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Por otra parte, el número crecido de costumbres que establecen el retracto en este caso, forman derecho comun, cuya aplicacion debe extenderse á las que nada disponen sobre el punto que se cuestiona.

Pocas son las costumbres que se han separado del derecho comun y que exceptuen de la ley del retracto las ventas hechas en virtud de sentencia: nuestra costumbre, art.º 400, es una de ellas. La de Tours, art.º 180, contiene igual disposicion; y Dumoulin, en su nota sobre este art.º dice que se funda sobre razones de conmiseracion á favor del deudor embargado para que la finca se venda con más ventaja.

Esta disposicion no debe limitarse al solo decreto solemne, sino que se exceptua tambien del retracto la venta hecha de bienes de un deudor mediante un

pregon y tres publicaciones: la jurisprudencia no ofrece disparidad en nuestra costumbre sobre este punto. El autor de las notas de 1711 sobre nuestra costumbre de Orleans cita varias sentencias que lo confirman. Pero esta excepcion no se extiende á las adjudicaciones hechas judicialmente á favor del mayor postor, ni á todas las demás ventas forzadas: tal es la de que nos hemos ocupado en el número precedente.

77. En las costumbres que disponen *que no está sujeta al retracto la finca vendida en virtud de decreto*, si un comprador hace sobre sí un decreto voluntario ultimado antes de expirar el tiempo del retracto al que ha dado lugar la venta que le fué hecha; esta finca, aunque adjudicada á favor mismo del comprador en virtud de tal decreto voluntario, no deja de estar sujeta al retracto por el tiempo que falte á expirar; porque en estas costumbres, aunque el decreto por sí mismo no dé en rigor lugar al retracto, tampoco impide hacer una venta voluntaria de la cual sólo viene á ser la confirmacion; Orleans, art.º 401.

78. Las ventas hechas por causa de utilidad pública no están sujetas al retracto gentilicio; como que el interés de la familia en el retracto no es más que un interés de particulares, debe ponerse á un interés público.

ARTICULO II

Cuales son los contratos que se consideran como equivalentes á la venta

§ I. *Del contrato de renta vitalicia.*

79. No hay duda que el contrato en virtud del cual se vende una finca por una renta vitalicia, es un contrato equivalente á la venta y hasta un verdadero contrato de venta, siempre que la renta vitalicia, que en este contrato constituye el precio, consista en una cantidad de dinero.

Tiene lugar esta decision aun cuando el contrato fuese calificado de donacion cuando la renta vitalicia excede en mucho al producto de la heredad, porque la renta en este caso es el precio. Pero si la renta iguala aproximadamente en valor al rédito ó producto de la finca, podria entonces considerársela como el precio del goce de la heredad, que el donante tiene derecho á retener con preferencia al precio de la misma finca; y por consiguiente, el acto podrá pasar por una donacion no sujeta al retracto.

Con respecto á la cuestion de si el retracto puede ó no ejercerse sobre un contrato de renta vitalicia despues de la muerte de aquel sobre quien la renta se creó, véase nuestra introduccion al titulo de los feudos, n.º 246.

§ II. *De la permuta en cosas muebles.*

80. La permuta de una heredad con cosas muebles es considerada como contrato equivalente á la

venta: y Dumoulin *in Cons. Paris*, § 20, *gl. 5 número 49* decide que da lugar al retracto. Existe en favor de esta decision una razon muy evidente y es que tales cosas de un comercio diario, convirtiéndose con facilidad en dinero, permutarlas con una finca viene á ser casi lo mismo como si ésta se entregase por una cantidad de dinero y por lo mismo como si se vendiese. Sin este alcance los compradores podrian muy bien eludir la ley del retracto siempre que bien les pareciese, no habiendo nada tan fácil como entregar géneros al vendedor en vez de metálico, los cuales convertiria muy pronto en dinero con revenderlos.

Dumoulin, *ibid.*, exceptua de esta decision los muebles raros y preciosos, porque no pudiéndose éstos convertir con facilidad en dinero, desaparece el fundamento de la decision. Pero como pueden existir otras razones en que la jurisprudencia se haya fundado para sujetar al retracto la permuta de una heredad con muebles, resulta de ahí que la opinion de Dumoulin ofrece dificultad.

§ III. *De la insolutundacion.*

81. La insolutundacion es un acto equivalente á la venta: *Dare in solutum est vendere*; L. 4, *Cod. de evict.* Por esto, hay lugar al retracto cuando un deudor da á su acreedor una heredad en pago de una cantidad de dinero ó de otras cosas muebles que le debe. Así lo dispone nuestra costumbre de Orleans en su art. 397.

82. Lo mismo sucede cuando damos una heredad á nuestro acreedor para la redencion de una renta constituida y tambien para extinguir una renta en bienes raíces irredimible; porque en ambos

casos es una verdadera insolutundacion hecha en pago de la cantidad de dinero que estamos en deber; *Guyot, Tratado de los feudos, tit. del retracto señ. cap. 4, n.º 2.*

83. Por favorable que sea la causa de la dote en pago de la cual ha sido dada una finca, la insolutundacion siempre da lugar al retracto. Por esto *Grimaudet, n.º 1, 7.* decide que hay lugar al retracto en favor de la familia del marido cuando se ha dado á la mujer una heredad propia de éste en pago de su dote consistente en dinero, aun cuando fuese en virtud de una cláusula comprendida en las capitulaciones matrimoniales que hiciese constar que la tal finca le sería dada en pago de su dicha dote.

Otra cosa sería si el marido hubiese hecho mueble y puesto en comunidad una de sus heredades propias, y que despues de la disolucion de la sociedad conyugal, la mujer la tomase en pago de la dote; porque el acto en virtud del cual la mujer toma esa finca en pago, no constituye propiamente un título de adquisicion. Por este acto, el derecho de la mujer en los bienes de la comunidad, que ella conserva no obstante su renuncia hasta habersele hecho entrega del completo de todos los bienes que por dicho concepto le corresponden, sólo hace referencia á la finca que forma parte de dichos bienes, y no se considera como una adquisicion; por cuya razon el acto en cuestion no puede dar lugar á ningun lucro propio de las ventas. Véase nuestra introduccion al tit. de los feudos, n.º 153.

Però la conversion en mueble que el marido ha hecho de la heredad propia y que en el presente caso constituye el título de la mujer, ¿debe dar lugar al retracto? Esta es una materia que examinaremos más adelante.

84. La insolutundacion sólo da lugar al retracto cuando la cosa debida en pago de la cual se da la heredad, es una cantidad de dinero ó una cosa mueble. Otra cosa sería si la finca se diese en pago de otra finca debida; este acto tendría más de permuta que de venta y no daría lugar al retracto.

§ IV. *De las donaciones remuneratorias ú onerosas.*

85. La donacion de una heredad hecha en recompensa de servicios prestados cuando estos servicios pueden apreciarse en una cantidad de dinero que produzca accion á favor del donatario para reclamarla judicialmente, es igualmente un acto equivalente á venta y que por lo mismo da lugar al retracto, porque tal donacion mejor que donacion es una insolutundacion.

Este caso tiene sobre todo lugar cuando la cantidad de dinero en que tales servicios se han apreciado iguala al valor de la heredad dada en recompensa, porque en este caso, hay que convenir que este acto no es otra cosa que una insolutundacion y que no tiene de donacion más que el nombre; no debe depender de las partes el sustraerla del retracto á que está naturalmente sujeta con dar á este acto el nombre de donacion.

Para el caso en que no haya igualdad entre el importe de los servicios y el valor de la finca, véase *infra*, art. siguiente.

86. Lo mismo sucede con las donaciones onerosas, cuando las cargas impuestas al donatario pueden apreciarse en una cantidad de dinero, máxime si esta cantidad equivale al valor de la heredad.

Para que la donacion pueda reputarse onerosa y

equivalente á la venta, se requiere además que las cargas impuestas al donatario sean extrínsecas á la cosa dada.

Por esto la donacion hecha de una finca á condicion de satisfacer una crecida renta en bienes raíces de que estuviere gravada, aún cuando la carga de esta renta absorbiese el precio de la heredad, no por esto será reputada como donacion onerosa, porque esta carga no es propiamente una carga de la donacion, sino una carga de la cosa, que sigue á ésta y á la que vendría obligado el donatario aun cuando ninguna mencion se hubiese hecho de la misma en la donacion.

§ V. *Del arrendamiento á renta redimible.*

El arrendamiento á renta redimible se considera también como un contrato equivalente á la venta y que, por consiguiente, da lugar al retracto: Paris, art. 137; Orleans, 397, y varias otras costumbres contienen varias disposiciones sobre el particular.

Parece á primera vista que este contrato no debería dar lugar al retracto sino al tiempo de la redencion, porque sólo entonces llega á ser equivalente á la venta, ya que sólo por la redencion viene á ser una enagenacion por un precio consistente en dinero. Las costumbres han querido, sin embargo, que diese margen al mismo al tiempo del arrendamiento, porque de otro modo, haciéndose ordinariamente la redencion á instancias de los parientes tendríamos que éstos se verian siempre privados de sus derechos. Se puede alegar por otra parte que estos arrendamientos son en cierto modo, al ménos entre contratantes, enagenaciones por un precio consistente en dinero, toda vez que la inten-

cion del adquirente es adquirir la heredad por la misma cantidad convenida para la redencion de la renta, y en atencion también á que el arrendador no ha retenido la renta en bienes raíces sino durante el tiempo que el adquirente tardó en pagar dicha suma. Esta razon, con todo, podria no ser suficiente á no venir acompañada de la primera de que hemos hecho mérito.

88. Livoniere ha pretendido que los arrendamientos á renta no eran verdaderos arrendamientos á renta redimible, y sujetos por consiguiente al retracto, sino cuando esta facultad habia sido estipulada en el arrendamiento, y no en el caso que el tomador tiene esta facultad por disposicion de la ley, como cuando se trata de arrendamientos á renta sobre casas. Esta opinion no ha sido admitida. Estos arrendamientos no son ménos arrendamientos á renta redimible y sujetos al retracto que aquellos en que la facultad de redimir ha sido expresamente estipulada: hasta podríamos decir que lo son en virtud de un título más firme, puesto que la facultad de redimir, que tan sólo nace de la convencion, está sujeta á prescripcion. Para fundar su aserto nos dice Livoniere que, no considerándose el arrendamiento á renta redimible equivalente á venta sino porque, en la intencion de las partes, es una enagenacion *por un precio consistente en dinero*, en virtud de la redencion de la renta que el tomador se propone hacer un dia, es necesario que esta intencion se exprese en el arrendamiento. La contestacion es que si en los arrendamientos en los cuales la ley concede al tomador la facultad de redimir la renta no se halla expresamente estipulada esta facultad, es porque se considera inútil estipular lo que la ley concede, pero no se presume mé-

nos de que el tomador ha tenido la intencion de redimir la finca cuando así le conviniere y quisiere liberrar con esto su heredad de una carga cuando le es buenamente posible, siendo esta una intencion muy natural.

ARTÍCULO III

De los contratos y actus que no son equivalentes á venta, ni están por consiguiente sujetos al retracto.

§ 1. *De la permuta de una finca con otro inmueble.*

89. Es un principio incontestable que la permuta de una finca con otra no da lugar al retracto: así lo disponen varias costumbres; París, art. 145 y Orleans, 384.

90. Se ha agitado la cuestion si la permuta de una finca con una renta constituida daba lugar al retracto. Sobre esta cuestion hay que distinguir dos casos. El primer caso es cuando el que recibe en cambio de su finca una renta constituida viene sometido á una costumbre que tiene por muebles las rentas constituidas y la renta es de aquellas que no tienen situacion y se rigen por la ley á que está sometida la persona á quien dichas rentas pertenecen. En este caso, la renta que percibe en cambio de su finca, siendo en su persona un bien mueble, la permuta que ha hecho de su finca con esta renta es una permuta con un mueble que se considera contrato equivalente á venta, y da, por consiguiente, lugar al retracto.

El segundo caso es el de la permuta de una he-

redad con una renta regida por una costumbre que considera inmuebles las rentas creadas; lo cual acontece cuando el que la percibe en cambio de su finca está sometido en virtud de su domicilio á una de esas costumbres, ó cuando la renta tiene situacion en una de ellas. En este caso la opinion comun que ha prevalecido en el uso quiere que se considere esta permuta como hecha con un inmueble que no debe dar lugar al retracto. Las razones sobre las cuales se funda esta opinion son las siguientes: 1.º El derecho de retracto gentilicio es un derecho riguroso que no debe tener lugar sinó cuando la ley lo concede, sin que pueda extenderse á otros casos. La ley lo concede en caso de venta; no debe por lo mismo extenderse al caso de permuta siendo así que esta constituye un contrato diferente del de la venta. Verdad es que la jurisprudencia ha extendido el retracto á la permuta de una finca con muebles, considerándola como un contrato análogo al de la venta conforme lo hemos visto *supra*, n.º 80; pero esta jurisprudencia establecida *contra rationem juris* no es susceptible de extension por más que parezca fundarse en razones atendibles; y sin extension no puede aplicarse á la permuta de una finca con una renta constituida considerada inmueble porque no cabe aquí decir que sea una permuta con un mueble. 2.º Existe una diferencia muy marcada entre la permuta con una renta considerada inmueble y la permuta hecha con muebles. Esta última despoja á la familia de todo derecho, toda vez que los muebles que el pariente recibe en cambio de la finca propia que enajena no son en modo alguno susceptibles de la condicion de propia que tenia esta finca. Por el contrario, la permuta con una renta reputada in-

mueble, en nada desposee á la familia, porque la renta que percibe el pariente en cambio de su finca está subrogada á la calidad de propia que ésta tenía para el caso de sucesion y para el de testamento y donacion.

Los que participan de la opinion contraria la fundan en las razones siguientes: Dicen que estas rentas, aún tratando de las costumbres que tienen una disposicion expresa como la de París y la de Orleans, en virtud de la cual consideran inmuebles las rentas constituidas, se consideran inmuebles en toda otra materia que no sea retracto, pero no en materia de retracto, puesto que las mismas costumbres declaran que si llegan á venderse no están sujetas al retracto: de lo que se desprende que en materia de retracto la permuta de una finca con una renta no puede pasar por una permuta con un inmueble, pero sí por una permuta con un mueble, la cual da lugar al retracto. A esto añaden que si la permuta con otra heredad se considera como un contrato del todo diferente de la venta y no da margen al retracto es porque habiendo sido subrogada la heredad recibida en cambio á la que se enagenó, tenemos que todos los derechos de la familia se conservan no solamente en caso de sucesion y de testamento sinó hasta en caso de enajenacion por venta; lo que no sucede cuando la permuta se hace con una renta constituida por el mero hecho de no estar esta renta sujeta al retracto cuando llegue á venderse. Dicen, por último, que el excluir el retracto en el caso presente es abrir la puerta á los fraudes, puesto que nada hay más fácil que el crear una renta por medio de una persona de confianza, la cual el comprador parecerá dar en cambio de la finca que quiere comprar, pero

que será reembolsada al vendedor inmediatamente despues del contrato. Estas son las razones que aduce M. Vaslin en su comentario sobre el art. 29 de la Costumbre de la Rochelle.

No obstante estas razones, muy poderosas por cierto, fué confirmada la primera opinion por un decreto de 1725 inserto en la Compilacion de los decretos de la cuarta informacion. Se puede contestar al primer argumento de los que sostienen la opinion contraria que si las rentas no están sujetas al retracto no se puede colegir de esto que en materia de retracto se las considere muebles, y que la permuta con una renta, es una permuta con un mueble. De ello sólo puede deducirse que la costumbre no vuelve sujetos al retracto todos los inmuebles sinó solamente los inmuebles reales que únicamente vienen comprendidos bajo la palabra *heredad*, y no los inmuebles ficticios, tales como las rentas. Se contesta al segundo, que no es necesario para que una especie de enajenacion esté exenta de retracto que la familia del que enajena la finca pueda conservar en lo que recibe en cambio todos los mismos derechos que tenía en la que le ha sido enajenada. En caso de donacion la familia queda completamente despojada; esta especie de enajenacion no es ménos exenta de retracto. El tercer argumento se contesta diciendo que el temor de los fraudes no es una razon suficiente para que los jueces sujeten al retracto un género de enajenacion que las leyes no han sujetado al mismo, siempre que el dolo no haya sido probado.

Por lo demás, hay que decidir que si la renta recibida en cambio fuese una renta que hubiese sido constituida á favor del que la ha dado en cambio pocos dias antes del contrato y que fuese redimida

por el deudor pocos dias despues, ó aun dentro del año, hay que suponer fraudulento el contrato y admitir el retracto desde el dia que el reembolso de la renta hubiese descubierto el fraude.

No dando lugar al retracto la permuta de una finca propia hecha con una renta constituida, la hecha con un oficio tampoco debe dar lugar al mismo. Siendo los oficios, como las rentas constituidas, inmuebles ficticios, existe entre ambas permutas completa paridad de razones. Asi lo hemos juzgado en la bailia de Orleans el 30 de Marzo de 1765 á favor del señor Couret, impresor.

91. La permuta no da lugar al retracto cuando ha sido hecha sin ventaja ni de una parte ni de otra, y sin mediar ninguna vuelta en dinero ó en otras cosas muebles; pero existe variedad en las diferentes costumbres relativamente á las permutas en que median vueltas consistentes en dinero ú otras cosas muebles.

Las costumbres de Paris, de Orleans y otras muchas eximen del retracto la permuta aunque hecha con saldo, es decir, con vuelta en dinero ó en otras cosas muebles, á ménos que el saldo excediese de la mitad del valor de la finca enajenada por el contrato de permuta, ó, como se expresan las costumbres dichas y con ellas otras varias, *á ménos que el saldo excediese de la finca entregada juntamente con él en virtud de permuta*, lo que viene á ser lo mismo, porque efectivamente el saldo que excede del valor de la finca recibida con él por un pariente en permuta de la heredad que ha enagenado, excede de la mitad del valor de esta misma heredad que enagenó.

Hay otras costumbres, bastantes en número, que no exigen que el *saldo vuelta*, ya sea en dinero ó

en otros muebles, exceda de la mitad del valor de la finca para que la permuta dé lugar al retracto; y se contentan que este saldo iguale á la mitad, ó lo que es lo mismo, que sea igual al valor de la finca recibida con él en contra-permuta. Disposicion de la costumbre de Melun, art. 142; de Chermont, tit. 2, art. 19, y de varias otras.

La costumbre de Bretaña, art. 316, admite el retracto en caso de permuta cuando la vuelta en dinero excede del tercio del valor de la finca.

La de Burdeos, por el contrario, art. 32, quiere que la vuelta en dinero valga dos veces más que la finca recibida en permuta con dicha vuelta, es decir, que valga más de dos tercios relativamente al valor de la finca cuyo retracto admite.

La de Normandía, art. 464, admite el retracto en caso de permuta hecha mediante un saldo consistente en dinero, *por insignificante que éste sea*.

La de Montargis, tit. 16, art. 9, lo admite igualmente en caso de permuta siempre que haya vuelta pecuniaria, ú otras cosas muebles dadas en concepto de vuelta, á ménos que se diesen como refresco ó alboroque por la venta convenida.

Otro tanto sucede en las costumbres que dicen indistintamente, *cuando hay vuelta en dinero ó en muebles, hay lugar al retracto en proporcion á la vuelta*, sin explicarse sobre la cantidad de esta vuelta. En estas costumbres, no habiendo hecho la ley distincion entre la vuelta de importancia y la módica, forzoso es admitir el retracto en proporcion á la vuelta, cualquiera que ésta sea, sin distinguir si es igual ó no á la mitad del valor de la finca y tanto si es considerable como módica, segun la regla: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Esta es la opinion de Dupineu, al tratar so-

bre la costumbre de Anjou, art. 353, y tambien la de su anotador.

Costumbres hay tambien que se expresan en terminos negativos, diciendo indistintamente que no hay lugar al retracto en caso de permuta hecha sin ventaja de una parte ni de otra y sin vuelta, dejando además de indicar la cantidad del saldo ó vuelta; tal es la costumbre de Seulis, art. 224. De estas costumbres parece deducirse que en el caso contrario, ó sea cuando hay vuelta pecuniaria, hay lugar al retracto indistintamente cualquiera que sea aquella, segun la regla, *exclusio unius, est admissio alterius*. Esto con todo, Ricard, en su Comentario sobre este artículo, opina que no debe sacarse esta consecuencia; porque no habiéndose explicado la costumbre sino sobre el caso en que el retracto no puede tener lugar en caso de permuta, y haber llamado sobre aquellos en que debería tener lugar, es como si dejase la decision del caso á lo que resuelvan las costumbres circunvecinas, tal como la de Clermont, segun la cual, art. 19, es preciso que la vuelta exceda ó iguale al ménos á la mitad del valor de la finca, para que el contrato pueda pasar por equivalente á una venta, y dar lugar al retracto.

En las costumbres que nada han dicho de la permuta, se admite el retracto en caso de permuta, tan sólo de conformidad al derecho comun, es decir, cuando existe una diferencia que excede de la mitad del valor de la finca. M. Vaslin, en su Comentario sobre la costumbre de la Rochelle, que es de este número, dice que esto ha venido á ser máxima.

Otra variedad existe todavia en las costumbres en materia de retracto en caso de permuta. Costum-

bres hay, entre las cuales se cuenta la de Paris, que sólo admiten el retracto á prorata ó á proporcion del saldo. Por ejemplo, yo he permutado mi finca propia, de valor 12,000 libras, con otra de valor 4,000 libras percibiendo, por consiguiente, un saldo ó diferencia de 8,000 libras; ascendiendo en este caso el saldo á dos tercios del valor de la finca en cuestion, mi familia no tendrá derecho al retracto, sino por los dos tercios de la misma, la cual deberá dividirse entre el adquirente, quien podrá retener el tercio, y el retrayente á quien se hará entrega de los dos tercios restantes. Las razones en que descansan estas costumbres son las siguientes: 1.º No siendo el contrato completamente un contrato de venta, tampoco debe dar lugar por completo al retracto, sino tan sólo á proporcion de lo que el contrato participa del de venta, y, por lo mismo, á proporcion del saldo pecuniario. 2.º Como que la finca que me ha sido entregada en cambio viene á ser, en virtud de subrogacion, propia, de la misma calidad y de la misma línea que la que yo he enagenado y colocado fuera de mi familia, ésta resulta indemnizada en parte de la enagenacion que he hecho; tan sólo, pues, le compete el derecho de retracto por el exceso. 3.º El adquirente que me ha dado un fundo juntamente con la vuelta consistente en dinero en cambio de la finca que le he cedido debe tener una parte en el fondo que le he cedido, que le compense el que él me ha cedido á mí; sin esto, y si estuviese obligado á recibir una cantidad de dinero por el fundo que me ha dado, no quedaria enteramente indemnizado y no seria colocado en el mismo estado que tenía antes del contrato. No se le debe obligar á recibir á pesar suyo una cantidad de dinero por un fundo que no ha querido vender,

y cuya enajenacion no ha consentido sino en tanto se le dé otro fundo en su lugar; esto seria hacerle vender su finca á pesar suyo: *nemo rem suam invito vendere cogitur*.

La opinion contraria, á saber, que hay lugar al retracto por el total cuando el saldo pecuniario excede de la mitad del valor de la finca, ha sido seguida por muchas otras costumbres, en mayor número aún, de las que forma parte la nuestra de Orleans, art. 384. Las razones sobre que se han fundado son de que la naturaleza de los contratos debe regularse por lo que hay en ella de predominante. La finca ha sido enajenada principalmente por una suma de dinero, y, por consiguiente, esta especie de enajenacion es de las hechas por un precio consistente en dinero, y una venta: la otra finca dada juntamente con la cantidad de dinero sólo viene á ser un accesorio del precio, que consiste principalmente en una cantidad de dinero, lo que no obsta para que el contrato sea completa y verdaderamente un contrato de venta; arg. l. 6, § 1, de act. empl.

En cuanto á la objecion sacada de la máxima *nemo invito vendere cogitur*, en cuya virtud, aquel sobre quien se ejerce el retracto no debe á pesar suyo recibir una cantidad de dinero por su finca que no ha querido vender, y que no ha querido enajenar sino en tanto tenga otra finca en su lugar, es más aparente que sólida. El comprador ha debido saber que el contrato por el que ha adquirido estaba sujeto al retracto toda vez que es un contrato en que predomina la naturaleza de la venta. Se ha, pues, sometida á sufrir el retracto. Ha debido saber igualmente y podido prever al hacer la adquisicion, que en caso de retracto, no podria el retrayente de-

volverle la finca que entregó en lugar de la que se le retira, y que no viniendo obligado un retrayente á indemnizar al adquirente sino de la manera que le sea buenamente posible, el retrayente no estaria obligado en caso de retracto á devolverle la misma finca, sino tan sólo el precio correspondiente; toda vez que, al hacer la adquisicion, se sujeta á sufrir el retracto está tambien sujeto á la ejecucion del retracto, y por consiguiente, á recibir el precio de su finca que le dará el requirente. No cabe, pues, decir que vende su finca á pesar suyo y que tambien á pesar suyo recibe el precio de la misma, puesto que se sujetó á esto en el acto de hacer la adquisicion.

Se puede todavía añadir en favor de esta opinion, que ella evita las discusiones y las dificultades de la particion que queda por hacer, segun la primera opinion, entre el retrayente y el adquirente, y zanja las cuestiones á que la misma primera opinion podria á menudo dar lugar.

Esta última opinion que admite el retracto por el total, en caso de saldo que exceda de la mitad del valor de la finca, me parece preferible á la abrazada por la costumbre de París, que sólo la admite á proporcion del saldo; y creo por consiguiente debe ser seguida en las costumbres que nada han dicho sobre el particular. Este es el parecer de M. Le Camus, en sus Observaciones sobre el Tratado de los Retractos, quien opinaba que la costumbre de París tenia á este respecto necesidad de ser reformada. M. de Lamoignon, art. 18 de sus Resoluciones, piensa lo mismo. Esto con todo, hay que confesar que la cuestion tiene sus dificultades.

93. En las costumbres que sólo admiten el retracto á prorata del saldo, no cabe duda que única-

mente la familia del que ha enagenado la finca por la que ha recibido un saldo, tiene derecho al retracto, y que carece de este derecho la familia del otro contratante con respecto á la finca que ha enagenado, toda vez que no ha recibido ninguna suma por esta finca, sino que por el contrario la ha entregado.

En las costumbres que consideran el contrato como siendo enteramente contrato de venta, y que admiten al retracto por el todo á la familia del que ha recibido el saldo, es más difícil resolver la cuestion de saber, si la familia del otro contratante debe ser igualmente admitida al retracto de la suya. Conquille, sostiene la negativa en el art. 40 del titulo de los Feudos de la costumbre del Nivernois. De su parecer participa el nuevo comentador de la Costumbre de la Rochelle. La costumbre de Poitou, art. 355, parece haber seguido esta opinion, porque dice: *Dicho contrato será considerado contrato de venta, y el pariente del que ha recibido el dinero admitido al retracto.* Con conceder el retracto á la familia del que ha recibido el dinero, parece que lo niega tácitamente á la familia del otro contratante, segun las máximas: *qui dicit de uno, negat de altero; inclusio unius est exclusio alterius.* La razon en que se funda esta opinion es que no habiendo este contratante recibido ninguna cantidad de dinero, no puede decirse que el contrato sea en frente de él un contrato de enagenacion por un precio consistente en dinero, ni por consiguiente, un contrato de venta que pueda dar lugar al retracto.

Nuestra costumbre de Orleans ha abrazado la opinion contraria. Decide en su art. 384 que en caso de permuta hecha mediante una vuelta consistente en dinero que exceda de la mitad del va-

lor de una de las fincas, una y otra están sujetas al retracto. Por ejemplo, si yo he permutado con vos mi finca de valor 12,000 libras con otra de vuestra propiedad de valor 3,000 libras mediante una vuelta de 9,000 libras en metálico, dicha costumbre quiere que vuestra familia tenga el derecho de retracto sobre mi finca de 3,000 libras, con devolverme 3,000 libras y los gastos legítimos ó legales; de la misma manera que la mia tiene derecho á retiraros la finca de 12,000 libras con devolveros 12,000 libras. La razon en que se funda es que un solo y mismo contrato no debe tener sinó una sola y misma naturaleza que se regula por lo que en ella predomina. Repugna que sea contrato de venta con respecto á uno de los contratantes, y contrato de permuta con respecto al otro. Cuando la vuelta en metálico excede de la mitad del valor de una de las fincas, como en el caso arriba supuesto, el contrato debe ser considerado contrato de venta, segun lo que en él predomine. Debe presumirse que la intencion de las partes ha sido, de mi parte, el devolveros la finca de 12,000 libras, y de la vuestra, el comprarla; y que me habeis dado la vuestra en pago de la suma de 3,000 libras que os faltaba para completar el pago, del precio de la finca que os he vendido. Debe, por consiguiente, estar sujeta al retracto porque todos convienen en que lo que ha sido dado en pago está sujeto al mismo. Esto responde al argumento empleado arriba en favor de la primera opinion, que se reduce á decir, que no habiendo recibido ninguna cantidad por vuestra finca de 3,000 libras, la enagenacion que habeis hecho de la misma no es una enagenacion por un precio consistente en dinero, y no puede, por lo mismo, pasar por una venta ni estar sujeta al retracto, por-

que la contestacion es, que habeis recibido por el precio de vuestra finca de 3,000 libras el descargo de igual suma de 3,000 libras que os faltaba á pagar por el precio de la venta que os he hecho de mi finca de 12,000 libras, cuya exoneracion viene á ser una cosa equivalente á una cantidad de dinero. Esta opinion que ha abrazado nuestra costumbre, me parece preferible á la primera, y más consecuente con el principio de las costumbres que consideran contrato de venta en un todo al contrato de permuta en que, el saldo consistente en una cantidad de dinero ó en cosas muebles, excede del valor de la mitad de una de las fincas.

94. Cuando las partes contratantes han disfrazado un contrato de venta bajo la falsa apariencia de un contrato de permuta, el contrato da lugar al retracto, siempre que se descubra el fraude.

Por esto si los parientes justificasen que se ha convenido que el que ha adquirido la finca propia de su pariente recobre por cierta suma la que le ha dado en permuta, siendo el contrato, en este caso, ménos permuta que un contrato disfrazado bajo la falsa apariencia de permuta, daría lugar al retracto. Esta convencion puede justificarse no sólo por la relacion de la contra-escritura que la contiene, si que tambien por medio de testigos, porque es un engaño hecho á los parientes, á los cuales no ha sido posible procurarse una prueba por escrito. *Tratado de las obligaciones*, Núm. 811.

Los consanguíneos pueden igualmente hacer prestar juramento al adquirente sobre el hecho de esta convencion que pretenden estar intervenida, y cuya prueba no tienen. Muchas costumbres, como la de Borgoña, Nivernois, etc., contienen varias disposiciones sobre el particular.

Un caso hay en que no hay necesidad de justificar este fraude, y en que se presume: este caso es cuando la finca dada por el adquirente en permuta le ha sido revendida dentro el año del contrato. Orleans, art. 386, y varias otras costumbres contienen sobre el caso varias disposiciones, que fundadas en abundancia de razones, deben extenderse á las que nada han dicho sobre la materia.

95. Es tambien una presuncion de fraude cuando el que ha adquirido en virtud de permuta la finca, ha quedado en posesion de la que habia dado en contra-permuta. Así opina Tiraqueau, de Lalande, etc. Bourbonnois, art. 459, contiene una disposicion que dice: «el contrato de permuta se presume simulado, si el permutante, ocupa, posee y detiene la cosa dada en permuta, dentro del año que sigue á la celebracion de dicho contrato.»

96. La permuta debe pasar por fraudulenta y por una venta simulada, tanto si estais obligado á recobrar por cierta suma de dinero la finca ó renta que me habeis dado en permuta, como si os habeis obligado á recobrarlas por medio de otras personas. La costumbre de Anjou, art. 354, contiene una disposicion sobre el caso. Dicha costumbre expresa que existe fraude si el comprador promete comprar ó hacer comprar la cosa dada en permuta, de manera que por medio de esta promesa la cosa permutada no quedase en manos de aquel á quien se vendió. Lalande cita, sin embargo, un decreto que decide que la finca permutada en cambio de una renta no daba lugar al retracto, aunque el adquirente de la finca se hubiese obligado en virtud del contrato á hacer redimir la renta por medio de una tercera persona. La decision de este decreto no me parece digna de aprobacion, siendo evidente que el

que permuta con este pacto, tiene en verdad intencion de vender, y no de permutar, habiendo buscado este rodeo sólo para disfrazar el contrato de venta.

97. El contrato de permuta de una finca con una renta es igualmente un verdadero contrato de permuta, y no da lugar al retracto, aunque el comprador de la finca se obligue á constituir y hacer valer la renta que da á su vez en permuta.

98. Cuando permuto mi finca con otra de vuestra propiedad, bajo la condicion que podreis recobrar la vuestra por una cantidad determinada de dinero, ¿hay lugar al retracto de mi finca que os he permutado bajo esta cláusula? ¿Se puede sacar el argumento del arrendamiento que da lugar al retracto, cuando en virtud del arrendamiento se concede al adquirente la facultad de redimir la renta? Se presentan tres casos distintos. Cuando arriendo mi finca, nada recibo en su lugar, sino que me reservo un derecho de pension. El arrendamiento y la redencion de la renta hecha en virtud de una cláusula del mismo, son dos actos que forman en junto la enagenacion de mi finca por la cantidad de dinero que recibo por la redencion de la renta. Al contrario, cuando permuto mi finca con la vuestra, bajo la condicion de que podreis recobrar la vuestra, yo enageno, en virtud de esta permuta, todo el derecho que tenia en mi finca, y la enageno, no por un precio consistente en dinero, sino por la finca que recibo de vos en permuta. La cantidad de dinero que recibo despues al tiempo del rescate de vuestra finca, no es que la reciba por la finca que os he permutado, puesto que no me habia retenido en ella ningun derecho, sino que la recibo por el recobro de la vuestra. Hay que con-

venir, sin embargo, que no falta alguna razon para sostener que puede haber lugar al retracto de mi heredad, no al tiempo del contrato de permuta, sino al tiempo del recobro que me haceis de vuestra finca en cumplimiento de la cláusula del contrato. Esta razon consiste en que el recobro que haceis de vuestra finca, verificándose en cumplimiento de una cláusula del contrato de permuta, os posesionais de nuevo de vuestra finca antes que volverla adquirir. El recobro que haceis de la misma no es un nuevo título de adquisicion, sino la rescision de la enagenacion por vos hecha y de la permuta de vuestra finca con la mia. Esta suma que me dais por dicho recobro es una suma dada en lugar de vuestra finca por el precio de la mia: la permuta que he hecho de mi finca con la vuestra se convierte, pues, en virtud del recobro que haceis de la vuestra en cumplimiento de nuestro contrato, en una verdadera enagenacion por un precio consistente en dinero que debe dar lugar al retracto dentro del año á contar desde el dia de haberse registrado el acto del recobro que ha operado esta conversion de la permuta en una enagenacion hecha por un precio consistente en dinero. No me atrevo, con todo, á asegurar esta decision, no siendo yo autoridad, ni acordarme haber visto tratada esta cuestion en ninguna parte.

§ *Del arrendamiento á renta irredimible.*

99. El arrendamiento á renta irredimible es igualmente un contrato que no es equivalente á venta.

Difiere en un todo de la misma. El precio consistente en dinero que un comprador se obliga á

pagar es lo que caracteriza el contrato de venta; en el arrendamiento á renta, por el contrario, no hay propiamente precio: la renta que el arrendatario se obliga á pagar por la finca, es un derecho que el arrendador se retiene en la finca; es una carga de la finca, más bien que una deuda de la persona del arrendatario. Por estas razones deciden la mayor parte de las costumbres que el arrendamiento á renta irredimible no da lugar al retracto.

Nuestra costumbre de Orleans contiene una disposición sobre el particular en su artículo 188. La de Paris con declarar en el art. 137 el arrendamiento á renta *redimible* sugeto al retracto, da á entender bastante claro que no está sugeto al mismo el arrendamiento hecho sin esta facultad.

100. No estando exento del retracto el arrendamiento á renta sino á condicion de que esta sea irredimible; aunque el arrendamiento no exprese ninguna facultad de redimir, si los parientes pueden justificar ó por escrito ó por medio de testigos, que esta facultad ha sido concedida por una cláusula secreta, el arrendamiento dará lugar al retracto; pueden igualmente hacer prestar juramento al adquirente sobre la verdad de este hecho.

101. Cuando la redencion de la renta se ha verificado dentro del año del arrendamiento, éste es considerado fraudulento, y en su consecuencia da lugar al retracto.»

La costumbre de Sedan, art. 227, contiene sobre el particular la siguiente disposición: «Son redimibles las fincas arrendadas, si la renta se redime dentro del año, porque en este caso se consideran arrendadas á renta redimible, aunque así no conste en el contrato.»

«Otras costumbres dicen tambien que en este caso

debe haber lugar al retracto de la finca y de la renta. Yo opino que estas decisiones, como muy equitativas que son, han de ser seguidas en nuestra costumbre de Orleans, sacando argumento de lo que ha decidido en el art. 386 sobre el caso de la permuta.

102. Varias costumbres exigen igualmente para que el arrendamiento á renta irredimible no dé lugar al retracto, que *no se haya vaciado la bolsa* por el arrendamiento, ni se *haya entregado dinero, ó prometido entregar*; Melun, Sens, Châteauneuf, etc. Nuestra costumbre, art. 389, decide tambien lo mismo de que hay lugar al retracto, «si en el arrendamiento ha mediado alguna cantidad de dinero, entregada ó prometido entregar.»

En nuestras observaciones sobre este artículo hemos establecido, que se requería para esto, al ménos en nuestra costumbre, que esta suma exceda de la mitad del valor de la finca.

§ III. *Del contrato de sociedad, y de la conversion de los bienes raices en muebles.*

103. El contrato de sociedad es un contrato que no es ni equivalente, ni parecido al contrato de venta. Por esto, si en una sociedad que he formado con un extraño, he interesado en la misma con una finca propia, y que despues, en virtud de la reparticion que se hace de los bienes de la sociedad, corresponde á mi asociado, aunque este contrato de sociedad y la division que ha seguido al mismo, encierran de mi parte una enagenación que fuera de mi familia he hecho de mi finca propia, no habrá lugar al retracto gentilicio, porque el contrato de

sociedad que es el título de esta enagenacion, no es un contrato equivalente á venta.

Segun este principio, me parece que procede decidir que cuando uno de los conjuntos por matrimonio ha convertido en muebles sus fincas propias, sus parientes no pueden ejercer el retracto gentilicio sobre el otro cónyuge á quien dichas fincas hubiesen correspondido por suerte al verificarse la particion de la comunidad. En vano se opone que la finca hecha mueble por uno de los cónyuges conserva siempre su calidad de propia, no obstante dicha conversion. Yo contesto: esto es cierto hasta que la finca haya pasado al otro cónyuge en virtud de la particion, pero en este caso pierde su calidad de propia: el título en cuya virtud el otro cónyuge viene á ser propietario de dicha finca, es el convenio de conversion, convencion que forma parte del contrato de sociedad, y no puede dar margen al retracto, porque el contrato de sociedad no es un contrato parecido ni equivalente al contrato de venta.

§ IV. De la donacion.

104. Es evidente que la donacion no es un acto equivalente á venta, por el mero hecho de no existir ningun contrato tan opuesto á ella: así es que no da lugar al retracto. Pero no es esta la única razon. Siendo el retracto el derecho de apropiarse la venta de otro, la donacion que no es ninguna venta, no puede ser susceptible de la misma, por otra parte la libertad natural que cada uno debe tener de disponer como mejor le parezca de sus cosas, recibiria un terrible golpe si se concediese el retracto en virtud de donacion, siendo así que el do-

nante ha podido querer transmitir su cosa á la persona del donatario por una consideracion personal, al paso que en el contrato de venta se presume que el vendedor no ha tenido otra intencion que percibir el precio que se ha propuesto tener; para la persona del comprador no cabe aquí ninguna consideracion personal: con tal que el vendedor perciba el precio, nada le importa que su finca pase á ser propiedad del comprador como del pariente; y aun más contento ha de ser de que pase á ser propiedad del pariente, que así queda en la familia.

105. Para que la donacion no dé lugar al retracto necesita reunir iguales requisitos que la permuta y el arrendamiento, esto es, que el acto de la donacion no tenga tal mezcla de venta, que la naturaleza de esta venta predomine en ella, lo cual acontece cuando la donacion está hecha en recompensa de servicios prestados, y que estos servicios son apreciables en una cantidad de dinero que exceda de la mitad del valor de la finca objeto de la donacion. En este sentido se expresa nuestra costumbre de Orleans en su art. 387 que dice: *tratándose de una donacion pura y simple no hay retracto.*

106. Sólo existen estas donaciones que la costumbre entiende excluir de su disposicion por medio de las palabras, *pura y simple*. Una donacion aunque hecha en recompensa de servicios prestados no está por esto sujeta á retracto cuando los servicios no son apreciables en una cantidad de dinero, ó cuando la suma en que se apreciaron no excede de la mitad del valor de la finca.

107. Una donacion mútua de fincas hecha á favor del sobreviviente de los dos donantes no está tampoco sujeta al retracto.

Pero si de su parte el donatario hace donacion al

mismo tiempo á favor del donante de una cantidad de dinero, ó de cosas muebles que excedan de la mitad del valor de la finca donada, se presume que estas dos donaciones se han hecho para simular la venta de la finca por dicha suma de dinero ó por dichas cosas muebles; así es que en este caso habrá lugar al retracto.

108. Nótese que la regla que hemos establecido de que en los contratos mixtos, debe uno atenerse para juzgar de la naturaleza del acto, más á lo que en él predomina que al nombre que se ha querido dar al acto, es una regla que tiene lugar cuando se ha dado al acto el nombre de un contrato no sujeto al retracto, como la permuta, el arrendamiento á renta, ó la donacion. Esta regla es necesaria en estos casos para impedir los fraudes que pueden cometerse contra el derecho de los parientes con disfrazar un contrato de venta bajo el nombre de dichos contratos. Pero esta regla no tiene lugar en el caso contrario, ó sea cuando se ha vendido una finca por cierta cantidad de dinero y se ha hecho donacion al comprador por el mismo contrato de la mayor parte de esta cantidad; aunque la naturaleza de la donacion parezca predominar en este contrato, debe uno atenerse al nombre que se ha dado al acto, y hay lugar al retracto. La razon de la diferencia es que en este caso no hay que temer ningun fraude; cabe aqui creer que el que ha dispuesto de esta manera ha querido disponer por medio de venta, con objeto de conservar el derecho de retracto gentilicio á su familia, en lo que no comete ningun fraude, siendo como es dueño de hacer el traspaso á favor del adquirente de la manera y con las condiciones que mejor le parezcan.

Sobre la cuestion de si el retrayente debe en este

caso pagar al comprador todo el precio, aun el correspondiente á la parte condonada, véase *infra* cap. 9.

109. Si el contrato calificado de contrato de venta encerrase una remision completa del precio, en tal caso seria evidente que el contrato seria una verdadera donacion, y en nada seria contrato de venta; porque es de esencia de la venta que haya un precio que el comprador se obligue á pagar; por este motivo no podria el acto dar lugar al retracto.

Otra cosa seria si la remision del precio se hubiese hecho, no por el acto mismo, sino *ex intervallo*. Esto no impediria el retracto, porque para que haya habido contrato de venta y se tenga derecho al retracto, basta que haya existido una obligacion de pagar el precio, aunque luego haya quedado extinguida por la remision que el vendedor ha tenido á bien hacer del mismo.

§ V. De la transaccion.

110. Hase preguntado si la transaccion en cuya virtud una de las partes que se disputaban la propiedad de una finca la deja á la otra, mediante una cierta cantidad que de esta recibe, es un acto equivalente á venta que dé lugar al retracto gentilicio. Es opinion de algunos jurisconsultos que la transaccion no dá lugar al retracto cuando la finca se la queda el que estaba ya en su posesion, pero que hay lugar al mismo cuando el posesor de la finca la cede á la otra parte en virtud de la transaccion mediante cierta cantidad de dinero que por ella recibe. La costumbre de Anjou, art. 361, participa de este sentido. Algunas otras, como la de Maine,

art. 370, Clermont, art. 29, han abrazado la opinion contraria que me parece preferible; decidiendo indistintamente que la transaccion no dá lugar al retracto siempre que no haya fraude.

La razon es que siendo la transaccion por su naturaleza *de re incerta et dubia*, no se sabe de cierto si la parte que deja la finca á la otra en virtud de la transaccion mediante una cantidad de dinero, era la verdadera propietaria, y no la parte en cuyo poder la dejó; y por consiguiente es incierto si esta transaccion encierra una enagenacion que pueda dar lugar al retracto. Este es el razonamiento que emplea Dumoulin, in Cons. Par. § 33 gl. 1, n.º 64 y 67, sobre la cuestion de saber si la transaccion da lugar á los derechos señoriales, cuestion que tiene puntos de contacto con la que nos ocupa.

III. Las costumbres que dicen que la transaccion no da lugar al retracto, añaden las palabras, *si no hay fraude*, esto es, si no se ha simulado una contestacion sobre la propiedad de la finca entre las partes y una transaccion sobre dicha contestacion al objeto de disfrazar una venta que queria hacer el propietario de la finca. Este fraude se presume cuanto la parte que se queda con la finca en virtud del acto calificado de transaccion, hace entrega de una cantidad casi equivalente al valor de la finca. La costumbre de Maine contiene una disposicion sobre la materia en el art. arriba expresado.

§ VI. De la licitacion entre los copropietarios.

112. Cuando una finca corresponde en comun, y en virtud de un título comun tambien, á dos propietarios de diferente familia, como cuando una

finca adquirida durante la comunidad del marido y de la mujer es comun entre el heredero del marido y el de la mujer, la licitacion en cuya virtud uno de ellos se vuelve adjudicatario del total no dá lugar al retracto gentilicio de la porcion de su copropietario. La razon es, que un acto tal equivale á la division que estaba por hacer entre los copropietarios, y por consiguiente, no es una venta, y se considera que el licitador adjudicatario no adquiere la cosa de su copropietario.

Habiendo decidido la jurisprudencia que la venta hecha de su porcion por uno de los copropietarios á favor del otro copropietario, no pasa por una verdadera venta, sino que se considera como un acto equivalente á la particion lo propio que la licitacion, y que por lo mismo no dá lugar á los derechos señoriales, es una consecuencia que tampoco debe dar lugar al retracto.

El principio que acabamos de establecer, de que las licitaciones no dan lugar al retracto cuando uno de los licitadores es adjudicatario, tiene tambien lugar en la costumbre de Paris, aunque parezca decidir lo contrario de una manera formal el artículo 154, en que se dice: *Porcion de finca vendida en virtud de licitacion etc., está sujeta al retracto*. M. Le Camus, en sus observaciones sobre este artículo, ha opinado que se debió deslizar un error en el texto, y que debía de haber un *no es* en lugar del *es*. Saca argumento de que en la costumbre de Calais, copiada cuasi al pié de la letra de la de Paris, este artículo se encuentra en el 163 con la negacion de que hemos hecho mérito. Los comentadores de la costumbre de Paris han dado al mismo diferentes interpretaciones. La que parece más aceptable es la de Guerin, adoptada por Le-

maistre. Opina que en el caso de este artículo deben suponerse admitidas las pujas extrañas, hecha la adjudicación á favor de una tercera persona extraña, y que tan sólo es *propia* la porción de uno de los licitadores. Dudóse también si los parientes de este licitador podían ser admitidos al retracto de esta porción contra el adjudicatario. La razón para denegarles este derecho, consistía en que concediéndoselo, se daba lugar á una nueva licitación; que había tanta razón para evitar este inconveniente y para excluirlos, que debían imputarse no haber pujado. No obstante estas razones, decide el artículo que hay lugar al retracto. Cualquiera que sea el sentido de este artículo, todos convienen en que no se debe tomar en el sentido de que pueda dar lugar al retracto cuando uno de los licitadores es adjudicatario, y citan en su apoyo una sentencia de 1654 que resuelve el caso en la costumbre de París.

113. Tiene lugar esta decisión cuando la licitación se hace entre partes que son copropietarias en virtud de un título comun. ¿Tiene igualmente lugar cuando se hace con una tercera persona que ha adquirido la parte de uno de los copropietarios y que este tercer adquirente sea adjudicatario? Para dar á entender bien esta cuestión hagamos dos suposiciones. Supongamos primero que un marido y una mujer hayan adquirido en comunidad una finca; que después del fallecimiento de entrambos se haya licitado esta finca entre los herederos del marido y los de la mujer, y que uno de los herederos de ésta sea adjudicatario. Salta á la vista que esta adjudicación no dá á la familia del marido el derecho de retracto de la porción del marido en esta finca. Supongamos en segundo lugar que la li-

citación tiene lugar entre los herederos del marido y un tercero que ha adquirido á título singular los derechos sucesivos de uno de los herederos de la mujer, y que este tercero se vuelva adjudicatario de toda la finca. ¿Podrá la familia del marido, mejor apoyada que en el caso precedente, pretender el derecho de retracto gentilicio? La razón de duda es que parece que este segundo caso es diferente del primero. Decidese en este segundo caso que la adjudicación da lugar al beneficio de lotes y ventas, aunque no suceda lo propio en el caso citado en primer lugar: parece colegirse de esto que en este caso la adjudicación debería dar lugar al retracto gentilicio aunque suceda lo contrario en el precedente. Hay que decidir, sin embargo, que ni en uno ni en otro hay lugar al retracto gentilicio en favor de la familia del marido. La razón es que en ninguno de los dos puede pasar la licitación por una verdadera venta que los herederos del marido hacen de su porción. Si en el segundo caso supuesto hay lugar al beneficio de lotes y ventas por las porciones que el tercero adquiere en virtud de la licitación, no es que adquiera estas partes de los herederos del marido, y que la licitación sea un verdadero título de adquisición, sino que es por una razón particular, esto es, por la razón de que la parte que el tercero ha adquirido de uno de los herederos de la mujer, la cual, hasta verificarse la licitación no era otra cosa que una parte indeterminada de la finca, está determinada en virtud de la licitación hecha del total de la finca; y por consiguiente, la venta de esta parte que antes de la licitación consistía tan sólo en la venta de una parte indeterminada, y tan sólo daba lugar al beneficio por una parte, viene á ser en virtud de la licitación

la venta de toda la finca, y debe por lo tanto dar lugar á un beneficio íntegro debido al señor, bajo la deducción de lo que haya ya recibido al tiempo de la venta de dicha parte.

§ VII. *De los actos que contienen la rescision de una venta, antes que una nueva venta.*

114. Los actos que contienen la rescision de una venta primero que una nueva venta, tampoco deben dar lugar al retracto por la misma razon de que no dan lugar á los derechos señoriales. Por ejemplo, si habiendo fallecido mi padre antes de pagar el precio de una finca que había comprado, convenio con el vendedor en que vuelva á incorporarse de la finca ó me releve del pago del precio, mis parientes no podrán pretender el derecho de retracto gentilicio contra el vendedor, no siendo este acto una nueva venta que de la misma le he hecho, sino una simple rescision de la que había hecho á un padre. Véase el artículo 102 de la costumbre de Orleans, y la explicacion que hemos dado en nuestra introduccion al tratado de los feudos, núm. 131 y siguientes.

115. Por la misma razon, si mi padre hubiese comprado una finca con pacto de retro comprendido en el mismo contrato de venta, la facultad de redimir que se ejercería sobre mí no daría á mis parientes el derecho de retracto gentilicio contra el vendedor, si otro que estuviera en posesion de sus derechos y ejerciese el pacto de retro, porque la retroventa que sufro no es una nueva venta que hago de la misma finca, sino el cumplimiento de una cláusula resolutoria contenida en el contrato de la

venta hecha á mi favor. Véase el artículo 12 de la costumbre de Orleans, y nuestras anotaciones.

No sucedería lo mismo si habiéndoos comprado mi padre pura y simplemente la finca que me ha tocado en sucesion, os hubiese concedido el derecho de redimir la finca en virtud de una convencion que hemos estipulado juntos. Esta facultad que os he concedido y el ejercicio que de la misma haceis, no pueden pasar por una simple anulacion de la venta que habeis hecho á mi padre: es una verdadera venta que os hago de una finca propia, la cual dá lugar al retracto.

Más difícil sería la resolucion del caso si fuese mi padre el que en virtud de una convencion posterior al contrato os hubiese concedido la facultad de redimir y que se ejerciese sobre mí, nombrado su heredero. Parece que podríais en este caso oponer contra el retracto ejercido por mis parientes, que el derecho de redimir os ha sido concedido en un tiempo en que la finca era una adquisicion de mi padre y no estaba todavía sujeta al retracto; que mi padre ha podido, en consecuencia, concederos la facultad de redimir esta finca que no estuviese sujeta al retracto, y que no habiéndose trasmitido la finca con esta carga, podeis ejercer contra mí el derecho de redimir sin sujecion al retracto. Hay que decidir, no obstante las razones expuestas, que estais sugeto al retracto. El derecho de redimir que os ha sido concedido por la convencion habida entre mi padre y vos con posterioridad al contrato, no era todavía la venta de la finca; sólo era una promesa de vendérosla caso de conveniros su compra: la venta sólo se ha realizado al tiempo de ejercerse la redencion y en un tiempo en que la finca se había convertido en propia paternal; la calidad de pro-

pia que tenia al tiempo de la venta la vuelve sujeta al retracto. Vos no podeis pretender que la finca no me ha sido trasmitida sino pesando sobre la misma el derecho de redimir, porque no ha sido nunca afecta á esta carga. Lo hubiese sido sin duda si se hubiera concedido la facultad en el contrato de venta porque en tal caso hubiera sido una condicion de la enagenacion; pero concedida por una convencion posterior á la enagenacion, sólo puede producir una simple accion personal, porque no se puede adquirir por medio de simples convenciones. *nudis conventionibus*, ningun derecho de afectacion, ni ningun derecho en una cosa.

116. Cuando una renta en bienes raices creada con facultad de redencion, ha sido redimida por el deudor en virtud de la reserva de dicho derecho, esta redencion es una rescision y extincion de dicha renta, hecha en cumplimiento de una cláusula bajo la cual se creó la renta, la que por lo mismo no dá lugar al retracto gentilicio.

Más espinoso es el caso cuando el acreedor de una renta en bienes raices irredimible admite voluntariamente del deudor la redencion de la misma. Parece que aun en este caso no ha de haber lugar al retracto. 1.º Este acto tiene más de liberacion de la finca gravada con dicha renta, que de adquisicion de la misma. 2.º La renta queda extinguida en virtud de esta redencion, y no es posible ejercer el retracto de lo que ya dejó de existir. Esto con todo, Dumoulin, § 20, gl. 5. q. 15, núm. 58, decide que hay lugar al retracto feudal, y milita la misma razon para decirlo en materia de retracto gentilicio. La razon es que no siendo la renta redimible, la redencion que el acreedor permite hacer al deudor es una verdadera venta voluntaria que le hace de esta

renta, parecida á la que haria á un tercero, y que debe dar lugar á la redencion. En cuanto á las objeciones se opondrá que la redencion es una liberacion y no una adquisicion. Yo contesto, negando el principio: el deudor adquiere verdaderamente la renta en virtud de la redencion que le consiente hacer el acreedor. Adquiere en la finca un derecho mucho más grande que el que tenia, puesto que sólo era propietario de la misma, hecha deduccion de la renta de que la finca estaba gravada, y adquiere lo que faltaba para que su propiedad resulte plena.

La liberacion de la finca y la extincion de la renta sólo son efectos de la compra y adquisicion que el deudor ha hecho de la renta, si compra y adquisicion subsistiesen perpétuamente en su persona; pero no siendo esta compra y esta adquisicion más que momentáneas en fuerza del retracto, ya sea feudal, ya gentilicio, que hace pasar la compra de la renta en cuestion á la persona del retrayente, claro está que no pueden operar una exoneracion y una extincion perpétua de la renta, toda vez que una causa momentánea sólo produce un efecto tambien momentáneo. La finca no queda, pues, libre en fuerza de la redencion de la renta sino en tanto que la compra de la renta subsiste en la persona del deudor propietario de la finca que la redimió, es decir, hasta el tiempo del retracto: la renta hasta este tiempo queda suspendida pero no extinguida: con esto hemos contestado á la segunda objecion.

Se me ha objetado además: la redencion voluntaria de la renta en bienes raices que el propietario de la misma ha consentido que se le hiciese, extingue en fuerza de la extincion de la renta que dicha redencion opera, las hipotecas de los acreedores del propietario de la renta: luego debe extinguir igual-

mente el derecho de retracto de sus parientes. Con-
testo á esto que no milita la misma razon. El dere-
cho de retracto consiste, como lo hemos dicho ya,
en hacer pasar á la persona del retrayente la com-
pra de la adquisicion de la renta que habia hecho
el deudor, lo cual impide la extincion de la renta.
No sucede lo propio con respecto al derecho de hi-
poteca de los acreedores: este derecho no impide
que la compra que un tercero ha hecho de una co-
sa hipotecada subsista en su persona: el único de-
recho que compete á los acreedores es el de ejercer
sus hipotecas sobre dicha cosa mientras esta sub-
sista; pero cuando la cosa que les ha sido hipoteca-
da es una renta redimida por el deudor, habiendo
sido extinguida esta en virtud de la compra que de
la misma hizo el deudor, y que subsiste en su per-
sona, los acreedores dejan de tener una hipoteca
sobre una cosa que ya no existe.

Si la renta redimida por el deudor le hubiese sido
retirada en virtud de retracto gentilicio, no subsis-
tiendo en este caso la compra de dicha renta en la
persona del deudor, y no habiéndose hecho por con-
siguiente, ninguna confusion ni extincion de la
renta, las hipotecas subsistirian y podrian ejercerse
contra el pariente que ha ejercido el retracto.

§ VIII. De las ventas nulas y de las ventas
simuladas.

117. Los jurisconsultos han agitado inútilmen-
te la cuestion de si las ventas nulas y las ventas simu-
ladas daban lugar al lugar al retracto. Es evidente
que en tanto se consideren estas ventas como nulas
ó como simuladas no pueden dar lugar al retracto
por la razon sencilla de que no son verdaderas ven-

tas; pero no pudiendo el comprador oponer por sí
mismo la nulidad ó la simulacion de su título de
adquisicion, no puede evitar el que tenga que aban-
donar la finca en virtud de la demanda de retracto
entablada por los parientes del vendedor. Estos
parientes aceptarán la venta tal cual sea. Si es una
venta nula ó simulada que no diese al comprador
sobre quien han ejercido el retracto ningun derecho
en la finca, no adquirirán con el retracto más dere-
cho del que tenia el comprador sobre quien lo ejer-
cieron, y estarán sugetos á las mismas acciones á
que hubiera estado sugeto el comprador al objeto de
obtener la nulidad ó la simulacion del contrato.

Nótese que para que el vendedor pueda justificar
contra el pariente la simulacion del contrato es ne-
cesario que presente una contra-escritura autorizada
por notario público de la misma fecha que el con-
trato ó de fecha anterior. Una contra-escritura he-
cha privadamente no basta, porque pudiendo ser es-
tos actos de fecha adelantada, no hacen fé contra
tercero. Véase nuestro *Tratado de las obligaciones*,
núm. 750.

119. El retrayente mayor de edad que ha ejer-
cido el retracto en virtud de una venta nula y su-
geta á rescision, no tiene ningun recurso contra el
comprador sobre quien ejerció el retracto, habién-
dole despojado el vendedor de la finca que retiró.
Debe suponerse que quiso tomar por su cuenta la
venta. Esto con todo si hubiese sido engañado por
el comprador ocultándole el vicio de la compra de
que éste tenia conocimiento, tendrá derecho á ha-
cerse reintegrar *ex causa doli* del retracto que
ejerció, y en consecuencia hacer condenar á este
comprador á devolverle todo lo que le pagó por
causa de dicho retracto, hecha deduccion de lo que

hubiese recibido del vendedor por quien fué despojado.

Por la misma razon, cuando la venta es simulada el retrayente mayor de edad tiene derecho á ser reintegrado *ex causa doli* del retracto que ejerció contra el comprador, quien dejó de advertirle la simulacion que no podia ignorar.

120. Puede igualmente el retrayente por la sola causa de su menor edad hacerse indemnizar del retracto que ejerció, aunque no haya mediado ningun dolo de parte del comprador sobre quien lo ejerció. Tiraqueau, *ad finem*, tit. n. 51; Grimaudet IV, 34, 35.

ARTICULO IV

¿Desde cuándo los contratos que están sujetos al retracto dan lugar al mismo?

121. Es cuestionable si la venta hecha á un extraño da lugar al retracto gentilicio tan pronto que se ha perfeccionado con el consentimiento de las partes, aunque no se haya consumado por la tradicion. Dumoulin, *in Cons. Par.* § 20, *gl.* 3, *núm.* 10 sostiene la afirmativa. La razon es, que, siendo el derecho de retracto gentilicio un derecho de preferencia concedido á los parientes con respecto á los extraños, y de hacer suya la compra cuando se ha vendido una finca de la familia, basta que haya una venta perfecta y acabada para que se dé apertura al derecho de retracto. Si no hay posibilidad de tomar del comprador la finca antes de haber sido puesto en su posesion por medio de la tradicion, se le puede retirar la accion *ex emplo* que tiene para hacérsela entregar. El comprador ningun interés tiene en oponer á la demanda del pariente la falta

de tradicion de la finca, por serle completamente indiferente, porque todo su interés estriba en ser indemnizado. En cuanto á la objecion que se hace, de que la finca, aunque vendida á un extraño, no puede dar lugar al retracto, toda vez que hasta verificarse la tradicion, permanece aun en la familia, y el retracto no se estableció sino para restituir á la misma las fincas que de ella habian salido, se contesta que esta objecion supone lo que se cuestiona. El retracto gentilicio háse establecido para la conservacion de las fincas en las familias y se obtiene esto, ya ejerciéndolo despues de la tradicion, con hacer entrar de nuevo en la familia la finca que el cumplimiento de la venta hecha á un extraño se la habia arrebatado, ya ejerciéndolo antes de la tradicion, con impedir que esta venta la haga salir de la misma.

Se puede aún sacar argumento contra la decision de Dumoulin de las palabras del artículo 129 de la costumbre de Paris, *cuando alguno ha vendido y traspasado*, para sostener que no basta que la finca haya sido vendida, sino que es necesario que se haya verificado la tradicion. Dumoulin contesta á esta objecion diciendo que no hay que restringir demasiado las palabras de las costumbres: que las palabras *y traspasado* deben interpretarse de una manera *enunciativa* y no *restrictiva*, porque ordinariamente la venta es conocida y dá lugar al retracto por medio de la tradicion que transfiere la finca al comprador extraño. La cuestion es de difícil resolucion.

122. Cuando la venta ha sido contraida bajo esta condicion suspensiva, ¿hay lugar al retracto antes del cumplimiento de la condicion? Podría tal vez decirse que basta que haya habido una compra

venta aunque hecha bajo condicion, para que el pariente pueda tomarla por su cuenta tal cual es, y con la condicion con que se contrajo. Opino sin embargo que se debe decir no haber lugar al retracto hasta el cumplimiento de la condicion, porque todavia no hay venta y esta es la que produce el retracto.

Cuando la condicion sólo es resolutoria, siendo en este caso la venta perfecta, no cabe duda que da lugar al retracto.

123. Cuando la venta no ha sido hecha por el propietario sino por otra persona, sólo desde el dia del consentimiento dado á la venta por el propietario, hay lugar al retracto aunque la tradicion esté intervenida, porque se considera que sólo se ha vendido y puesto la finca fuera de la familia por este consentimiento.

Otra cosa sucede cuando se ha vendido la finca de alguno en virtud de poderes, aunque se hubiese ofrecido para mayor seguridad una ratificacion; el contrato abre la accion de retracto sin que haya necesidad de esperar la ratificacion, que es superflua.

124. Igualmente cuando un menor ha vendido su finca propia, y ratifica la venta al llegar á la mayor edad, el retracto queda abierto desde el dia del contrato de venta porque la nulidad de la enagenacion de los herederos, de los menores no es una nulidad absoluta sino relativa, y tan sólo en favor del menor. El acto es únicamente nulo en el caso que el menor ó los que le hayan sucedido en sus derechos, tuvieran por conveniente quejarse del mismo é intentar la rescision. El acto por medio del cual ratifica el contrato al llegar á la mayor edad, es un acto por el que renuncia al beneficio de que-

ja; pero no es por medio de este acto que él ha sacado la finca fuera de la familia, sino por medio de la venta que de la misma hizo, siendo precisamente esta venta la que da apertura al retracto, y no la ratificacion.

125. Me parece que no ha de suceder lo propio con una venta que hubiese hecho una mujer sin autorizacion de su marido estando bajo el poder de éste, y que la hubiese ratificado en estado de viudez; el acto que ha hecho bajo el poder del marido es un acto absolutamente nulo; la ratificacion que ha hecho del mismo en estado de viudez no es propiamente una ratificacion, puesto lo que es nulo no admite confirmacion; es un verdadero contrato de venta que ha hecho de nuevo, en cuya virtud ha puesto su finca propia fuera de la familia. La venta que habia hecho cuando estaba sometida al poder de su marido no ha podido hacerla salir de la misma, puesto que siendo esta venta un acto absolutamente nulo, no podía tener ningun efecto.

126. Existen ciertas causas que suspenden la apertura del derecho de retracto, tales son, 1.º, la comunidad de bienes en la que el adquirente extraño es conjunto por matrimonio con una persona pariente mientras dure la comunidad; 2.º los hijos parientes del adquirente extraño, mientras haya esperanza de que les corresponda la finca por sucesion. Véase el capitulo siguiente, art. 3, sobre estas dos causas que suspenden la apertura del retracto.

CAPÍTULO V

¿A quién se concede el retracto gentilicio? ¿Por quién y sobre quién puede ejercerse?

ARTÍCULO PRIMERO

¿A quién se concede el retracto gentilicio?

127. El retracto gentilicio se concede por las costumbres á la familia del vendedor. De esto se siguen dos cuestiones. 1.ª ¿Quién se reputa en esta materia vendedor, á cuya familia se concede el derecho de retracto gentilicio? 2.ª ¿Cuál es la familia del vendedor á quien se concede este derecho?

§ I. ¿Quién es reputado vendedor, á cuya familia se concede el retracto gentilicio?

128. El vendedor es en esta materia el que enajena su finca á título de venta, ó á cualquier otro título equivalente á venta, tanto si la ha vendido por sí mismo, como si tan sólo ha consentido la venta, ó que haya sido forzado de consentir la que otro ha hecho.

Segun este principio, cuando es el marido el que ha vendido en su nombre la finca propia de su mujer, y que la mujer ha únicamente consentido la venta, en materia de retracto gentilicio, ésta es la que se considera como vendedora, abriéndose el retracto gentilicio á favor de la familia de la mujer, porque la mujer ha enajenado la finca y la ha

colocado fuera de la familia en fuerza de su consentimiento dado á la venta.

129. En las costumbres que extienden el retracto á las adquisiciones hechas, cuando un marido vende una finca que forme parte de los bienes gananciales, ¿tiene derecho al retracto gentilicio la familia de la mujer? ó ¿este derecho corresponde en un todo á la del marido? Puede decirse en pro de la familia de la mujer, que el marido no es señor y propietario de los bienes gananciales sino en su calidad de jefe de la comunidad: sólo en esta calidad los vende; de donde parece inferirse que la mujer los vende conjuntamente con él, *ejus organo*, y por la parte que á ella le toca al menos *habitu*; y en consecuencia, que el derecho de retracto ha de quedar abierto en favor de su familia por la referida parte.

Sin embargo de lo expuesto, Tiraqueau, art. 32, n.º 100, decide que el derecho de retracto corresponde por el total de la finca á la familia del marido, y que la de la mujer ninguna pretension puede tener al mismo. La razon es que durante la comunidad, el marido, segun nuestro derecho consuetudinario, él solo es señor *formaliter* de las adquisiciones hechas durante el matrimonio; el derecho que á las mismas tiene la mujer es un derecho *in spe et in habitu* que se limita á tomar parte en los bienes resultantes al tiempo de la disolucion de la sociedad conyugal. La condicion de donde nace todo el derecho que á los mismos puede pretender viniendo á desaparecer por la misma enajenacion, no puede ser considerada como teniendo una verdadera parte en los bienes gananciales que su marido vende durante la sociedad conyugal, y en consecuencia su familia no puede tener derecho al retracto.

Tiraqueau exceptua de su decision el caso en que

la mujer haya vendido la finca ganancial juntamente con su marido, en cuyo caso la familia de la mujer tendrá derecho al retracto por mitad. Grimaudet participa de la misma opinion IV, II. Yo soy de parecer que aun en este caso no tiene la familia de la mujer ningun derecho al retracto por militar las mismas razones. La finca vendida es igualmente una finca en que la mujer no tenia todavia un derecho formado; si ella ha intervenido como vendedora ha sido para dar mayor seguridad al comprador: la mujer en este caso ha sido parte en la venta, del mismo modo que hubiera podido serlo un extraño.

130. Cuando el marido vende solo una finca propia de su mujer que ella ha convertido en mueble, ¿corresponde á la familia de la mujer el derecho de retracto? La razon de duda es que si la venta de la finca propia de la mujer, no hecha mueble, da lugar al retracto, es porque la mujer en fuerza del consentimiento dado á esta venta, enagena la finca de que habia quedado la verdadera propietaria, al paso que en la venta que el marido hace de una finca propia de su mujer convertida en mueble, el consentimiento de la mujer en nada interviene, ni es ni poco ni mucho necesario para su enagenacion; por el mero hecho de haberse convertido en mueble ha cesado de pertenecer á la mujer y pasa á ser propiedad del marido, quien durante el matrimonio es el único señor de los bienes de la sociedad conyugal, de cuyos bienes gananciales forman parte los propios de la mujer, convertidos en muebles. La mujer no puede, pues, ser considerada como la vendedora de la finca en cuestion, y la venta que de la misma se ha hecho tampoco puede, por consiguiente, dar apertura al retracto en favor de su familia.

No obstante estas razones, hay que decidir que la venta de la finca propia de la mujer, convertida en mueble, aunque hecha sólo por el marido da lugar al retracto gentilicio en favor de la familia de la mujer. El por qué es que la conversion en mueble de la finca es una ficcion que redundá sólo en interés del marido y de sus herederos para que puedan repartirla con la mujer y sus herederos, de la misma manera que si fuese verdaderamente una finca de la sociedad conyugal, y para que el marido tenga el derecho de disponer de la misma como lo hace con los bienes de la comunidad. Pero segun la máxima de que las ficciones carecen de efecto fuera de los casos para que fueron establecidas, *factio non operatur ultra casum fictionis*, en todos aquellos en que no es cuestion de interés del marido, el inmueble propio de la mujer convertido en mueble conserva la calidad de propia que tenia antes del matrimonio. En consecuencia de este principio es que las propias hechas muebles están sujetas á las reservas de fuero contenidas en el testamento de la mujer, y que la sucesion pertenezca á los herederos de las propias de la mujer, sin perjuicio de la parte que en ellas debe tener el marido. Segun el mismo principio, hay que decidir que la venta que el marido hace de las propias de la mujer, hechas muebles, es verdaderamente la venta de una finca propia de la mujer, que ha de dar lugar al retracto en beneficio de la familia de la mujer. La conversion en mueble de una finca encierra un consentimiento con respecto á la venta que quiere hacer el marido de dicha finca cuyo consentimiento hace á la mujer vendedora de la misma: no le ha desposeído todavia de la misma, ni puede serlo sino vendiéndola el marido ó disponiendo de ella de otra manera, ó en

virtud de una division de los bienes gananciales, por medio de la cual la finca hecha mueble tocasse por suerte al marido ó á sus herederos, cuya particion es el cumplimiento real y la consumacion de la conversion en mueble. Esto es lo que enseña Dumoulin in Cons., § 78. gl. 1, n.º 104. *Si maritus in vim dictæ clausula totam domum vendat, tota cadit in jus retractus proximitatis cognatis filia..... non obstante dicta clausula contractus matrimonii, quæ non concernit nisi interesse mariti tantum.*

En otra parte el mismo Dumoulin, *in not. posth.* ad § 184, n.º 6, parece halla dificultad en sujetar al retracto en favor de la familia de la mujer la parte del marido habida en la finca propia de la mujer hecha mueble: acaba sin embargo por decir que es favorable á que se la sujete al mismo por el total. Yo opino que hay que decidirlo así por las razones poco ha expuestas: este es el parecer de los anotadores de Duplessis, sobre el cap. 6.

131. Segun nuestro principio, cuando la finca propia de un deudor ha sido vendida y adjudicada por sentencia en virtud del embargo trabado sobre ella por sus acreedores, el deudor embargado es el que es reputado vendedor, habiendo en consecuencia lugar al retracto gentilicio en favor de su familia, porque él es quien enagena, y el reputado por vendedor á causa de verse forzado á consentir la venta y la adjudicacion hecha.

Lo mismo sucederia si el embargo y la venta de la finca se dirigiese contra el curador de su sucesion vacante, porque se halla representado por la misma, segun la regla de derecho, *hæreditas personæ defuncti vicem sustinet.*

132. Pero si, en virtud de la demanda hipotecaria entablada por un acreedor de aquel de quien

mi padre hubiese adquirido la finca que me ha transmitido con su sucesion, he abandonado dicha finca y que haya sido embargada y vendida por sentencia contra un curador al hacer el abandono, no habrá lugar al retracto gentilicio: Paris, art. 153, porque no cabe decir en este caso que se considera ser yo el que la ha vendido y enagenado por medio de la venta que se ha hecho al tiempo del abandono contra el curador, puesto que no se ha vendido en mi contra, habiéndola renunciado en fuerza del abandono que de la misma hice.

Otra cosa seria si, en virtud de esta accion, me hubiese dejado condenar al pago de la suma en garantia de la cual se habia hipotecado la finca, y que la hubiese dejado embargar estando en mi poder.

133. Cuando un deudor ha hecho una cesion de sus bienes á sus acreedores y éstos los venden en consecuencia, los parientes del deudor tienen derecho al retracto, porque él es el que pasa por vendedor por ministerio de sus acreedores, puesto que la cesion que ha hecho no encierra sino un poder que da á sus acreedores de vender sus bienes y de percibir su precio y los frutos hasta el momento de la venta en pago de sus créditos; sentencia en Mont-holon, 123; Leprestre, 11, 34 y otras.

134. Resulta de todo lo arriba expuesto, que cuando no es en mi nombre y como cosa á mi perteneciente que yo vendo la finca de otro, sino en nombre del que es su propietario quien consiente la venta, ó está obligado á consentirla, este propietario es el vendedor y la ley confiere el derecho de retracto gentilicio á su familia. Mas si estando en posesion de la finca de otro la vendo en mi nombre y como cosa de mi propiedad, el vendedor soy yo, y únicamente puede esta venta dar apertura al dere-

cho de retracto en beneficio de mi familia, y no puede darla en beneficio de la del verdadero propietario, porque no habiendo éste ni vendido, ni consentido la venta, mal puede decirse que sea el vendedor. Por otra parte, aunque sea efectivamente el propietario, no se considera lo es, sino que se presume haberlo sido y puesto que poseía la finca cuando la vendí; porque es un principio, que todo poseedor es considerado propietario de la cosa que posee, en tanto no es ésta reclamada, ni se le haya despojado de la misma.

Si después de esta venta, mediase un acto entre el verdadero propietario y el comprador por el que el propietario ratificase la venta, siendo esta ratificación un acto por el que el propietario pone fuera de su familia la finca cuya venta ratifica, ¿daria lugar al retracto? Distingamos. Si este acto fuese una transacción por la que el propietario, mediante una cantidad de dinero, desistiese de sus pretensiones con respecto á la finca, y ratificase en lo que fuera menester la venta que de la misma se hizo, siendo este acto una transacción *de re dubia et incerta*, no establecería que el propietario con quien el comprador ha transigido, lo sea efectivamente, ni daría, por consiguiente, lugar al retracto en favor de la familia. Pero si por este acto el comprador justificase y reconociese el derecho de este propietario, y que sin embargo éste consintiese que la finca quedase en poder del comprador en virtud de una nueva venta que le hiciese por medio de dicho acto, yo opino que en este caso el acto en cuestión daría lugar al retracto en favor de su familia.

§ II. *Cuál es la familia del vendedor á quien se concede el derecho de retracto gentilicio.*

135. Según la costumbre de Paris y el derecho más común, el derecho de retracto gentilicio se confiere á la familia del vendedor del lado de donde procede la finca propia que ha sido vendida.

El derecho de retracto gentilicio se confiere, pues, no indistintamente á toda la familia del vendedor, sino á aquella de cuyo lado procede la finca propia vendida, es decir, á aquellos parientes que lo son al menos colateralmente con el que puso la finca en la familia. Por ejemplo, si la finca propia que he vendido hubiese sido puesta en mi familia por mi bisabuelo paterno que la había adquirido, el derecho de retracto gentilicio sólo corresponderá á aquellos de mis parientes que lo son por la parte de dicho bisabuelo, al menos colateralmente. No corresponderá á ninguno de mis parientes maternos, ni á aquellos de mis parientes paternos que sólo lo fuesen por parte de mi abuela ó bisabuela y no por parte de dicho bisabuelo (1).

136. Cuando una finca hace tanto tiempo que

(1) Sólo los parientes dentro del cuarto grado, y en caso de competencia el más próximo, son los que tienen el derecho de retracto. Entre el hermano y el hijo del vendedor es preferido el hijo. (*Leyes 1 y 7, tit. 13, lib. 10, de la Novísima Recopilación.*)

Si la cosa vendida fuese censual, ó de dos ó mas en común y concurren al retracto los parientes y condueños, son preferidos éstos. (*Ley 8 id.*)

Pero no basta ser pariente del vendedor; es además absolutamente necesario que los bienes vendidos sean raíces y patrimoniales ó de abolengo, ó sea del linaje del vendedor y del retrayente, pues los que el vendedor haya de un linaje no pueden ser retraídos por los parientes del otro, ni los que procedan de compra ú otro título. (*Ley 3, id.*)

está en la familia que no hay medio de conocer al que la ha puesto en ella, en este caso se presume que la finca propia procede del más anciano de la familia conocido como posesor pretérito de la misma. Por ejemplo, si la finca que nos ocupa está comprendida en la particion de mi tatarabuelo paterno, sin que aparezca si la habia adquirido el mismo tatarabuelo, ó si ya la tenia heredada de su padre ó de su madre, ó de algunos otros de sus parientes, no hallando otros títulos mas antiguos que la particion dicha, se considerará en este caso que la finca propia procede de dicho tatarabuelo sin remontarse más alto, y el derecho de retracto gentilicio corresponderá á aquellos de mi familia que al menos sean parientes colaterales del referido tatarabuelo.

137. El derecho de retracto gentilicio es todavía mas restringido en las costumbres llamadas abolengas (*soucheres*).

Estos fueros sólo lo admiten despues del fallecimiento del que ha puesto la finca en la familia, así como tampoco afectan la sucesion sino despues del mismo.

Aunque nuestro fuero ó costumbre de Orleans al reformarse haya dejado de ser abolengo en materia de sucesiones, y que afecte la sucesion de las fincas propias en favor de los parientes del difunto que lo sean al menos colateralmente con respecto al que ha puesto la finca en la familia, ha continuado sin embargo de ser abolenga en materia de retracto gentilicio, y confiere el derecho de retracto tan sólo á los descendientes del que colocó la finca en la familia. Así se desprende de las palabras del artículo 363, que dice, *al pariente del vendedor descendiente de la línea; tronco y ramas de donde proce-*

de dicha finca, como tambien del art. 380, en que se expresa que cuando alguno vende alguna finca que le vino de la sucesion de su padre quien la habia adquirido, están llamados al retracto sus hermanos, hermanas é hijos, pero no los tios y primos.

138. Todo lo que restringen el retracto los fueros abolengos, lo extiende, por el contrario el de Borgoña, porque lo confiere á toda la familia del vendedor, aun á la extraña de aquel de quien la finca procede, tit. 10, art. 4, dando sin embargo la preferencia á los parientes del lado de donde procede.

139. La mayor parte de las costumbres ó fueros confieren el derecho de retracto gentilicio á la familia del vendedor sin limitar los grados. Por esto el que puede justificar ser al ménos pariente colateral del que ha puesto la finca en la familia, ó que ha descendido de la misma, tiene derecho al retracto, por más que no fuese pariente del vendedor sino en el vigésimo ó trigésimo grado.

Algunas costumbres, sin embargo, han limitado los grados. Por ejemplo, la de Nivernois, cap. 31, art. 1, concede el retracto *hasta el sexto grado inclusive de consanguinidad, y no más*; entendiéndose segun la computacion del derecho civil, como lo hace notar Coquille sobre dicho artículo; es decir, que el retracto se concede sólo hasta el grado inclusive de primos segundos.

Los fueros de Normandía y de Bretaña son tambien del número de aquellas que han limitado el grado, dentro el cual pueden los parientes tener derecho al retracto; la última lo concede hasta el noveno grado y la primera hasta el séptimo.

ARTÍCULO II

¿Por quién puede ser ejercido el retracto?

§ I. *Cuáles son las personas que pueden ó no ser admitidas al retracto gentilicio, y qué causas pueden ó no excluirlas del mismo.*

140. Cualquiera que sea de la familia del vendedor á la que la costumbre conceda el derecho de retracto gentilicio, puede ser admitido al retracto. No importa á qué grado, cuando la costumbre no lo ha determinado.

141. Para que uno pueda pretender ser de esta familia, es necesario que el parentesco que tenga con el vendedor, sea un parentesco legítimo. Véase nuestra introduccion al título de las sucesiones de la costumbre de Orleans, núm. 13. De ahí la siguiente máxima: *Quien no es hábil para suceder, no es hábil para retraer.*

142. No hay que deducir, sin embargo, de esta máxima que en las costumbres que, en defecto de hijos, llaman á la sucesion de los bienes propios á los colaterales y no á los ascendientes, los ascendientes de la línea no sean hábiles para el retracto, porque lo que estas costumbres han querido es que los colaterales sean preferidos á los ascendientes en la sucesion de las fincas propias, pero de ninguna manera han querido inhabilitarles completamente para la sucesion de dichos bienes, á la que pueden venir en defecto de los colaterales. No son, pues, inhábiles para suceder, ni por consiguiente, para retraer. Así opina Tiraqueau, 93, *ad fin.* tit.

143. Los que han perdido el estado civil, ya por haber profesado religiosamente, ya sea por haber sufrido una condena capital, no son de la familia, toda vez que los derechos de familia forman parte del estado civil que perdieron.

144. Un novicio conserva su estado civil en tanto no haya hecho profesion. Por esto no es dudoso que puede hasta la misma vigilia de profesar, entablar válidamente una demanda de retracto gentilicio y transmitir por este medio su accion á sus herederos, que tendrán derecho á asumir la demanda; Grimaudet, 11 y 17.

145. No pudiendo los extranjeros no naturalizados suceder á sus parientes franceses, tampoco deben tener derecho al retracto de sus fincas, segun la máxima, *quien no es hábil para suceder no es hábil para retraer.*

146. Un pariente de la familia con derecho al retracto, podrá ejercerlo, aunque todavia no estuviese ni nacido, ni aun concebido al tiempo del contrato de venta que dió apertura al retracto; Reims, art. 194, y varias otras. Igualmente será admitido al mismo un legitimado *por subsiguiente matrimonio*, aunque el matrimonio que le legitimó haya tenido lugar despues de la apertura del retracto. La razon es que la costumbre concede el retracto gentilicio á la familia en general, y no á favor de una persona determinada de la misma. Los particulares de esta familia sólo adquieren este derecho con apropiárselo, *jure quodam occupationis*, en virtud de la demanda de retracto gentilicio que intentan; por esto basta que existan al tiempo de entablarla.

147. Puédese entablar esta demanda en nombre de un pariente que ni tan sólo ha sido aun concebido, con nombrar al efecto un curador al póstumo,

lo cual guarda conformidad con la regla de derecho, *qui in utero est, pro jam nato habetur, quoties de commodo ejus agitur*; l. 232, ff. de ver. sig. Pero esta demanda sólo surte efecto en tanto este hijo, en cuyo nombre se ha entablado, nazca vivo y en tiempo legítimo.

148. La desheredación no excluye al desheredado del retracto gentilicio con respecto á las fincas de la sucesión de su padre ó de su madre, por quienes fué desheredado, cuando sus hermanos y hermanas las vendan, porque la desheredación sólo le priva del derecho de suceder, y no de los demás derechos de la familia de que forma parte el del retracto gentilicio. Lo mismo debe decirse de las hijas que ciertas costumbres excluyen de la sucesión cuando se han casado y han sido dotadas.

149. Es evidente que el vendedor no puede por sí ejercer el retracto gentilicio; porque además que las costumbres no conceden el retracto al vendedor, sino á los parientes del mismo, repugna que aquél lo ejerza. Siendo el retracto gentilicio el derecho de hacer suya la compra de una persona extraña, y de volverse comprador en su lugar, es evidente que repugna el que la misma persona sea á la vez vendedor y comprador con respecto á una misma cosa.

150. El vendedor no puede en verdad ejercer el retracto sobre la misma venta que ha hecho á favor de un extraño; pero nada impide que aquel que ha vendido su finca á su pariente pueda retirarla en virtud de la venta que de la misma haya hecho después este pariente en favor de un extraño, porque en este caso no lo ejerce sobre la suya.

151. Cuando dos propietarios de porciones indivisas, ó aun divididas, de una finca la han vendi-

do conjuntamente *indefinite et sub specie unitatis*, se presume que cada uno de ellos es vendedor de toda la finca, y por consiguiente no pueden separadamente ejercer el retracto gentilicio de la porción de su copropietario. Tiene lugar esta decisión aunque no hayan vendido solidariamente, porque la falta de solidaridad no tiene otro efecto que dividir entre ellos la obligación de garantía en caso de evicción; pero no impide que se presuma haber cada uno vendido la finca entera al comprador que quiso comprar una finca completa y no porciones de la misma; *Molin., in Cons. Par., § 20, gl. 1, núms. 13, 14 y 15.*

Tiene lugar esta decisión siempre que el acto empieza por una venta de la finca que varios hacen juntos, aunque á consecuencia del acto se determinen las proporciones indivisas, ó aun las divididas que cada vendedor tiene en la finca, y que se haya señalado el precio por la porción que cada vendedor tiene en la misma, como por ejemplo, si se dijese que tres hermanos, Pedro, Jaime y Juan, han vendido á Roberto tal finca, de la cual la mitad pertenece á dicho Pedro, primogénito, y un cuarto á cada uno de los segundos Jaime y Juan; que los expresados Pedro, Jaime y Juan han prometido, cada uno por la parte que tienen en la finca, garantizar á dicho Roberto.... cuya venta se hizo por el precio de 6,000 lib, en cuanto á la mitad correspondiente á Pedro, y por el precio de 3,000 correspondiente al de cada una de las demás porciones pertenecientes á cada vendedor Jaime y Juan. Cada uno de los vendedores en el presente caso, es vendedor de la finca por entero, y no puede, por consiguiente, ser admitido al retracto de las partes de sus copropietarios.

152. No sucedería lo propio si el acto contuviese no una sola venta de la finca sino varias ventas que cada propietario hubiese hecho de su porción por un precio separado, como si se dijese: Han comparecido Pedro, Jaime y Juan, los cuales han vendido á Roberto: á saber, Pedro la mitad de una determinada finca por el precio de 6,000 lib.; Jaime y Juan el cuarto que corresponde á cada uno de ellos en la referida finca por la suma de 3,000 lib. que Roberto pagará á cada uno de ellos en pago del precio de dicho cuarto. Este acto encierra tres ventas separadas que cada propietario hace solamente de su porción y no siendo, por consiguiente, vendedor de las porciones de sus copropietarios, no debe ser excluido del retracto de dichas porciones; Molin., *ibid.*, núm. 15.

Vaslin parece ser de opinion contraria. Las razones que aduce en su apoyo no me parecen muy sólidas. Dice en primer lugar que el vendedor que ha enagenado su porción no puede pretender que tiene una afección justa por las demás porciones, ni por consiguiente un fundamento para el retracto de dichas porciones, toda vez que el derecho de retracto sólo se concede por razón de afección. A esto se contesta que una persona ha podido vender su porción en una finca, forzado por la necesidad de sus negocios particulares á pesar de la afección que tenía por dicha finca; esta venta no impide pues, el que pueda pretender tener afección por las porciones restantes. Dice en segundo lugar, que cuando la venta es hecha en virtud de sentencia entre dos herederos beneficiarios, el uno no puede retraer la porción del otro. A esto se contesta, que si no lo puede, es porque la finca habrá sido vendida *sub specie unitatis*.

153. Aunque el vendedor no pueda en la calidad de tal ejercer el retracto gentilicio, podrá ejercerlo bajo otra calidad, *ejem.* como tutor de un menor pariente suyo, ó en la calidad de padre y legítimo administrador de los derechos de sus hijos menores; porque, en este caso, no es propiamente él el que ejerce el retracto, es el menor, son los hijos, á quienes no hace más que prestarles su ministerio, aunque si los hijos rehusasen ratificar la venta al llegar á la mayor edad, la finca retraída quedaría del padre ó del tutor.

154. Igualmente, si el vendedor ha venido á ser heredero de su pariente quien hubiese entablado demanda de retracto, nada priva que pueda en esta calidad de heredero y de jefe de sus parientes de quienes era heredero asumir la demanda y ejercer el retracto: porque no le quita este derecho ni su calidad de vendedor ni la obligación que ha contraído para con el comprador de garantizarle de todas las evicciones, ya que esta obligación de garantía no se extiende al retracto gentilicio bajo cuya carga se considera siempre haber el comprador adquirido la finca.

Con esto se contesta á las objeciones que se podrían hacer. Se opondrá en primer lugar que el mismo hombre no puede ser á la vez vendedor y comprador, ni por consiguiente retrayente de una misma cosa. Yo contesto que es verdad que el mismo hombre no puede ser bajo una misma calidad vendedor y comprador: ni por consiguiente el retrayente de una misma cosa; pero nada impide que pueda serlo bajo diferentes calidades, porque en tal caso *duarum personarum vicem sustinet*. Por esto nada impide que siendo por sí y *ex propria persona* vendedor de una finca, pueda en otra calidad, esto es, en la calidad

de heredero de su pariente que la ha retraído, admitírsele á proseguir la demanda entablada por dicho pariente, y á ser en esta calidad el retrayente de esta heredad. Si el comprador, contra quien se ha ejercido el retracto, hubiese diferido como debia la demanda, el heredero del retrayente habria adquirido la finca de la sucesion de su pariente, cosa que no le puede impedir su calidad de vendedor de la misma: tampoco debe impedirle por idéntica razon la adquisicion del derecho que resulta de la demanda que su pariente entabló para hacérsela poner á su disposicion. El comprador no debe aprovecharse de la demora injusta en que ha estado de abandonar dicha finca para retenerla, y dispensarse de entregarla al heredero del demandante en retracto. Se opondrá en segundo lugar, que la calidad de vendedor que tiene por sí el heredero del demandante en retracto, se opondrá á la continuacion de la demanda en retracto, porque esto seria ir contra uno mismo. Yo contesto á esto, que ir contra uno mismo es ir contra alguna obligacion que se ha contraído: no habiendo el vendedor contraído la obligacion de impedir á los parientes el derecho de retracto, sino que por el contrario ha vendido la heredad, bajo la condicion de este retracto, no va contra sí mismo con asumir en la calidad de heredero de un pariente la demanda en retracto entablada por este pariente.

155. Debe igualmente decidirse que un pariente gentilicio del vendedor, aunque nombrado heredero del vendedor, no tiene menos derecho á ejercer el retracto. Paris, art. 142, Orleans, art. 402, encierran ciertas disposiciones sobre el particular.

Esta decision tiene lugar aun quando al final del contrato de venta constase la siguiente cláusula: *pro-*

metiendo dicho vendedor no impedir, ni por sí, ni por medio de sus herederos, el completo cumplimiento del presente contrato, porque esta cláusula es de pura rutina que no contiene otra cosa que la promesa que hace el vendedor de cumplir y hacer cumplir á sus herederos las obligaciones que contrato, pero no habiendo el vendedor respondido al comprador del retracto gentilicio, esta cláusula no podrá impedir á su heredero de ejercer el derecho de retracto que le corresponde.

La cláusula por la que el vendedor hubiese prometido defender al comprador de cualquier clase de eviccion no encierra tampoco la garantía del retracto gentilicio, porque esta cláusula sólo abraza las evicciones que al tiempo del contrato reconocan alguna causa extraña al contrato, y no la que puede llegar en virtud del retracto gentilicio, puesto que es el mismo contrato y por consiguiente el hecho del mismo comprador quien da lugar al mismo. Así lo decide Tiraqueau, *quest. 22, ad fin. tit.*

156. Si existiese una cláusula precisa en cuya virtud hubiese el vendedor respondido expresamente al comprador del retracto gentilicio, los herederos del vendedor no quedarían en tal caso excluidos del retracto en opinion de algunos autores que han expresado ser esta cláusula nula. Pero nosotros hemos rechazado esta opinion *supra* n.º 13; y suponiendo válida la cláusula, no hay duda que los herederos del vendedor que se ha sujetado á tal cláusula, quedan excluidos de ejercer por sí el retracto, obligados en su calidad de herederos á responder al comprador del mismo. Este es el caso de la famosa regla, *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio*, la cual hemos explicado

en nuestro tratado del contrato de venta. Lemaitre, sobre la costumbre de Paris, aun cuando conviene en la validez de la cláusula que nos ocupa, opina, sin embargo, que los herederos no dejan de ser admitidos al retracto, y que tan sólo vienen obligados en virtud de la misma, á indemnizar al comprador de los daños y perjuicios resultantes de la evicción, pero esta opinion es abiertamente contraria á los principios.

157. El que se ha hecho caución del vendedor, no queda por esto excluido del derecho de retracto gentilicio, porque esta fianza no le hace vendedor; sólo contrae una obligacion de garantía que no se extiende al retracto.

158. Un pariente que, en virtud de poderes, haya vendido á un extraño la finca de su pariente, podrá retraerla de su principal. Lo mismo sucede con respecto á un tutor que haya tomado parte en una licitacion en su calidad de tutor, y que en dicha calidad haya vendido la finca en que el menor tenia participacion á un extraño vuelto adjudicatario, porque los vendedores no son el tutor y el mandatario, sino que lo son el menor y el poderdante por su ministerio.

Por idéntica razon, si yo he sido nombrado curador de la sucesion vacante de mi pariente, podré retraer fincas de esta sucesion que hayan sido vendidas á un extraño, porque el vendedor no es el curador, sino el difunto representado por la sucesion.

159. ¿Sucede lo propio con respecto á un heredero beneficiario que vende en esta calidad una finca de esta sucesion? La razon de duda es que no se obliga personalmente en virtud del contrato, y que tan sólo obliga á la sucesion; de donde parece deducirse que el vendedor no es él sino la su-

cesion, y consecuentemente que no debe ser excluido del retracto. Se ha resuelto, sin embargo, por dos decretos de que nos hace mencion Bouguier, y que Lebrun cita en el *Tratado de las obligaciones*, núms. 1, 3, cap. 4.º, n.º 24, que no son admitidos al mismo. La razon es, que no es por una pura ficcion el que la sucesion beneficiaria se distinga de la persona del vendedor, y el que esta ficcion no tenga lugar sinó enfrente de los acreedores de la sucesion y al exclusivo efecto de que el heredero beneficiario no tenga que responder de deudas de esta sucesion con bienes que ha adquirido de otra parte; pero bajo el punto de vista de la realidad, el heredero beneficiario es el verdadero propietario de los bienes de la sucesion beneficiaria cuando los vende, aunque sea en calidad de heredero beneficiario, él es el vendedor, y consecuentemente no podrá retraerlos.

Lebrun, *ibid.* n.º 72, exceptúa inoportunamente el caso en que este heredero beneficiario hubiese con posterioridad renunciado á la sucesion, porque esta renuncia no es otra cosa que un simple abandono de los bienes que no impide que sea heredero, ni por consiguiente el verdadero vendedor.

160. El único verdadero vendedor es aquel cuya es la finca vendida por decreto, porque él es quien, en virtud de la adjudicacion decretada, la enajena y coloca fuera de su familia; el ejecutor y los opositores aunque hayan perseguido la venta y percibido el precio, no son por esto vendedores, y no están excluidos, siempre que sean parientes del deudor, de ejercer el retracto en los fueros en que las ventas por decreto están sujetas al mismo.

Háse agitado la cuestion si al juez que ha hecho la adjudicacion deberia admitirsele al retracto. La

razon de dudar es que puede haber motivo para temer que si un juez puede ejercer el retracto, uno que se propusiese ejercerlo á consecuencia de la adjudicacion que pronunciase, déjase de dar á esta el curso correspondiente, privando de hacerla subir al alto precio á que podria ascender, al objeto de aprovecharse de las ventajas de la adquisicion. Los autores que han abordado esta cuestion, Brodeau y Lemaitre, deciden sin embargo que el juez debe ser admitido, para que no se ponga en tela de juicio la probidad de los jueces, ni que se sospeche de que tales adjudicaciones son públicas.

162. El convenio que un pariente ha hecho con el comprador, ya ántes, ya despues del contrato de venta, de no ejercer el retracto, hace que no sea admisible al retracto, porque está permitido á cualquiera renunciar un derecho establecido en su favor.

Lemaitre, refiriéndose á la costumbre de París, cita un decreto del parlamento de Rouen, del 13 de Febrero de 1673, en virtud del que pretende haberse decidido que este convenio podia ser opuesto aun á los herederos consaguíneos del pariente; pero esto no debe acontecer sino cuando ejercen el retracto como habiendo proseguido la demanda en su calidad de herederos. Pero si por el contrario lo ejercen por sí, no les excluirá del mismo la calidad de herederos del que consintió tal acuerdo, porque el que en virtud del mismo se ha comprometido á no ejercer el retracto, sólo se ha obligado por él, sin que esta promesa se haya extendido á garantizar al adquirente de las demandas en retracto que por otros puedan ser entabladas. El caso que mentamos se diferencia en esto del expresado en el n.º 156 en que se excluye al demandante como sucesor de las

obligaciones de un difunto que no solamente se había obligado á no retraer por sí, si que tambien á salir garante al comprador de las resultas de cualquier otra demanda en retracto.

163. Si el convenio, en cuya virtud el pariente ha prometido no ejercer el retracto, no ha mediado con el comprador, sinó con el vendedor ántes del contrato de venta, ¿será en tal caso válido? Sobre esta cuestion puédense distinguir dos casos: Si el vendedor se hubiese en consecuencia obligado para con el comprador mediante una cláusula expresa á responderle del retracto, no puede caber duda que el pacto es válido, excluyendo al pariente del retracto, porque salta á la vista que el vendedor no tiene en este caso interés en que no se ejerza el retracto. Mas si el vendedor no se ha obligado á responder al comprador del retracto, el caso tampoco ofrece dificultad: no teniendo ningun interés el vendedor en este caso en que el retracto se ejerza ó deje de ejercerse, el pacto que ha estipulado con su pariente para que en modo alguno lo intente, parece ha de ser nulo, segun los principios de derecho consignados en el título de las *Instit. de inutil. stipul.* § 20 y 21, que dicen que *alteri stipulari nemo potest, nisi ipsius interrit.* Tiraqueau, § I, gl. 9, n. 128, y Grimaudet, 11, 28, deciden sin embargo que este pacto es válido y que puede ser opuesto por el comprador contra el pariente del vendedor al objeto de hacerle declarar no admisible al retracto. La razon es que cuando el pacto en cuestion ha mediado antes de la venta entre yo que me proponia vender y mi pariente, no cabe decir que no tenia interés ninguno en estipular que mi pariente no ejerciese el retracto: la prueba de que lo tenia está en que la obligacion de no ejercer el

retracto contrada por el pariente de quien podía tener lo ejerciese, me facilitaba la venta de la finca. El pacto que nos ocupa es, pues, válido; y habiendo adquirido un derecho con haber despues vendido mi finca, se considera haber vendido al comprador con la misma el derecho resultante de este pacto, porque existe otro principio de derecho que dice, que el que enajena una finca se considera transfiere los derechos y acciones que tiene con respecto á la misma. La ley 17, § 5, ff. *de pact.* decide en consecuencia de esto, que el que ha sucedido en una cosa á alguno, aunque sea á título singular, hereda los derechos resultantes de los pactos que su autor ha estipulado con terceras personas relativamente á esta cosa. Véase lo que sobre el particular hemos dicho en nuestro *Tratado de las obligaciones*, n.º 68.

En las costumbres que dan preferencia para ejercer el retracto al más próximo pariente, si un pariente más lejano que no hubiese estipulado pacto semejante, hubiera entablado demanda de retracto, el más próximo podría ejercerlo no obstante el pacto estipulado de no ejercerlo, ya con el vendedor, ya con el comprador; puesto que en este caso ni vendedor ni comprador tienen interés en impedir de ejercerlo, á ménos que el comprador sostuviere que la primera demanda es nula, y que efectivamente lo fuese.

164. El consentimiento que un pariente ó un señor feudal hayan dado á la venta de una finca, ¿puede excluirles del retracto? Dumoulin, *in Cons. Par.* § 20, gl. 1, n.º 8 y siguientes, sostiene la negativa. Alega en apoyo de su opinion, que ese consentimiento dado á la venta no encierra ninguna renuncia al derecho de retracto, porque lejos de ser

esta venta, la cual consienten, una cosa opuesta á su derecho de retracto, es por el contrario la que lo produce y da lugar al mismo: de donde concluye que *patronus consentiendo venditioni sibi non præjudicat in hoc jure (retractus), sed potius viam sibi ad illud aperit. Nec obstat, dice, quod ille consensus nihil operabitur, quia id tolerabilius est, quam quod ultra intentionem consentientis operetur.*

Tiraqueau, quien suscita la misma cuestion, § 1, gl. 9, n.º 134 y siguientes, rechaza el parecer de Dumoulin y decide que los parientes del vendedor que se les hace intervenir en el contrato para declarar que consienten la venta, deben ser considerados haber renunciado por este medio al derecho del retracto.

Esta presuncion me parece ha de tener lugar sobre todo cuando el pariente no tenga ni pueda tener en consecuencia otro derecho en la finca que el retracto, porque en este caso, siendo su renuncia al retracto el único y exclusivo objeto que se ha podido tener para hacerle intervenir en el contrato y consentir la venta, se presume que ha intervenido bajo este punto de vista y para renunciar al retracto, puesto que seria contra toda razon y verosimilitud el suponer que habria intervenido por nada y sin objeto que lo motivase.

Si el pariente que ha intervenido en el contrato de venta, para declarar que la consiente, tuviese ó debiese tener ciertos derechos sobre esta finca por un solo día; si se ha hecho mencion en el contrato de ciertos derechos los cuales entendiendose renunciar con intervenir en la venta y consentirla, no se podrá inferir de esto, que ha entendido renunciar igualmente á su derecho de retracto, como si, por ejemplo, constase en el contrato: *habiendo interve-*

nido don Fulano de tal, quien ha consentido la presente venta, y renunciando á todos los derechos de hipoteca que pueda tener sobre la finca, etc. Pero si el contrato no contiene sino un simple consentimiento referente á la venta de la finca, sin expresar cuáles son los derechos que este pariente ha entendido renunciar, se puede sostener deberse presumir que ha entendido renunciar en virtud de dicho consentimiento lo mismo á su derecho de retracto gentilicio que á los demás derechos que puedan competirle, puesto que siendo indefinida la renuncia que encierra su consentimiento, lo abarca todo.

165. Tiraqueau, art. 26, gl. 2, n.º 5 y siguientes, y Grimaudet, l. 7, opinan que un pariente ha de ser excluido del retracto cuando mediase cierto acto en cuya virtud el pariente hubiese cedido á un extraño su derecho de retracto; veamos la razon que aducen en apoyo de su decision. Aunque esta cesion sea nula como cesion, puesto que el derecho de retracto gentilicio no es cesible, encierra, sin embargo, segun opinion de dichos autores, una abdicacion y repudiacion que el pariente hace de su derecho de retracto, la cual le vuelve inadmisibile para ejercerlo. Se fundan principalmente en la ley 66, *D. de jur. dot.*, en la que se dice que cuando un usufructuario cede su derecho á un extraño, no es válida esta cesion al efecto de despojar al usufructuario de su derecho y unirlo á la propiedad. Este argumento que los autores indicados sacan de la ley de que acabamos de hacer mérito, no me parece en modo alguno concluyente, porque la cesion á que hace referencia esta ley, debe tomarse por la cesion solemne *in jure* que es la *civilis modus transferendi dominii*, en cuya virtud el cedente se desprende solemnemente de la

cosa ó del derecho cedido. Pero entre nosotros la cesion que uno hace de su derecho á favor de otro por medio de un acto autorizado por notario público, sólo tiene el efecto de una simple convencion; y en manera alguna desposee al cedente del derecho que cede; permanece siempre propietario del mismo, hasta que el cesionario se encuentra en una especie de cuasi-posecion, con notificar al deudor el traspaso hecho á su favor, conforme hemos visto en nuestro *Tratado del contrato de venta*, núm. 555. Por esto es que no puede decirse que la cesion que un pariente ha hecho de su derecho de retracto, encierra una abdicacion hecha de dicho derecho que le vuelva inadmisibile para ejercerlo, en atencion á que este derecho, sólo compete todavía á la familia indeterminadamente, y no á él, que no ha podido apropiárselo sino despues de haber entablado la demanda de retracto. Otra razon mejor podría alegarse en apoyo de la decision de Tiraqueau y de Grimaudet, y es que esta convencion ó pacto hace presumir fraude, y que el pariente no ejerce el retracto por su cuenta. Esto con todo, Grimaudet, X, 20, cita una sentencia por la que se dispone que el caso de un pacto por el que un pariente hubiese convenido con un extraño cederle la finca despues de haberla retraido, no basta para excluir al pariente del retracto, con tal que declare ó afirme, si á ello se le requiere, que no piensa cumplir dicho pacto y que la recobra por su cuenta, salva á favor del adquirente la accion correspondiente, si luego despues dicho pariente cediese la finca á la indicada persona. Me parece que la disposicion de esta sentencia tiene sus dificultades.

166. Cuando un pariente del vendedor viene á ser comprador conjuntamente con un extraño, no

se considera haber por esto renunciado al derecho de retraer la porción que su coadquirente extraño tiene en la cosa adquirida.

167. Cuando un marido ha intervenido en el contrato para autorizar á su mujer para vender alguna de sus inmuebles propios, y que el marido sea pariente consanguíneo de su mujer, dicha autorización no le impedirá ejercer el retracto. Esta autorización no entraña ninguna renuncia del marido á sus bienes, teniendo por exclusivo objeto habilitar á su mujer para otorgar el acto para el cual le ha autorizado su marido.

Se me ha objetado que esto puede dar lugar á algun fraude; que podría por tal medio, de comun acuerdo con mi mujer de la que soy pariente, enriquecerme á sus expensas, con vender por un ínfimo precio su finca propia á un comprador supuesto y retraérsela despues. A esto contesto que el temor de un fraude no es una razon suficiente para excluirme del derecho de retracto que me compete sobre la misma.

Si el marido no se hubiese limitado á autorizar á su mujer, sino que hubiese vendido con ella, no cabe duda alguna que su condicion de vendedor le excluiría del retracto.

168. Tampoco queda excluido un pariente del derecho de ejercer el retracto de una finca vendida por su pariente por el mero hecho de haber autorizado como notario el contrato de venta, ó haber asistido al acto en clase de testigo; Tiraqueau, *ibi*.

169. Esto con todo, si el contrato de venta contuviese una cláusula por la que el vendedor hubiese asegurado al comprador no tener ningun pariente que se encontrase en condicion de poder ejercer el retracto, el notario pariente del vendedor, quien

debe presumirse naturalmente ha tenido conocimiento del parentesco que le une al vendedor, debe ser excluido del retracto en virtud de la excepcion de dolo, por haber concurrido á engañar al comprador con autorizar el acto en que estaba contenida dicha cláusula. Esta decision no debe extenderse al pariente que hubiese firmado el acto como notario en segundo lugar (1); no cabe decir que este último contribuya á engañar al comprador, porque es sabido que los notarios que firman en segundo lugar no asisten al acto, ni tienen conocimiento de lo que el mismo encierra, de manera que esta costumbre, por irregular que sea, se tolera y practica por los notarios más probos.

En cuanto á los testigos instrumentales, no pudiendo una persona que de honrada se precie, firmar en esta calidad *salvo pudore*, un acto, si no ha estado en él presente; un pariente que hubiese firmado en esta calidad me parece que no se le deberia dar lugar á decir que ignoraba el contenido del contrato; *cum nemo possit propriam allegare turpitudinem*. He conocido sin embargo á ciertos jurisconsultos que opinaban por la afirmativa.

170. Aunque la venta que de mi finca propia he hecho á un extraño haya sido hecha á consecuencia de haberse denegado á aceptarla un pariente á quien se la habia propuesto, no por esto este pariente queda excluido del retracto, en razon á que podia no convenirle la compra cuando se le propuso la venta, y si más tarde. Puesto que la costumbre concede á los parientes el término de un

(1) Por notarios en segundo lugar suponemos entenderá aqui los que autorizan trasuntos ó testimonios por concurra, llamados tambien traslados. (N. T.)

año á contar desde la celebracion del contrato de venta, justo es que dispongan de todo este tiempo para decidirse, y no pueden por lo mismo ser compelidos á ello antes de expirar el tiempo señalado.

§ II. De la preferencia establecida entre varios parientes en diferentes grados que quieren ejercer el retracto.

171. Cuando varios parientes quieren ejercer el retracto, algunas costumbres prefieren el pariente mas próximo del vendedor al más lejano aunque haya entablado la demanda primero.

172. Esta proximidad en materia de retracto, lo propio que en materia de sucesion, se considera entenderse con la persona del vendedor, y no con el que puso la finca en la familia. Así, no puede ser dudoso que, segun dichas costumbres el sobrino del vendor es preferido para el retracto al hermano del abuelo del vendedor, aunque este último sea más próximo pariente del que puso la finca en la familia. Esta es la opinion de Tiraqueau bien demostrada por cierto, por más que algunos antiguos doctores que el mismo nos cita hayan sido de opinion contraria en materia de retracto.

173. Estas costumbres difieren entre sí sobre la preferencia que nos ocupa: unas la conceden al más próximo pariente aun en el caso en que el retracto hubiese tenido lugar en favor de un pariente más lejano, siempre que el pariente más próximo reclame la preferencia dentro el tiempo concedido por la costumbre para ejercer el retracto; Troyes, art. 145; Normandía, art. 475, etc. Otras no conceden esta preferencia al más próximo sobre el más remoto sino á condicion de presentarse an-

tes del real y actual cumplimiento del retracto ejercido por el pariente más lejano y antes de haber reembolsado al adquirente; Calais, art. 150.

Las costumbres de Blois, de Tours y de Anjou dicen que el pariente más próximo debe en todo caso hacer valer la preferencia á que tiene derecho dentro del tiempo señalado para verificar el reembolso. Otras restringen todavia esta preferencia. La de Chateaufneuf, art. 77, no la concede al más próximo, sino en tanto cite este en juicio al más lejano dentro los quince dias siguientes á la primera notificacion hecha por este último al adquirente para los efectos del retracto. La de Chartres quiere que esto mismo se haga dentro de los ocho dias siguientes á la expresada notificacion.

174. Segun la costumbre de Paris, art. 141, la de Orleans art. 378 y la mayor parte de las demás, el primer pariente que hace uso de su derecho de retracto es siempre preferido, aunque lo sea en grado mas lejano, al próximo que entabló con posterioridad la demanda de retracto.

La razon es que segun el espíritu de estas costumbres, el derecho de retracto gentilicio se concede á toda la familia en general. Antes de entablarse demanda por alguno de la familia, este derecho no pertenece determinadamente á ninguno de la familia *generaliter et indeterminate*; cada uno de los que componen esta familia, el que es pariente en el grado más lejano, lo propio que el que lo es en el más próximo, todos tienen derecho á entablar la demanda, y el que primero lo entabla hace suyo este derecho de retracto *quasi quodam jure occupationis*, excluyendo á todos los demás parientes.

175. Obsérvese, sin embargo, que es necesario

para esto que la demanda sea válida; una demanda nula no puede producir este efecto por la regla, *quod nullum est nullum producit effectum*. Es necesario tambien que este pariente no se haya dejado decaer del derecho de retracto que en virtud de la demanda le hubiese sido reconocido ó fallado, porque no habiendo en este caso surtido su efecto la demanda entablada se tiene como no presentada; no habiendo el demandante de apropiarse el derecho de retracto del que se ha dejado decaer, dicha demanda no ha podido excluir á los demás parientes.

176. Segun estos principios, cuando dos parientes han presentado demanda de retracto en diferentes tiempos, la suerte de la segunda demanda dependerá de la primera. Si el retracto ha sido reconocido, fallado y ejecutado en virtud de la primera demanda, no habrá lugar á la segunda; si por el contrario no ha habido lugar á la primera demanda ó que el demandante haya sido decaído de su derecho, podrá el segundo demandante proseguir su demanda.

177. De lo dicho se desprende que el juez debe suspender el curso de la segunda demanda hasta haberse sustanciado completamente la primera. Esto con todo, si el primer demandante no hiciera las diligencias necesarias para hacer dar término á la demanda, el segundo, en virtud de la demanda cuyo curso le ha sido suspendido, podrá hacer señalar un plazo al primer demandante dentro del cual vendrá obligado á hacer fallar la demanda, y en defecto de hacerla fallar dentro del tiempo marcado, el segundo retrayente puede hacer declarar colusoria la demanda del primero, y ser admitido á proseguir la suya.

178. Inreresando al segundo demandante que

al primero no se le haya admitido la demanda, puede, con mostrarse parte en la instancia sobre la primera demanda oponer al primer demandante los defectos de forma que pueden excluirle? No; porque las formalidades del retracto sólo han sido establecidas en favor del adquirente; por consiguiente, sólo él podrá oponer los defectos de forma. Lo dicho con respecto á los defectos de forma es igualmente aplicable á los de emplazamiento de la demanda, puesto que, establecidas estas formalidades en favor de la parte emplazada, sólo ésta podrá oponer la falta en que se haya incurrido.

179. Otra cosa seria si el segundo demandante entendiese combatir al primero su calidad de pariente y su capacidad para el retracto; en este caso no es dudoso que no debió admitirsele á tomar parte en la instancia para combatirla, ni menos para interponer apelacion de la sentencia que hubiese concedido el derecho de retracto al primer demandante en su perjuicio.

180. El principio que acabamos de establecer de que el pariente que se ha adelantado en entablar la primera demanda es preferido á todos los demás parientes del vendedor aunque sean más cercanos en grado, sufre una excepcion, segun nuestra costumbre de Orleans, art. 338, en favor de los hijos, hermanos ó hermanas del vendedor, siempre que concurren dos cosas: 1.º que tengan una parte en la finca que el vendedor ha vendido por la porcion que en la misma tenia; 2.º que comparezcan antes de concederse el derecho de retracto al pariente que lo ha solicitado primero.

181. Cuando dos ó más parientes del vendedor hayan presentado demanda de retracto en igual tiempo, no cabe duda en este caso que el más pró-

ximo en grado es preferido al más lejano. Así lo disponen varias costumbres, de cuyo número es la de Orleans art. 378. Lemaitre hace entrar en ellas á la de Paris que nada dice sobre el particular, y cita al efecto un decreto de 1563.

182. Para que se considere que los parientes han presentado sus demandas en igual tiempo, ¿basta que sean de igual fecha? Las costumbres no se muestran conformes sobre este punto.

En su mayoría consideran que hay igualdad de tiempo cuando presentan la demanda en el mismo día haciendo caso omiso de la hora; Sens, art. 52, y otras varias lo declaran en términos formales. Nuestra costumbre de Orleans por el contrario no considera á los parientes en concurrencia de tiempo sino cuando *el emplazamiento es de igual día y hora y que no conste cual ha tomado la delantera en la presentación de la demanda.*

La decision de la costumbre de Orleans encierra una consecuencia exacta y rigurosa del principio que en otro lugar hemos dejado sentado, de que el pariente, en virtud de la demanda de retracto que presenta se apropia el derecho de retracto *quasi quodam jure occupationis*, porque desde el momento que se lo ha hecho suyo, quedan los demás parientes excluidos, y no pueden, por consiguiente, ejercerlo más, aun cuando fuera el mismo día.

El principio en que se han fundado las demás costumbres que no quieren se tome en consideracion la prioridad de la hora, sino únicamente la del día, parece ser que la prioridad de la hora puede á menudo ser incierta: en esta atencion, para zanjar todas las cuestiones que podrian nacer de esta incertidumbre, han querido que se haga caso omiso de la prioridad de la hora, y que todas las de-

mandas de igual día se consideren concurrentes.

183. En la costumbre de Orleans que admite la prioridad de la hora, los porteros de estrados tienen la obligacion de anotar la hora en las demandas de retracto; en su defecto, aquel cuya demanda exprese la hora ha de ser preferido al que no la ha hecho constar. Por ejemplo, si el emplazamiento de mi demanda dice *tal día á las nueve de la mañana*, y que la vuestra diga únicamente *tal día*, sin expresar á qué hora de la mañana, ó haciendo constar únicamente *tal día antes de las doce de la mañana*, deberá ser yo el preferido porque justifico que he presentado la demanda á las nueve, al paso que vos no podeis justificar haber presentado la vuestra sino antes de las doce.

184. En las costumbres como la de Paris que se limitan á decir que será preferido el primero que haga el emplazamiento sin manifestar si se ha de hacer caso omiso ó no de la prioridad de la hora, ¿deberá tenerse esta en consideracion? El respetable número de costumbres que así lo disponen constituyen un poderoso argumento para sostener la negativa: Guerin y Lemaitre al tratar sobre la de Paris, son sin embargo de opinion que debe tenerse en consideracion y que el primero que ha hecho emplazar debe ser preferido á los que han presentado la demanda más tarde, aunque sea en el mismo día.

§ III. De la preferencia y concurrencia entre varios parientes en igual grado. ®

185. Entre dos ó más parientes en un mismo grado que hayan presentado separadamente demanda de retracto, es ordinariamente preferido el que se ha adelantado á los demás.

Tratándose de las costumbres que dan la preferencia al que se ha adelantado aun cuando sea contra parientes de grado más próximo, esto es á todas luces claro. La mayoría de las que se la niegan en perjuicio de los que son parientes en grado más próximo, se la conceden contra los que lo son en el mismo grado; Calais, art. 150; Troyes, art. 145; Blois, art. 201, etc. Algunas hay con todo que no dan ninguna preferencia al que se ha adelantado sobre los parientes en igual grado, haciéndolos concurrir siempre que hayan presentado la demanda de retracto en el tiempo señalado por la costumbre; Burdeos, cap. 2, art. 6; Normandía, art. 476.

186. Cuando los parientes en un mismo grado que han presentado la demanda de retracto se hallan en concurrencia de tiempo, lo procedente es, según el derecho más comun, que se les admita juntamente al retracto; sin embargo, hay algunas costumbres que prefieren en este caso el macho á la hembra y los mayores á los menores; Chartres, art. 68; Chateaufeuf, 77.

Algunas costumbres, en este caso de concurrencia de proximidad de grado y de tiempo, permiten al adquirente elegir entre los retrayentes á aquel en cuyo favor quiera reconocer el retracto; Laon, art. 230; Ribemont, art. 35.

187. Otra cuestion nos queda por dilucidar, á saber, si en materia de retracto tiene lugar la representacion. Por ejemplo, ¿un sobrino del vendedor debe venir en concurrencia con el hermano? La costumbre de Auvergne, cap. 23, art. 19, la rechaza por más que la admita en materia de sucesion. Otras por el contrario la admiten, ya sea en términos formales como Anjou, Maine, Poitou, Angoumois, Bordeaux, ya sea en términos equivalentes como Saintonge, tit. 6, art. 52.

¿Y en cuanto á aquellas costumbres que nada han legislado sobre el particular? Puede decirse en favor del más próximo pariente contra el derecho de representacion, que este derecho se funda en una ficcion. Es así que es un principio que las ficciones no deben extenderse más ni separarse del caso para que fueron establecidas, luego la ficcion de la representacion que las costumbres han establecido en materia de sucesion no debe extenderse al caso de retracto gentilicio, cuando estas costumbres nada han legislado sobre el caso que debatimos. El nuevo decreto sobre sustituciones, part. 1, artículo 21, rechaza la representacion en las sustituciones hechas á una familia en virtud de este mismo principio.

De otro lado se dice en favor de la representacion, que no se debe sacar argumento de lo que el expresado decreto ha resuelto contra la representacion para el caso de sustitucion. Siendo llamados los sustitutos á suceder por la voluntad del testador, y no por disposicion de la ley que ha regulado el orden de las sucesiones, la ficcion de la representacion no puede aplicarse al caso de una sustitucion que es completamente diferente del de las sustituciones para el que fué establecida. No sucede lo mismo con el caso del retracto: este caso tiene puntos de contacto con el de las sucesiones. Siendo llamados los parientes á retraer las fincas de su pariente en virtud de la misma ley que ha regulado el orden de las sucesiones, la presuncion es que los llama al retracto en el mismo orden; tiene esto sobre todo lugar en las costumbres que prefieren los parientes más próximos á los más remotos. Parece que el espíritu de estas costumbres es de conservar por medio del retracto las fincas pro-

pias para los que las deben heredar, y de no admitir á los demás sino en defecto de éstos. Por lo expuesto, se debe, pues, admitir, para los efectos del retracto, la representacion que tiene lugar segun el orden de las sucesiones, sobre todo en las costumbres de que hemos hecho mérito. Es de opinar tambien que deba ser admitida en la costumbre de Paris y otras parecidas que no dan á los parientes más próximos la preferencia sobre los más lejanos sino en caso de existir concurrencia de demandas.

188. En las costumbres que admiten la representacion en materia de retracto gentilicio, uno de los varios sobrinos nacidos de un hermano del vendedor premuerto, que concorra al retracto con otro hermano del mismo vendedor, debe tener la mitad en la finca retraida. Los hermanos y hermanas que no quieran ejercer el retracto, con él no deben contarse, debiéndole ser acrecidas las porciones que de la misma hubieran podido pretender, con la circunstancia además de que deberá ejercer el retracto como si fuese el único del tronco. Decreto de 7 de Setiembre de 1716, citado por Vigier sobre la costumbre de Augoumois.

ARTÍCULO III

¿Contra quién puede ó no puede ejercerse el retracto?

189. El retracto gentilicio puede ejercerse contra el adquirente extraño, ó contra sus herederos ú otros sucesores mediatos ó inmediatos, universales ó particulares.

Cuando un adquirente extraño ha enajenado la finca sujeta al retracto ántes de entablarse contra él la demanda de retracto, el pariente está en la li-

bre eleccion de dirigir la demanda contra el adquirente ó contra el tercero. Algunas costumbres, como la de Reims, art. 205, lo disponen así, y se fundan en la naturaleza misma de la accion del retracto gentilicio. Esta accion es una accion *personal real* que nace de la obligacion *ex quasi contractu*, que el comprador extraño contrae en el acto de adquirir para con los parientes, de ceder la compra á aquel de entre ellos que la quiera aceptar, y de entregarle la finca; al cumplimiento de esta obligacion personal es cuando la ley afecta la finca. Esta accion, como *personal*, puede pues, ser intentada contra el comprador extraño, que es el verdadero deudor, y que no ha podido, con enagenar la finca, librarse de la obligacion contraida de poner á disposicion del pariente que quiera ejercer el retracto. Esta accion puede igualmente como real ser intentada directamente contra el tercer detentor de la finca, toda vez que ésta está sujeta por la ley al cumplimiento de la obligacion.

190. Aunque segun la sutileza del derecho, la demanda de retracto gentilicio puede presentarse válidamente contra el comprador extraño despues de haber éste enajenado la finca, eso con todo, cuando el comprador extraño despues de emplazado, declara y afirma que ha enajenado la finca en beneficio de tal ó cual persona, indicando su nombre y domicilio, procede aplazar ó suspender la demanda para poner otra contra el tercer detentor, porque es natural que el demandante se dirija contra aquel que está en posesion de la finca sujeta al retracto, y de quien puede recobrarla con más facilidad que del comprador extraño, quien no pudiéndole entregar la finca que ya no tiene, sólo podría venir obligado á la indemnizacion de daños y

perjuicios. El pariente haria mal en pedir dichos daños y perjuicios por no tener la cosa, cuando está en su poder el tenerla con dirigirse contra el que la posee; por otra parte, ¿cómo regular estos daños y perjuicios consistiendo en un interés de afección que no es apreciable?

Nuestra costumbre de Orleans, art. 369, autoriza este aplazamiento para proceder contra el poseedor de la finca, y proroga á este efecto el tiempo del retracto de cuarenta dias, á contar del dia en que han sido manifestados al retrayente el nombre y domicilio del poseedor, para el caso que al tiempo de dársele dicho conocimiento hubiese espirado el tiempo del retracto ó que faltase poco para espirar.

191. Cuando el comprador extraño antes de enablarse ninguna demanda ha trasmitido la finca á su sucesor, ya sea universal ó particular, que sea de la familia, no podrá ejercerse el retracto segun nuestras costumbres de Paris, Orleans y otras parecidas: porque segun estas costumbres, el derecho de retracto gentilicio se extingue desde el momento que la finca vuelve á entrar en la familia antes de presentarse demanda de retracto.

Pero si se hubiese presentado demanda contra el comprador extraño, podrá ser continuada contra su heredero, aunque sea pariente, porque el retracto no se extingue por la vuelta de la finca á la familia, sino cuando esta vuelta se efectua antes de presentarse ninguna demanda; pero por la demanda que el pariente ha presentado se ha apropiado el derecho de retracto del que no se le puede despojar. Por la demanda emplazada y bien fundada contrae la obligacion de cumplimiento llamada *obligatio iudicati* y esta obligacion pasa á su heredero, cualquiera que sea.

192. El retracto gentilicio puede hasta ejercerse contra el señor de quien depende la finca que ha recobrado en virtud del derecho de retracto feudal, y con mayor razon cuando la ha comprado directamente. Nuestra costumbre de Orleans, artículo 365, y otras varias, lo disponen así.

No sucede lo propio con el retracto convencional: el que se ha retenido este derecho sobre una finca, como que se funda en una cláusula expresa de enagenacion por la cual se reserva el derecho de retracto todas las veces que esta finca se venda, sin hacer ninguna distincion de las personas á quienes se venda, es lógico que tenga preferencia sobre los parientes. Loysel, 1, 3, art. 4, forma de esto la siguiente máxima: *El retracto gentilicio, dice, es preferido al señorial, y el convencional á todos los demás.*

193. Mi padre en su testamento ha prohibido que tal inmueble de su sucesion se enajene fuera de la familia, y para el caso que se enagene fuera de la familia, ha declarado que la legaba á Pedro; yo, contra esta prohibicion, he vendido la finca á Santiago que es extraño á la familia; ¿debe mi pariente que ejerce el retracto contra Santiago ser preferido á Pedro que es tambien extraño, ó es Pedro que debe ser preferido á Juan? Tiraqueau, *quest.* 29, ad fin. tit., dice que el preferido debe ser Pedro, porque no estando las donaciones sujetas al retracto, ora sean entre vivos, ora testamentarias, y siendo á todos permitido ponerse sus fincas propias fuera de la familia, claro está que será válida la disposicion testamentaria hecha á favor de Pedro por el testamento de mi padre, y que Pedro tendrá derecho á reclamar la finca que le ha sido legada, cumplida como será la condicion bajo la cual se le legó:

el derecho de retracto á que la venta que he hecho á favor de Santiago ha dado lugar, no hace adquirir á mis parientes el derecho sino contra el adquirente, y no contra Pedro, quien para reivindicar dicha propiedad posee un título que no está sujeto al derecho de retracto. Tiraqueau manifiesta, como una objecion de los que son de opinion contraria, que nadie puede disponer válidamente el que no dé lugar al retracto la venta que por sí ó por sus herederos puedan hacer de una heredad.

La contestacion es que mi padre no ha dispuesto esto por medio de la cláusula arriba citada; toda su intencion ha sido legar su finca á Pedro, poniendo por condicion del legado la venta que de la misma debia hacerse; de forma que no ha hecho sino lo que de derecho podia hacer, puesto que estaba facultado para legársela pura y simplemente. Si en este caso los parientes no pueden aprovecharse del derecho de retracto, no es porque la venta hecha á favor de Santiago no dé lugar al mismo por sí misma, porque ellos lo ejercerian útilmente si Pedro repudiase el legado, ó si por su premoriencia, ó una incapacidad sobrevenida, no estuviese en condicion de poderlo recoger.

Páreceme que podria hacerse otra objecion más sólida contra la decision de Tiraqueau, á saber, que siendo la condicion de la sustitucion hecha en beneficio de Pedro, la venta de la finca por la que se ha colocado fuera de la familia, no debe considerarse como cumplida sino en el caso que la venta subsistiese en la persona del adquirente extraño; pero que habiéndose trasferido en virtud del retracto á una persona de la familia, esta venta no se habrá hecho fuera de la familia, ni se puede, por consiguiente, hacer existir la condicion bajo la cual

se hizo el legado á favor de Pedro; y por último que esta interpretacion parece conforme con el espíritu del testador, quien prefiere su familia al legatario, y el legatario á los extraños. La contestacion es que no hay que separarse sin necesidad de los términos del testamento. Además, segun dichos términos, basta que haya habido una venta hecha fuera de la familia para que el contrato haga existir al instante la condicion y al propio tiempo el derecho á Pedro, el cual una vez adquirido, no hay posibilidad de quitárselo por medio del retracto que pueda en su consecuencia tener lugar.

194. Se ha suscitado la cuestion si puede ejercerse el retracto gentilicio contra el rey. Juan Lecoq, mencionado por Tiraqueau, cita un antiguo decreto que resuelve la cuestion negativamente; Loyssel. 1, 3, tit. 5, art. II; Grimaudet, III, 5, son del mismo parecer. La razon es que el rey al confirmar con su autoridad las costumbres de las diferentes provincias de su reino que han establecido el derecho de retracto, les ha dado fuerza de ley, pero sin considerarse él sujeto á las mismas: *princeps est solutus legibus; l. 31, ff. de legib.* Verdad es que por la Charte-Normanda el rey autoriza contra el ejercicio del retracto, pero puede decirse que esto constituye un privilegio particular otorgado á la provincia de Normandia.

Sin embargo hay autores que opinan que puede ejercerse el retracto contra el rey, cuando la adquisicion que ha hecho no es por causa de utilidad pública, porque aun cuando el principe no esté propiamente sugeto á sus leyes, desea sin embargo sugetarse á las mismas, segun las siguientes brillantes palabras de Teodosio, en la ley 4, Cod. d. tit. *Digna vox est magestate regnantis legibus alli-*

gatum se principem profiteri, adeo de auctoritate juris nostra pendet auctoritas; et severa majus imperio est legibus submittere principatum.

195. Con respecto á las costumbres que dan la preferencia al pariente, aunque más lejano en grado, que se haya adelantado, y aún con respecto á aquellas que no la admiten sino despues que el retracto se ha llevado á efecto en su favor, debe decidirse con mayor abundamiento que cuando un pariente ha comprado directamente una finca, los demás parientes aunque más próximos en grado que él, no pueden ejercer el retracto contra él. Lo mismo sucede si habiendo sido vendida la finca á un extraño, ha sido transferida á cualquier título á favor de un pariente antes de presentarse ninguna demanda de retracto.

196. Cuando una finca ha sido vendida á un extraño durante su comunidad de bienes con una mujer extraña, no podrá ejercerse el retracto contra el comprador aunque sea extraño mientras dure la comunidad. La razon es que la union del matrimonio, unida á la comunidad de bienes que existe entre el marido y la mujer, hace que no sean tenidos sino como una sola persona con respecto á los bienes de la comunidad, lo que expresan las costumbres por medio de las palabras *son unos y comunes* de que se suelen servir; de donde se sigue que el marido aunque por su parte es extraño á la familia, por parte de la mujer se considera en cierto modo pariente del vendedor, mientras dura la comunidad de bienes. Considerándose por consiguiente, no haber salido todavía la finca da la familia, no habrá lugar al retracto en tanto dure la comunidad; pero disuelta ésta habrá lugar al mismo por la porcion del marido extraño ó de sus he-

rederos extraños: á este retracto le llamaremos *retracto de medio-dinero* de que nos ocuparemos *infra* cap. 13.

197. Aunque el comprador sea extraño, si tiene hijos parientes no habrá lugar al retracto; Paris art. 156; Orleans, art. 403. Loysel en su máxima, l. 3, tit. 5, art. 29. La razon es que, segun la ley II, *ff. de lib. et posthum*, los bienes de los padres siendo en cierto modo los bienes de los hijos, puesto que segun el orden de la naturaleza deben un dia sucederles, la finca en tal caso no sale de la familia, debiendo conservarla en ella los hijos que la heredarán.

Esta razon abraza á todos los hijos, cualquiera que sea su grado. Por esto no debe dudarse que en estas disposiciones de las costumbres, la palabra *hijos* comprende á los nietos.

198. Como esta esperanza es lo que impide que la venta hecha á un extraño dé lugar al retracto, tan pronto ella cesa, *quasi remoto impedimento*, empezará á dar lugar al mismo la venta en cuestion. Nuestra costumbre de Orleans, art. 403, contiene un ejemplo, porque despues de haber dicho: *cuando el que no está en linea tiene sin embargo hijos que están en ella, no hay lugar al retracto*, añade *pero si revende la finca estará sujeto al retracto*, lo que debe entenderse con respecto á la venta que se le hizo. La razon es que la esperanza que los hijos parientes heredarán á su padre en esta finca viniendo á cesar en virtud de la enagenacion que el comprador ha hecho de la misma, la venta hecha á favor del comprador extraño, debe empezar á dar apertura al retracto gentilicio que fué suspendido é impedido por la esperanza dicha.

Este caso de reventa hecho por el comprador lo

hemos citado por vía de ejemplo de nuestra regla: por esto en todos los demás casos en que cese la esperanza de la conservacion de la finca en la familia se debe igualmente decidir que la venta empezará á dar apertura al retracto. Se sigue de esto, que la venta hecha á favor de un extraño que tiene hijos parientes, debe dar lugar al retracto, no solamente cuando la revende á un extraño, si que tambien cuando la enajena á cualquier otro título, como á título de donacion ó de legado. Debe de igual modo dar apertura al mismo, cuando todos los hijos parientes de dicho comprador extraño le han premuerto, ó cuando, habiéndole sobrevivido, han repudiado la sucesion; en cuyo caso el tiempo del retracto debe empezar desde el dia de la premoriencia del último, ó de su renuncia, sin que haya necesidad de emplear formalidades especiales para hacerlas públicas; Loysel, *ibid.* 31. Tambien debe dar apertura al mismo, cuando el comprador teniendo hijos de diferente matrimonio, la finca corresponde, en virtud de division, á los que no son parientes.

199. Esta disposicion de las costumbres que impide el retracto cuando el comprador extraño tiene hijos parientes que tienen esperanza de heredar un dia la finca, habiéndose establecido en favor de los hijos, se ha juzgado que no debía impedir el retracto, sino con respecto á los demás parientes, y que los hijos deben ser admitidos al mismo, si juzgan conveniente ejercerlo contra su padre, segun la siguiente regla: *Quod in favorem alicujus introductum est, non debet in eum retorqueri.* Así ha sido resuelto por un decreto que Bardet cita, lib. 8, cap. 42.

200. Cuando el comprador es pariente del ven-

dedor con relacion á una parte de las cosas comprendidas en el contrato, y extraño en cuanto á las demás, como cuando mi pariente paterno me ha vendido, mediante un mismo contrato y por un mismo precio, fincas de mi abolengo ó patrimoniales, con otras propias maternas; en tal caso, segun el derecho comun, le compete el derecho de retracto contra dicho comprador por las fincas de que es extraño, pero sin que se le puedan retirar contra su voluntad las que le son patrimoniales, no obstante que constituyen la mayor ó la menor parte de la adquisicion; pero puede, por vía de indemnizacion, obligar al retrayente á que se quede con el todo, cuando parezca verosímil que no hubiese comprado lo uno sin lo otro.

Nuestra costumbre de Orleans, art. 396, ha seguido en esto un principio particular; excluye el retracto, cuando la porcion por la que el adquirente es extraño, es inferior á la patrimonial. Al contrario, cuando la porcion por la que es extraño es la mayor, permite que el pariente retraiga el todo, hasta lo que no es de su abolengo, toda vez que lo más absorbe lo ménos. Si las partes son iguales, hay lugar al retracto, pero solamente en cuanto á la parte por la que el comprador es extraño, á ménos que para indemnizarse no quisiese dejar el todo. Véanse nuestras notas sobre la costumbre de Orleans, art. 396.

CAPÍTULO VI

De la manera que puede intentarse el retracto; y si puede ejercerse por una parte lo que el contrato comprende.

Sobre esta cuestion pueden suponerse tres casos distintos: 1.º cuando todas las fincas comprendidas en el contrato son patrimoniales del retrayente; 2.º cuando una finca patrimonial del retrayente ha sido vendida mediante un mismo contrato y por un mismo precio con otros que no lo son, ó que son consideradas como adquisiciones; 3.º cuando la finca de la linea del retrayente ha sido vendida en virtud de un mismo contrato y por un mismo precio con otra finca cuyo propietario es el retrayente.

PRIMER CASO

201. Cuando todas las fincas comprendidas en un contrato son patrimoniales del retrayente, todos convienen en que el retrayente no puede ser admitido á ejercer el retracto por una parte de las mismas contra el adquirente del total; debe, pues, quedarse con todas.

Esta decision tiene lugar aún en el caso que el tiempo del retracto hubiese espirado para algunas de las fincas comprendidas en la venta, y durase todavía para las demás. Supongamos, por ejemplo, que las fincas están situadas en diferentes jurisdicciones. El año que sigue á la notificacion hecha en la jurisdiccion donde está situada una de las fincas ha ya transcurrido, y se ha pasado por alto hacerla

en la jurisdiccion donde está la otra comprendida; el retrayente no podrá retraer esta finca, si el adquirente no quiere hacerle entrega de la una sin la otra. El pariente no puede alegar que ha espirado el tiempo del retracto para dispensarse de retraer la finca cuya notificacion cumplimentó el adquirente, porque la costumbre ha hecho prescribir dicho tiempo, no en favor del pariente, sino en favor del adquirente.

¿Puede el pariente que en este caso está obligado á quedarse con todas las fincas, obligar igualmente al adquirente á sufrir el retracto de todas ellas? Algunas costumbres se han decidido por la afirmativa. Así lo dispone nuestra costumbre de Orleans, art. 395; pero relativamente á aquellas que nada han legislado sobre el caso, pareceme que debe decidirse que el adquirente puede, si lo cree conveniente, no entregar más que la finca, con respecto á la cual dura todavía el tiempo del retracto, y retener la otra cuyo tiempo haya espirado. En vano se dice que el retracto de una venta es indiviso, porque sólo puede serlo en beneficio del comprador para los efectos de la indemnizacion; luego no se puede redargüir contra él lo que ha sido establecido en su beneficio.

202. Tiraqueau, *ad fin.*, tit. 9, 12, aboga por un sentido completamente opuesto, porque del principio de que es indivisible el retracto de las fincas comprendidas en la venta, saca la consecuencia de que el pariente que ha dejado espirar el tiempo del retracto por una parte de las fincas, queda decaído del derecho de retraerlas en su totalidad; porque, dice, que no pudiendo retraer más que el total de las fincas, no siéndole permitido retirarlas en parte, basta que haya algo que no pueda re-

traer, para no poder retirar nada. Cita, como ejemplo, una venta que hubiese sido hecha por un solo y mismo precio, comprendiendo fincas de las cuales parte estuviesen situadas en Bretaña y parte en el Poitou, pretendiendo que tan pronto queda el comprador excluido del retracto en cuanto á las fincas situadas en Bretaña en virtud del transcurso del mes, que esta costumbre prescribe para el tiempo del retracto, queda igualmente excluido con respecto á las situadas en el Poitou, por más que no haya aún transcurrido el año que la costumbre señala para el retracto. Esta decision está muy lejos de parecerme justa, y su argumento un puro sofisma. La indivisibilidad del derecho de retracto no es una indivisibilidad-obligacion; el derecho de los parientes no es un crédito indivisible *obligatione*. La indivisibilidad de este derecho no concierne sino á su cumplimiento, sólo es una indivisibilidad *solutione*. Así resulta de los principios sobre las obligaciones divisibles é indivisibles que hemos establecido en nuestro *Tratado de las obligaciones*, part. 2, cap. 4, sec. 2; porque segun dichos principios, un derecho de crédito no es indivisible sino cuando tiene por objeto alguna cosa indivisible, es decir, una cosa que no sea susceptible de partes, ni reales ni intelectuales; luego la venta que forma el objeto del derecho de retracto, y al que los parientes tienen el derecho de pedir ser subrogados, no es una cosa indivisible, puesto que tiene por objeto cosas muy divisibles, y toda vez el derecho de retracto se divide en efecto en caso de existir varios adquirentes, ó que el adquirente haya dejado varios herederos; *supra*, núm. 25.

El derecho de retracto es, por consiguiente, un derecho divisible *obligatione*, y por lo mismo nada

impide que no pueda extinguirse por una parte de las fincas que el acto comprenda, y subsistir en cuanto á la parte restante; la indivisibilidad de este derecho no concierne sino á su cumplimiento en aquello que el adquirente contra quien se ejerce el retracto puede obligar al pariente á quedarse con todo lo comprado ó con nada. La razon de esto es que el retracto no puede ejercerse sino á condicion de indemnizar al adquirente contra quien se ejerce; y que este adquirente no resultaría completamente indemnizado si tan sólo se le retirase una parte de las cosas comprendidas en el contrato, y que se le dejasen las restantes que sin duda no hubiese querido comprar sin aquellas que se le quitau. Mas de esta indivisibilidad del derecho de retracto con respecto á su cumplimiento, no se sigue otra cosa sino que el adquirente puede para indemnizarse obligar al retrayente á retirar el todo ó nada, no coligiéndose en modo alguno el que la extincion del derecho de retracto por una parte de las cosas comprendidas en la venta deba entrañar la extincion de dicho derecho por lo restante.

203. El principio que el retracto de las fincas de un mismo patrimonio comprendidas en una sola venta no puede ejercerse sino por el total, sufre excepcion con respecto á la costumbre de Bretaña. Permite ésta, art. 308, el que el pariente pueda retirar parte de lo comprendido en un contrato de venta, caso que justifique no tener posibilidad de retraer el todo, y que lo comprendido en el contrato puede dividirse fácilmente.

204. Por lo demás toda la cuestion estriba en saber si las fincas fueron vendidas mediante un solo y mismo contrato de venta, ó por diferentes.

Siendo de esencia del contrato de venta el que

exista una cosa que sea vendida, y un precio por el cual se haya vendido, si todas las fincas se han vendido por un solo y mismo precio, tampoco habrá más que un solo contrato de venta, y por consiguiente no puede el retrayente ser admitido al retracto sino se queda con todas: al contrario, si cada finca, aunque mediante una escritura, ha sido vendida por un precio separado; si la escritura contiene tantos precios como fincas, habrá igualmente tantos contratos de venta como fincas, en cuyo caso el pariente podrá retraer una de dichas fincas sin verificarlo de las demás; Arg. l. 34, § I, de *Ædil. ed.*

205. Si desde luego se ha consignado un precio separado por cada finca, aunque al final del acto todos los distintos precios se adicionen en una sola suma, no por esto deja de haber tantos contratos de venta como fincas, debiendo por consiguiente el retrayente ser admitido al retracto de una de ellas: como si constase en el contrato que se ha vendido tal casa de labranza por la suma de 10,000 libras, tal casa por la suma de 6,000 lib., y tal prado por la suma de 2,000 lib.; formando en junto 18,000 libras que el comprador se obliga á pagar, etc.

Vice versa. Si en un principio se ha consignado un solo precio por todas las fincas comprendidas en la venta, distribuido luego en diferentes cantidades correspondientes al precio de cada finca, como si se dijera que se venden tales fincas por el precio de 20,000 lib., á saber: la una por 12,000 lib. y la otra por 8,000 lib.; Tiraqueau, *ibid.*, n.º 21, opina que existen igualmente en este caso tantas ventas como heredades y que los parientes pueden retraer la una sin la otra. Este caso sin embargo entraña más dificultad de la que se le quiere dar, porque habiéndose vendido en primer término todas las fin-

cas por un solo y único precio, cabe decir que la intencion de las partes ha sido de vender todas las fincas bajo una sola venta, y que la reparticion del precio que se ha hecho seguidamente no es otra cosa que una simple aclaracion.

Sin embargo de esto opino que debe uno atenderse á la decision de Tiraqueau, y que la distribucion del precio es una prueba de la voluntad que han tenido las partes de hacer varias ventas, á menos que se hiciera constar en la escritura que esta distribucion obedece á otra causa.

206. Algunas veces, aunque se hayan vendido por precios separados y mediante una sola escritura varias fincas, se presume que el acto no encierra más que un solo y exclusivo contrato de venta de todas las fincas, no siendo en consecuencia admitido el retracto de la una sin las restantes. Debe esto presumirse así cuando las fincas por su naturaleza no admiten separacion las unas de las otras, so pena de experimentar una depreciacion considerable, en tanto que verosímilmente el comprador no hubiese querido comprar las unas sin las otras. Presúmese en este caso que las partes con señalar á cada finca precios diferentes, no han tenido por esto intencion de hacer distintas ventas, sino únicamente hacer una aclaracion del precio por el que se vendian bajo una misma escritura todas las fincas; *facit* l. 34, ff. I, ff. de *Ædil. edict.*

207. Tiraqueau y Grimaudet citan otro caso, que aun cuando se hayan enagenado fincas por precios separados, no hay por esto varias ventas y el retracto no puede por lo mismo admitirse en cuanto á una de dichas fincas sin hacerlo á la vez de las restantes; este caso es el mismo que aquel en que un deudor de cierta cantidad de dinero for-

mando una deuda única é indivisa entrega á su acreedor en pago de dicha suma varias fincas cada una de diferente precio, pero que todas juntas valen la suma debida. Aunque en virtud de este acto, cada finca haya sido dada en pago por un precio diferente, sin embargo este acto no se considera encerrar varios actos, sino uno tan sólo de dacion en pago, por el que todas las fincas comprendidas en el mismo son dadas en pago de la deuda: esto no da lugar por consiguiente sino á un solo retracto de todas las fincas en el mismo comprendidas. La razon es que el pago de una deuda indivisa no debiéndose verificar sino totalmente, y no siendo obligado el acreedor á recibir pagos parciales, es verosímil que al recibir el acreedor las fincas, aunque por diferente precio en pago de su deuda, no ha entendido recibir sino un solo pago de toda su deuda; la suma única que se debía al acreedor hace que tambien sea único el precio por el que todas esas fincas han sido dadas en pago de la deuda; los distintos precios consignados para cada finca sólo vienen á ser una reparticion.

208. Cuando un acto encierra varios contratos de venta de diferentes fincas hechos por precios separados, el pariente puede retraer una de estas fincas sin retraer las demás. Sin embargo si ha presentado una demanda general é indeterminada para retraer las fincas comprendidas en dicho acto, la costumbre de Tours, art. 180, no le permite restringirla y quiere que en tal caso esté obligado á retraerlo todo ó nada.

Yo soy de opinion que esta disposicion no se funda en sólidas razones y que no debe ser adoptada fuera de su territorio: el emplazamiento de la demanda comprende tantas acciones de retracto

cuantos son los contratos de venta que han dado lugar al mismo, cuyas acciones para estar contenidas *uno eodemque libello*, no son menos consideradas como acciones distintas y separadas: á esto obedece el que nada impida que el retrayente pueda hacer uso de estas acciones y abandonar las demás.

SEGUNDO CASO.

209. Cuando una finca de cierto patrimonio ha sido vendida en virtud de un mismo contrato y por un mismo precio con otras fincas de otros patrimonios, ó tambien con fincas adquiridas y otras cosas que no son susceptibles del retracto gentilicio, entonces el pariente, segun casi todas las costumbres, no tiene derecho de ejercer el retracto sino en cuanto á la finca de su patrimonio, como lo hemos visto *supra* cap. 3, art. 3. Sólo hemos de exceptuar algunas costumbres particulares, tales como la nuestra de Orleans, art. 395, que dan al pariente el derecho de retraer con la finca patrimonial todo lo comprendido en la venta. Pero aunque el pariente no tuviese el derecho de retraer más que la finca patrimonial, ¿puede el adquirente para indemnizarse obligar al retrayente á que se quede con el todo ó nada? Las costumbres no están contextes sobre esta cuestion. Segun el derecho más comun, el adquirente contra quien se ejerce el retracto y quien no hubiera querido comprar las demás cosas comprendidas en el contrato sin aquellas cuyo retracto se intenta, puede para indemnizarse obligar al retrayente á retraer el todo ó nada; Melun, 150; Nantes, 81; Peronne, 246; Touraine, 178; etc. Loy-sel, en su *Tratado de los Retractos* se conocen dos

máximas. *Máxima 35: el retracto no admite partes. Máxima 36, ibid.: cuando varias fincas han sido vendidas por un mismo contrato y precio de las cuales unas estén sujetas al retracto y otras no, queda á elección del adquirente el entregar el todo, ó tan sólo las fincas patrimoniales ó de abolengo.*

El retracto gentilicio difiere en esto del señorial: porque en este último el señor no puede ser apremiado á volver á tomar lo que no atañe á su feudo; Loysel, *ibid.*; *máxima, 37.* La costumbre de Tours, art. 178, hace especial mención de esta diferencia.

La razon de esta diferencia es que el retracto feudal perteneciente al señor en virtud de un derecho reservado, debido menos implícitamente por la enfeudacion, no ha de estar en poder del vasallo el hacerle accesible y facilitar su ejercicio con vender simultáneamente con su feudo otras cosas, al paso que no habiéndose concedido el retracto gentilicio sino por una pura gracia de la ley, esta gracia no debe coartar la libertad natural que cada uno debe tener de disponer de sus bienes de la manera que mejor le parezca, ni por consiguiente impedir que no pueda por mi comodidad vender mediante un mismo contrato y por un mismo precio mi finca sujeta al retracto juntamente con otras cosas; y el adquirente que no la hubiese comprado sin la finca que se le retrae, debe poder apremiar al retrayente á tomarlo todo ó nada, al objeto de indemnizarse debidamente.

210. Tal es el derecho comun. Hay sin embargo ciertas costumbres que se han separado del mismo para facilitar el ejercicio del retracto gentilicio. Tal es la costumbre de Meaux, la cual despues de haber dicho en el art. 104, que comprado *no está obligado el retrayente á recibir en parte fincas*

vendidas juntamente, añade en el artículo siguiente estas palabras: á no ser que el comprador hubiese comprado fincas (de un solo patrimonio) cuyo retrayente no hubiese venido, porque en este caso no estaría obligado el comprador á entregarlas ni el retrayente á tomarlas si no le conviniese.

La costumbre de Laon, art. 239, dice que el retrayente no debe ser compelido á quedarse lo que no es de su patrimonio ó abolengo, *á no ser que el comprador tenga grande interés y le sea engorroso el dejar una de las cosas sin la otra.*

211. De esta variedad de costumbres nace una cuestion. Mi pariente, mediante un mismo contrato y por un mismo precio ha vendido una finca patrimonial, situada dentro de la jurisdiccion de la costumbre de Melun, juntamente con un inmueble de la clase de las adquisiciones situado en Meaux; ¿puedo yo con ejercer el retracto de la finca de mi patrimonio situada en Melun cuya costumbre permite al adquirente obligar al retrayente á retraerlo todo ó nada, ser compelido por el adquirente á retraer tambien la finca situada en la jurisdiccion de la costumbre de Meaux que no impone tal obligacion al retrayente? Negativamente puede decirse que las disposiciones de las costumbres no se han hecho sino con relacion á las fincas situadas dentro de su territorio; por consiguiente la disposicion de la costumbre de Melun, que obliga al retrayente, cuando el adquirente lo requiere, á retraer con la finca cuyo retracto le compete todas aquellas que han sido vendidas por un mismo contrato, no puede concernir sino á las fincas vendidas por un mismo acto, situadas en su territorio, sin que pueda obligar al retrayente á quedárselas si se encuentran situadas fuera de su territorio. Afirmativamente se

alega que la razon ulterior por la que las costumbres sólo comprenden en sus disposiciones las fincas situadas dentro de su territorio, es porque no pueden ejercer imperio fuera de su territorio. Pero la costumbre de Melun, con ordenar que el pariente estará obligado á aceptar con la finca cuyo retracto le compete aquellas que han sido vendidas por un mismo acto, no ejerce su imperio sino sobre la finca cuyo retracto le concede, sin alcanzar á las demás vendidas con ella; tampoco crea ningun derecho sobre las mismas, ni las sujeta á retracto alguno, puesto que el comprador es dueño de guardárselas si así lo estima conveniente. La costumbre de Melun no hace otra cosa en virtud de esta disposición que imponer condiciones al derecho de retracto que la misma establece; luego hay que convenir necesariamente que teniendo facultad la ley de Melun de conceder ó de denegar el retracto de las fincas situadas en su territorio, ha debido por igual razon tener poder para fijar las condiciones que ha juzgado convenientes, y por consiguiente, la de tomar las fincas vendidas por el mismo acto, cualquiera que sea el lugar donde estén situadas. Nosotros nos inclinamos por la segunda opinion.

212. *Vice versa*, si mi finca patrimonial está situada en el territorio de la costumbre de Meaux, podré retraerla al mismo tiempo que la situada en el de la costumbre de Melun; porque toca á la costumbre donde la finca patrimonial está situada y cuyo retracto concede, el regular las condiciones bajo las cuales lo concede.

TERCER CASO.

213. Cuando mi pariente ha vendido por un solo y mismo precio su finca con otra de mi pertenencia, se pregunta si, reivindicando mi finca vendida con la de mi pariente, podría ejercer el retracto de la de mi pariente, reintegrando tan sólo en proporcion parte del precio y de los gastos legales del contrato. La razon de duda es que nadie puede estar obligado á hacer un imposible, puesto que imposible es *per rerum naturam* ser comprador de una cosa propia, l. 16 ff. de cont. empl., siendo lo mismo volverse comprador que ejercer el retracto. No puedo por consiguiente, ejerciendo el retracto de la finca de mi pariente vendida por un mismo precio con la mia, estar compelido á retraer la de mi propiedad; y desde el momento que no ejerzo el retracto sino en parte de lo que el contrato abraza, no puedo estar obligado al reembolso del precio y de los gastos legales del contrato más que en proporcion á la parte retraida, salvo á favor del comprador el recurso de garantía contra el vendedor por la finca de mi pertenencia que le fué vendida. No obstante tales razones, dede decidirse con Tiraqueau, § 23, gl. I, n.º 22, y Grimaudet, l. 10, que si el comprador ha comprado de buena fé una y otra finca mediante un mismo contrato, no podré retraer la finca de mi pariente sino indemnizando al adquirente de todo el precio y de todos los gastos legítimos del contrato, salvo el recurso que me compete contra el vendedor, por haber vendido en mala ocasion una finca de mi propiedad y haber percibido su precio. La razon de esta decision consiste en que cuando yo ejerzo el retracto de la fin-

ca de un pariente, aunque propiamente no pueda considerarse que retraigo igualmente la de mi pertenencia que le ha sido vendida juntamente con la otra, y que el comprador esté obligado á entregármela en virtud de la reivindicacion que de la misma formulo, basta que no quede nada al comprador de lo contenido en la venta que motiva el retracto para que deba indemnizarle de todo el precio y de todos los gastos legítimos del contrato, porque mi obligacion es indemnizarle completamente, y el querer obligarle á que recurra contra el vendedor para el reintegro del precio de mi finca, no seria indemnizarle. *Nec obstat* que yo no ejerza el retracto de esta última, porque cuando ha perecido una de las cosas comprendidas en el contrato, aunque no pueda retraer esta cosa que ya no existe, sin embargo si ejerzo el retracto de lo restante, debo reintegrar al comprador todo el precio juntamente con el montante de los gastos legales, porque basta que no le quede cosa alguna de la venta para que deba ser reembolsado del total, quedando completamente indemnizado.

214. Grimaudet, I, 10, exceptua el caso en que el comprador tuviese conocimiento al realizar la compra de que era de mi pertenencia la finca que se le vendió juntamente con la de mi pariente. En tal caso habiendo el comprador dejado comprender por su mala fé que sabia ser la finca de mi propiedad, no tendrá derecho á reclamarme al intentar el retracto los gastos legítimos del contrato por razon de mi heredad, debiendo en su lugar proceder contra el vendedor.

CAPÍTULO VII

En qué tiempo debe intentarse el retracto gentilicio.

215. Era de interés público al conceder á los parientes del vendedor el derecho de retracto gentilicio fijarles un tiempo corto durante el cual debiesen ejercerlo á fin de no impedir por mucho tiempo á los compradores de mejorar sus fincas por temor de ser éstas retraidas.

Veamos, pues, 1.º cuál es el tiempo. 2.º de cuándo empieza á correr. 3.º cuándo se considera que el pariente ejerce el retracto en el tiempo prescrito.

ARTÍCULO PRIMERO

Cuál es el tiempo regulado por las costumbres durante el cual debe ejercerse el retracto.

216. Las costumbres fijan diferentes tiempos: la de Auvergne lo fija en tres meses á contar desde el dia en que el comprador toma posesion real: la de Bourbonnois señala igual tiempo para retraer los inmuebles corporales, y seis meses para los derechos incorporales: la de Berry sólo concede sesenta dias despues del contrato: otras costumbres de Flandes sólo conceden cuarenta dias á contar desde la publicacion del contrato por el Tribunal. Hasta hay una que concede diez y siete dias y diez y siete noches á contar desde el *vest*, esto es, desde el emplazamiento del comprador.

La mayor parte de las costumbres fijan el tiempo de un año.

ca de un pariente, aunque propiamente no pueda considerarse que retraigo igualmente la de mi pertenencia que le ha sido vendida juntamente con la otra, y que el comprador esté obligado á entregármela en virtud de la reivindicacion que de la misma formulo, basta que no quede nada al comprador de lo contenido en la venta que motiva el retracto para que deba indemnizarle de todo el precio y de todos los gastos legítimos del contrato, porque mi obligacion es indemnizarle completamente, y el querer obligarle á que recurra contra el vendedor para el reintegro del precio de mi finca, no seria indemnizarle. *Nec obstat* que yo no ejerza el retracto de esta última, porque cuando ha perecido una de las cosas comprendidas en el contrato, aunque no pueda retraer esta cosa que ya no existe, sin embargo si ejerzo el retracto de lo restante, debo reintegrar al comprador todo el precio juntamente con el montante de los gastos legales, porque basta que no le quede cosa alguna de la venta para que deba ser reembolsado del total, quedando completamente indemnizado.

214. Grimaudet, I, 10, exceptua el caso en que el comprador tuviese conocimiento al realizar la compra de que era de mi pertenencia la finca que se le vendió juntamente con la de mi pariente. En tal caso habiendo el comprador dejado comprender por su mala fé que sabia ser la finca de mi propiedad, no tendrá derecho á reclamarme al intentar el retracto los gastos legítimos del contrato por razon de mi heredad, debiendo en su lugar proceder contra el vendedor.

CAPÍTULO VII

En qué tiempo debe intentarse el retracto gentilicio.

215. Era de interés público al conceder á los parientes del vendedor el derecho de retracto gentilicio fijarles un tiempo corto durante el cual debiesen ejercerlo á fin de no impedir por mucho tiempo á los compradores de mejorar sus fincas por temor de ser éstas retraidas.

Veamos, pues, 1.º cuál es el tiempo. 2.º de cuándo empieza á correr. 3.º cuándo se considera que el pariente ejerce el retracto en el tiempo prescrito.

ARTÍCULO PRIMERO

Cuál es el tiempo regulado por las costumbres durante el cual debe ejercerse el retracto.

216. Las costumbres fijan diferentes tiempos: la de Auvergne lo fija en tres meses á contar desde el dia en que el comprador toma posesion real: la de Bourbonnois señala igual tiempo para retraer los inmuebles corporales, y seis meses para los derechos incorporales: la de Berry sólo concede sesenta dias despues del contrato: otras costumbres de Flandes sólo conceden cuarenta dias á contar desde la publicacion del contrato por el Tribunal. Hasta hay una que concede diez y siete dias y diez y siete noches á contar desde el *vest*, esto es, desde el emplazamiento del comprador.

La mayor parte de las costumbres fijan el tiempo de un año.

217. Otras como la de Paris y de Orleans dicen *dentro el año y día*: pero por las palabras *y día* no hay que creer que concedan un día más que las demás costumbres que dicen simplemente *dentro el año*: su espíritu no es otro sino que conceden el término de un año, *el día del término exclusive*, desde el cual empieza á correr el tiempo, decidiendo de esta forma la famosa cuestión en otro tiempo suscitada por antiguos intérpretes, *an dies termini debeat computari in termino*.

Por ejemplo, en nuestra costumbre de Orleans en la que el tiempo del contrato corre desde el día de haberse registrado el contrato, si yo he comprado una finca el 1.º de Mayo de 1770, y que el contrato haya sido registrado el mismo día; aunque el último día del año, habiéndole empezado el primero de Mayo de 1770, sea el último día de Abril de 1771, la familia tiene no obstante todo el día primero de Mayo de 1771, porque la costumbre que no quiere sea contado el día primero de Mayo que es el día en que termina el año que empezó á correr, concede un día más, que es el primer día del término, el cual no debe contarse. Pero el día 2 de Mayo no sería ya tiempo hábil; véanse varios decretos citados por Duplessis y sus anotadores.

218. El año y un día que las costumbres señalan para tiempo del retracto, es un espacio de trescientos sesenta y cinco días, el día del término exclusive. Dicho tiempo se cuenta por días y no por momentos, por esto no importa la hora del día á que el contrato se haya registrado; aun cuando se hubiese registrado el primer día de Mayo de 1770 antes del medio día, la familia tendrá por esto todo el día primero de Mayo de 1771 para ejercer el retracto ó sea hasta al anochecer.

219. Obsérvese también que si el año es bisiesto, no debe contarse el día interpuesto, que es el 29 Febrero, en los trescientos sesenta y cinco días, porque cuando es cuestión de formar un año se supone que el último constituye un solo día con el precedente.

Nos falta observar que el tiempo prescrito por las costumbres para los efectos del retracto no puede ser restringido ni prorogado por acuerdo de las partes.

Es evidente que no puede restringirse por las partes, porque no pueden menoscabar el derecho de retracto segun vimos en el capítulo I, § 2.

220. Tampoco puede ser prorogado en tanto el retracto gentilicio tenga un tiempo más largo que el fijado por la costumbre, porque siendo las prescripciones de derecho público, su forma y por consiguiente el tiempo de su duración no pueden ser cambiados por convenios particulares, segun la regla: *privatorum pactis juri publico derogari non potest*.

Pero nada impide que una persona al vender su finca pueda hacerlo, afectándola al retracto en beneficio de su familia durante un tiempo más largo que el regulado por las costumbres para los efectos del retracto gentilicio, porque este retracto bajo cuya carga vende su finca, es un retracto convencional que no está sujeto ni al tiempo ni á las formalidades del retracto gentilicio.

ARTÍCULO II

Desde cuándo empieza á correr el tiempo señalado para ejercer el retracto.

221. Para que el tiempo del retracto pueda empezar á correr, es necesario ante todo que el derecho de retracto esté abierto y pueda ejercerse; véase lo dicho sobre la apertura del retracto, *supra*, cap. 4.º art. 4.º

Es necesario además, que se haya observado todo lo que la costumbre del lugar donde la finca esté situada y la ley de registro exijan para el curso del tiempo del retracto.

Por último, es necesario también que no exista ninguna otra causa que impida correr el tiempo del retracto.

§ I. *De lo que requieren las diferentes costumbres y el decreto sobre registro para hacer correr el tiempo del retracto.*

222. Las costumbres establecen entre sí importantes diferencias sobre los requisitos que exigen para hacer correr el tiempo del retracto.

Son varias las que quieren que el tiempo no empiece á correr sino desde el día en que el adquirente ha entrado en posesion real y actual de la finca; las costumbres de Dunois, art. 79, y la de Chartres, art. 67, pertenecen á este número.

La razon en que dichas costumbres se fundan, es que la familia del vendedor no se encuentra suficientemente enterada de la venta de la finca por el solo hecho de contrato que se ha autorizado, el cual

puede la familia ignorar. Para que no pueda alegar ignorancia ninguna, se hace indispensable que vea al adquirente en posesion de la finca.

De las palabras *posesion real y actual* se desprende que la posesion que el adquirente adquiere por medio de la tradicion fingida no es suficiente, segun dichas costumbres, para hacer correr el tiempo del retracto. Por ejemplo, cuando en virtud del mismo contrato de venta, ó mediante otro acto hecho separadamente, el adquirente alquila ó arrienda al vendedor la finca vendida, ó cuando el vendedor se ha retenido el derecho de usufruto, ó si en virtud de una cláusula de constituto, ha declarado lo retendria en adelante para y en nombre del adquirente; aunque el adquirente tome posesion de la finca por ministerio del vendedor por cualquiera de estos medios, y la posea por el vendedor, quien tan sólo la retiene en nombre del adquirente en clase de inquilino ó arrendatario, ó como poseyéndola precariamente ó á título de usufruto, sin embargo, en todos estos casos, esta posesion del adquirente no es suficiente segun dichas costumbres para hacer correr el tiempo del retracto. Esta posesion no es una posesion real y actual del adquirente porque no se le ve en posesion, al contrario á quien se ve disfrutar de la finca es al vendedor; y el arrendamiento ó inquilinato que se ha otorgado á su favor, así como los restantes actos de los cuales se desprenda que posea la finca para y en nombre del adquirente, constituyen actos que la familia puede ignorar igualmente como el mismo contrato de venta.

223. Es una posesion real y actual inequívoca cuando el mismo comprador ocupa la casa que se le ha vendido, ó la administra por sus propias ma-

nos. Tampoco es inequívoca cuando gozando el mismo vendedor de la finca vendida, le ha sido quitado su disfrute y la ha alquilado ó arrendado á un tercero.

Quando el que permanece en el goce de la finca es el mismo inquilino ó arrendatario, que tenia la finca del vendedor, como que el comprador ha adquirido la finca bajo la condicion de conservar el arrendamiento es necesario que éste vaya á tomar posesion real en la misma finca, ó en su defecto comisione á alguno para que lo haga de su parte, haciendo que los inquilinos ó arrendatarios le reconozcan por propietario de la finca, ó que haya llevado á efecto otros actos que hagan conocer su posesion, de manera que no quede motivo á ignorancia alguna.

224. En el Dunois los adquirentes que temen el retracto acostumbra á constituirse en la finca personalmente ó por medio de apoderado requiriendo á un notario para que levante acta en presencia de testigos de la toma de posesion. Este acto no es en dicha costumbre de absoluta necesidad para hacer correr el tiempo del retracto puesto que es una formalidad que no exige. Cuando la posesion real del comprador no puede ser equívoca como cuando goza por sí mismo de la finca comprada, dicho acto es completamente inútil y supérfluo: puede sin embargo ser útil para justificar la posesion real del adquirente en aquellos casos que pudiese ser revocada ó declarada dudosa.

225. Algunas costumbres no se contentan con la posesion real del comprador para hacer correr el tiempo del retracto, y exigen que se haga levantar acta de la misma por un notario en presencia de testigos. Tal es la de Châteauneuf, art. 77; la de

la Marche art. 263, etc. En el territorio de estas costumbres dicha acta es indispensable para hacer correr el año del retracto. El motivo que estas costumbres aducen es impedir pleitos sobre la cuestion de hecho, es decir, sobre si el comprador estaba ó no en posesion real.

226. Otras costumbres hay que por idéntico motivo requieren otras formalidades para hacer correr el tiempo del retracto. Por ejemplo, la de Normandia, art. 452, y art. 455, hace correr el tiempo del retracto desde el dia de la lectura y publicacion del contrato de venta que deberá verificarse el domingo en la puerta de la iglesia parroquial del lugar donde la finca está situada al salir de misa, cuyo acto deberá ser redactado por el cura párroco, vicario ó escribano cartulario y firmado por cuatro testigos.

227. Con respecto á las fincas feudales, algunas costumbres no hacen correr el tiempo del retracto sino desde el dia que el comprador ha prestado homenaje; y relativamente á las gravadas con censo, desde el dia que se ha hecho poner en posesion por el señor directo. La costumbre de Paris, art. 138, es de este número.

Si el que hubiese hecho la adquisicion fuese el mismo señor ó si la finca estuviera en franco-alodio, la costumbre de Paris, art. 132 y 159, quiere que en este caso se publique judicialmente el contrato y se registre en la correspondiente real audiencia para que el tiempo del retracto empiece á correr.

228. Aunque la costumbre de Paris y otras varias dicen que el tiempo del retracto corre desde la prestacion de fidelidad, hay motivo sin embargo para opinar que corre igualmente desde el que

el adquirente se ha constituido en vasallo, ó desde el día que ha ofrecido debidamente sus servicios.

Dichas costumbres exigen esto sólo porque juzgan que el adquirente no ha tomado la debida posesion real en tanto no haya recibido la investidura de parte del señor; pero el hecho de haber entrado el adquirente en las funciones de vasallo como igualmente los ofrecimientos hechos en la forma legal, equivalen á la prestacion de homenaje y á la investidura; deben por consiguiente hacer correr el tiempo del retracto. Nuestra costumbre, art. 364, contiene disposiciones formales sobre el caso y debe servir de interpretacion á las demás costumbres que nada han legislado sobre la materia. Pero la carta de pago de los beneficios no puede equivaler á la prestacion de homenaje ni á la toma de posesion dada al censatario por el señor, ni por consiguiente hacer correr el tiempo del retracto; Decreto de 1605, citado por Ricard.

Cuando hay muchos coseñores por indiviso, basta que el adquirente haya hecho la prestacion de homenaje ó haber sido puesto en posesion por uno de ellos. Es la opinion de Ricard sobre la costumbre de Paris.

229. Por último, hay costumbres que no exigen ninguna formalidad para hacer correr el tiempo de retracto, haciéndolo correr desde el momento en que éste queda abierto y desde el día del contrato; las costumbres de Sens, Auxerre y otras varias pertenecen á este número.

Nuestra costumbre de Orleans, art. 363, hace igualmente correr el tiempo del retracto desde el día del contrato, exceptuando tan sólo el referente á fincas tomadas en feudo, con respecto á las cuales el tiempo del retracto no corre sino desde el día en

que el comprador se ha constituido en vasallo, prestado fidelidad, ú ofrecido debidamente sus servicios; art. 364.

230. El decreto sobre registros de 1704, prescribe que el tiempo del retracto no debe correr sino desde el día del registro.

Esta ley rige en todo el reino y en las costumbres que hacian correr el tiempo del retracto desde el día del contrato: segun esta ley, ya no puede empezar á correr más sino desde el día del registro. Por lo demás, dicha ley no dispensa de la observancia de las demás formalidades que las diferentes costumbres requieren para hacer correr el tiempo del retracto, que empieza á correr desde que el comprador las ha llenado cumplidamente, tanto las mandadas observar por el decreto en cuestion, como las que las costumbres exigen.

231. La certificacion de registro, firmada por el tabelion de los registros al final de la minuta del acto, y la mencion que del mismo se ha hecho en la sumaria de los autos, no suple el registro al efecto de hacer correr el tiempo del retracto cuando no se halla efectivamente inscrito en el registro por descuido del escribano cartulario en inscribirlo en el mismo: las formalidades son de rigor; el adquirente ha debido asegurarse de ello por medio del mismo registro. Así opina Grimaudet, IX, 15, Vigier y otros muchos. Únicamente tiene lugar en este caso una accion de daños y perjuicios contra el escribano que le ha inducido á error y contra los arrendadores de rentas y contribuciones públicas por ser responsables de las faltas de los empleados de las oficinas por ellos propuestos, *utilio actione institutoria*; Vigier, Vaslin, etc. Pero si el registro correspondiente á dicho tiempo hubiese

sido presa de las llamas, ó no se encontrase por cualquier otra causa, la certificacion extendida al final de la minuta haria fè.

232. La falta de registro impide correr el tiempo del retracto aun en frente de los parientes presentes en el acto del contrato, los cuales podrian oponer la falta de este requisito.

233. Cuando se ha vendido una finca garantizándola despues al propietario; aunque no sea costumbre registrar los actos de ratificacion, si el contrato se ha registrado antes de verificarse la ratificacion, y que consecuentemente se pueda tal vez sostener que la anotacion de este acto no es necesaria para hacer correr el tiempo del retracto, será sin embargo más seguro registrar ratificacion y venta, porque si se ha puesto la finca fuera de la familia y dádose lugar al retracto, es en virtud de esta ratificacion.

234. El dolo de los contratantes por el que se priva á la familia de venir en conocimiento del contrato que da lugar al retracto, es una causa que impide de correr el tiempo del retracto, porque para la familia lo mismo es que no se haya abierto el retracto como que se ignore su apertura.

Por esto, si se ha disfrazado el contrato de venta bajo la falsa apariencia de un contrato no sujeto al retracto, y que mucho tiempo despues se haya encontrado la contra-escritura descubriendo el fraude, el tiempo del retracto no habrá corrido hasta el descubrimiento del fraude. El año del retracto empieza á correr al menos desde el día de haberse descubierto. A mi juicio, creo que no; porque no siendo el acto que se ha manifestado el verdadero contrato de venta que las partes han estipulado juntas, sino que por el contrario viene á ser el pretexto de que

se han servido para ocultarlo, no se llenado, con haberlo registrado, la formalidad de inscripcion del contrato de venta requerida para hacer correr el año del retracto. Así es que, á menos que inscribiera igualmente en el registro la contra-escritura, que es el acto que encierra el contrato de venta, el año del retracto no corre, no pudiéndose extinguir el derecho al mismo sino por la prescripcion de treinta años.

235. Si, sin disfrazar el contrato, se han puesto en juego ciertos amaños con objeto de que la familia no tenga conocimiento del mismo, por ejemplo, si el vendedor con el solo deseo de ocultar la venta ha dado á comprender de que permanecia en posesion de la finca y percibia sus frutos, los cuales entregaba secretamente al comprador; de que hacia reparaciones, pero haciéndose indemnizar tambien secretamente por el comprador, el año del retracto no debe correr mientras duran estas simulaciones aunque el contrato hubiese sido debidamente registrado; porque aun cuando el registro sea público, no se va á consultarlo si no hay motivo de sospecha; y el adquirente que ha practicado tales maquinaciones para ocultar á la familia la adquisicion de la finca, no tiene derecho á decir al retrayente que ha debido tener conocimiento de la misma por medio del registro.

Por lo demás, el juez hará de modo de no admitir sin la precaucion que el caso requiere la prueba de los hechos que se quieran hacer pasar por maquinaciones practicadas al objeto de ocultar á la familia el contrato de venta: es necesario que estos hechos sean tales que el fraude salte á la vista: *Dolum ex perspicuis indiciis probari convenit;* l. 6, Cod. de dol. mal.

§ II. De las demás causas que impiden ó no impiden correr el tiempo del retracto.

236. Se ha suscitado la cuestion si la facultad de redencion impide correr el tiempo del retracto mientras subsiste.

Las costumbres de Berry, tít. 13, art. 9, y de Auvergne, t. 23, art. 13, lo deciden negativamente.

La razon de esta decision es que la venta hecha á carta de gracia es pura y simple; la cláusula ó pacto de retro sólo es una cláusula resolutoria: *pure fit venditio, sed sub conditione resolvitur*. Esta cláusula no impide que haya lugar al retracto para mientras subsista la facultad ó derecho de redimir; por consiguiente tampoco debe impedir que corra el tiempo del retracto; porque, segun el derecho comun, el tiempo en que debe ejercerse un derecho corre desde que quedó y pudo quedar abierto. Esta razon en sí muy jurídica, debe ser tomada en consideracion por aquellas costumbres que han permanecido mudas sobre la materia: hay sin embargo varios autores que opinan lo contrario; Duplessis y sus anotadores.

237. Varias costumbres, á cuyo número pertenece la nuestra de Orleans, han abrazado la opinion contraria; y dice, art. 193, que cuando una finca se vende á carta de gracia hay lugar al lugar al retracto durante todo el tiempo que dura el derecho de redimir y tambien durante el año y dia de haberse extinguido dicha facultad.

A lo dicho añade la costumbre, tanto si el expresado pacto de retro se ha acordado dentro como fuera del contrato de venta, antes como despues,

con el bien entendido que el comprador no haya tardado en conceder al vendedor esta facultad de redimir despues de espirar el año del retracto; porque esta facultad puede muy bien impedir de correr el tiempo del retracto mientras subsista el derecho de retracto; pero es evidente que no puede hacerle revivir una vez extinguido.

A mi juicio, toda la razon de la opinion que nuestra costumbre ha abrazado se concentra en el valor del derecho de retracto, toda vez que las costumbres no le han señalado tiempo corto, ni le han sujetado á la prescripcion anual sino en razon á ser de interés público el que los compradores no se vean imposibilitados por demasiado largo tiempo de considerarse poseedores incommutables. Si por otra parte no puede el comprador reputarse propietario incommutable por impedirlo el derecho de redimir al que está sugeto, cesando en tal caso la causa por la que la costumbre estableció la prescripcion, ésta no correrá.

238. Aunque nuestra costumbre de Orleans señala un año y un dia para ejercer el retracto á contar desde el dia en que espiró la facultad de redimir, no hay que colegir de esto que si la facultad que nos ocupa hubiese durado treinta años tendrian todavía los parientes un año y un dia despues de haber espirado los treinta años para ejercer el retracto; porque la costumbre no ha entendido suspender por medio de dicho artículo más que la prescripcion del año y del dia, y no la prescripcion de treinta años que extingue todas las acciones, y lo mismo la del retracto gentilicio como las demás. Para que el tiempo de esta prescripcion de treinta años corra, basta que la accion del retracto haya sido abierta: luego lo habrá sido desde el dia del

contrato, y los parientes han podido desde entonces ejercerlo.

239. Pero yo no participo del parecer de M. Vaslin, quien opina que la prescripcion de un año y un dia no está suspendida sino durante el tiempo estipulado para redimir la finca, y no durante la prorogacion que tiene lugar caso de no hacer caer el adquirente de dicho derecho al vendedor. Las razones que hemos alegado relativamente al tiempo de la convencion militan igualmente, y aún más si cabe, en cuanto al tiempo de la prorogacion, puesio que el comprador debe imputarse haber demorado en obtener la sentencia de caducidad ó prescripcion del derecho en cuestion. El fundamento que M. Vaslin alega en apoyo de su opinion es que la jurisprudencia ha concedido esta prorogacion del derecho de redimir en beneficio del vendedor, y que los parientes no pueden aprovecharse del mismo; pero por igual razon la facultad de redimir no es que se haya estipulado en el contrato exclusivamente en favor del vendedor, lo que no impide que los parientes se aprovechen del mismo.

240. No hay que hacer extensiva la decision de este artículo á todos los compradores que se encuentran en el caso de temer una eviccion, como los que hubiesen comprado fincas de un menor. La diferencia que se nota es que estos últimos pueden llamarse poseores incommutables, y pretender ó solicitar medios para defenderse si son turbados en su posesion; al paso que el que ha adquirido á carta gracia no puede conducirse como tal, ya que su título se resiste á ello. Por otra parte, conteniendo la decision de este artículo un derecho singular, *jus singulare*, contrario al principio general que

hace correr las prescripciones establecidas contra toda clase de acciones desde el dia que quedan abiertas y han podido ejercerse, esta decision no es susceptible de extension y debe ser restringida en el caso del artículo en cuestion.

241. De donde se colige que el tiempo del retracto no deja de correr durante la sustanciacion de la causa que el comprador sigue contra el vendedor sobre la validez del contrato, ó contra cualquier otro sobre la propiedad de la finca, aunque la incertidumbre del éxito de una causa impida el poderse considerar durante dicho tiempo como propietario incommutable. No debe estar en poder del vendedor con entablar contra el adquirente una causa injusta, el prolongar en su contra el tiempo del retracto; tampoco permite la equidad el que los parientes hagan caer sobre el adquirente los gastos y las incomodidades de una causa larga, y vengan luego despues de haberla ganado á recejer el fruto por medio del retracto *quasi ad paratas epulas*. Procede, pues, no obstante la causa, el que los parientes ejerzan el retracto dentro del año contra el adquirente, continuar la demanda en su lugar y reembolsarle de los gastos que lleve hechos.

Grimaudet, IX, 19, me parece exceptúa inoportunamente el caso en que un pariente hubiese entablado dicha causa contra el adquirente, pretendiendo que la causa suspende en su favor el año del retracto, toda vez que no ha podido intentar la accion durante se sustanciaba para determinar la propiedad de la finca, de donde se colige que el pariente puede, en caso de perder el pleito, presentar la demanda del retracto dentro del año y un dia de haberse terminado la causa. Esta opinion no me parece razonable. Una causa injusta que el parien-

te ha seguido contra el adquirente, no le debe resultar provechosa, y hacer prorogar en su favor el tiempo del retracto. Por otra parte, el tiempo corre contra la familia en general y no contra un pariente determinado; de donde se sigue que las razones personales que puede alegar un individuo de la familia no deben impedir de que corra.

242. La apelacion que se interpone de una sentencia obligada tampoco suspende el tiempo del retracto á que ha dado lugar la adjudicacion: el retrayente que quiere tomar para sí la venta debe aguantar la causa como una carga á la misma inherente. Brodeau, art. 150 de Paris, cita tres sentencias que lo resuelven del modo mencionado.

243. El seguimiento de una sentencia voluntaria que un adquirente efectua, segun la facultad estipulada en el contrato de adquisicion, deja tambien de suspender el tiempo del retracto á que ha dado apertura el contrato de venta; Orleans, art. 401.

244. Por último, la menor edad de un pariente tampoco impide de correr el tiempo del retracto: la costumbre de Paris, art. 131, la de Orleans art. 366, y otras muchas, lo disponen así: *el año del retracto, dicen, corre lo mismo contra el menor que contra el mayor de edad, sin esperanza de restitucion.*

Esta decision tiene lugar aun cuando el menor hubiese sido privado de tutor; tambien tiene lugar contra los parientes que se hubiesen ausentado para servir al rey; decreto del 6 Marzo de 1552, citado por Lalande.

Las razones de esta decision son: 1.^a que habiéndose concedido el retracto á favor de la familia en general, es más propio que corra más contra la familia en general que contra una persona determi-

nada de la misma. 2.^a el beneficio de la menor edad, ó la ausencia por causa del servicio del rey, debe ceder á la razon que ha hecho restringir á un tiempo corto el tiempo del retracto; porque esta razon nace de un interés público que no permite que los adquirentes se vean imposibilitados de mejorar sus bienes á causa de una incertidumbre de su adquisicion.

245. Varios autores expresan que el año del retracto no corre contra el menor cuando el adquirente es su mismo tutor, porque entonces deberia hacer ejercer el retracto contra él si así lo exigiese el interés del menor, *quia a se exigere debuit*, dicen Duplessis y sus anotadores. Más acertado me parece decir que el año del retracto corre, pero que si fuese de creer que el tutor tenia entonces fondos del menor y que interesase á éste que aquél hubiese hecho nombrar curador al menor para ejercer el retracto, una vez que el menor haya llegado á la mayor edad, podrá en tal caso, no en virtud de la accion del retracto gentilicio que queda extinguida, sino por la accion de tutela *actione tutelæ*, hacerse entregar la finca como si el retracto se hubiese efectivamente ejercido en favor del menor á tiempo por un curador nombrado *ad hoc* contra su tutor; porque un menor, segun los principios del derecho, puede en virtud de la accion de tutela exigir de su tutor todo lo que el tutor debia exigirse á sí mismo en beneficio de su menor: *tenetur tutela iudicio, in id quod á se exigere debuit*: lo cual es una consecuencia del siguiente principio: *quod adversus alium præstare debet tutor, pupillo suo id adversus se quæ præstare debet*: l. 9, § 3. ff. de adm. tut.

ARTÍCULO III

¿Cuándo se considera que el pariente ejerce el retracto en el tiempo prescrito?

246. Según el derecho comun, un demandante en accion de retracto gentilicio, lo propio que en toda otra clase de accion, se considera ejerce su derecho y su accion en el tiempo prescrito por la ley, cuando el emplazamiento de la demanda ha sido efectuado antes de espirar dicho tiempo, aunque fuera el último dia.

La costumbre de Paris, art. 130, y algunas otras se han separado de este principio: dichas costumbres no se contentan con que el emplazamiento de la demanda en retracto se haya hecho dentro del año y un dia señalado para ejercer el retracto, sino que exigen además que el dia en que se extiende la citacion esté igualmente comprendido dentro del año y dia expresados: si cayese despues de haber espirado dicho término, el pariente quedaria excluido segun lo prescrito por dichas costumbres por no haber ejercido su retracto en el tiempo señalado. Como que estas costumbres son contrarias al principio general, no pueden tener imperio fuera de su territorio.

247. Cuando hay varios adquirentes ó varios herederos de un mismo adquirente, siendo la accion de retracto una accion divisible (supra, cap. 2) si el pariente ha presentado la demanda de retracto dentro del año, y un dia tan sólo contra uno de ellos, habrá ejercido su derecho de retracto en el tiempo prescrito por la parte de aquel contra quien

la haya dirigido; pero quedando decaido de su derecho con respecto á las partes á los demás correspondientes.

248. Según nuestra costumbre de Orleans, artículo 368, cuando el adquirente no tiene su domicilio dentro del territorio de la misma, se faculta á los parientes para que puedan dirigir la demanda contra los ocupadores, es decir, contra los arrendatarios ó conserjes de las fincas, los cuales tienen obligacion de indicar el nombre y el domicilio del adquirente para que el pariente pueda proceder contra él y emplazarle en su propio domicilio. Presentando esta demanda contra el que tiene la finca, presúmese que el pariente ha ejercido su derecho dentro del año y un dia, por más que la demanda contra el adquirente no se haya presentado sino despues de haber terminado el plazo referido; de forma que la demanda estará bien presentada siempre que la presentacion haya tenido efecto dentro del tiempo que el juez haya tenido á bien señalar, habida consideracion á la distancia de los lugares, oido el parecer del detentor.

349. Cuando no hay quien detenga la finca como en el caso de ser una pieza de tierra yermo que forma el objeto de la adquisicion, el pariente que no tenga conocimiento del domicilio del adquirente puede valerse de los pregones públicos que propone la costumbre de Berry, tit. 14, art. 8; de manera que por medio del edicto hecho dentro del año y dia prescritos, se presume igualmente que el pariente ha ejercido el retracto dentro del tiempo expresado. Sobre el caso hay que atenerse y conformarse con lo que el uso establezca si lo hay.

Quando hay varios adquirentes, de los cuales unos tienen su domicilio en el territorio de Orleans

y los demás en otro, se considera que el pariente en virtud de la demanda presentada contra el detentor de la finca ha ejercido el derecho de retracto por las partes de aquellos que no tienen su domicilio dentro del territorio; pero no se considera que lo ha ejercido en cuanto á las partes de aquellos que tienen en él su domicilio, á quienes deberá emplazar dentro del tiempo del año y un día en su propio domicilio, sopena de ser decaído del derecho correspondiente á su parte.

250. Si el adquirente, antes de entablarse contra él la demanda en retracto, ha enagenado la finca sujeta al retracto, como que los parientes pueden muy bien ignorar esta enagenación, la costumbre de Orleans ha dispuesto muy sabiamente en el artículo 369 que el pariente debe ser considerado haber ejercido el retracto en el tiempo prescrito del año y un día en virtud de la demanda presentada contra el adquirente, y aún contra un tercer detentor, aunque la demanda presentada contra éste data de una fecha posterior á dicho tiempo, siempre que la presentación se verificase dentro de los cuarenta días siguientes al conocimiento que de la misma haya dado el adquirente.

Cuando hay varios adquirentes que hayan todos enagenado en beneficio de un tercero, el emplazamiento hecho contra uno de ellos interrumpe por el total la prescripción anual contra el tercero, aunque, si no hubiesen enagenado, el emplazamiento hecho contra uno de ellos no lo hubiese interrumpido sino en parte. La razón es que la demanda entablada contra uno de los adquirentes que han enagenado la finca á favor de un tercero, no es otra cosa que una simple protesta de proceder contra dicho tercero que el pariente no conoce; y esta

protesta queda igualmente justificada por la demanda dirigida contra uno de ellos, como por la presentada contra todos.

ARTÍCULO IV

De la naturaleza y del efecto de la prescripción contra el retracto.

251. La prescripción contra el retracto es diferente de las prescripciones contra las demás obligaciones.

Cuando las obligaciones son perpétuas por su naturaleza y no han sido contraídas para durar poco tiempo, las prescripciones resultantes del transcurso de tiempo regulado por la ley que el deudor adquiere contra las obligaciones y contra el derecho del acreedor, son prescripciones que no extinguen la obligación; lo que hacen estas prescripciones, mientras subsisten, es hacerla presumir tan sólo satisfecha, proporcionando al deudor una excepción contra la acción del acreedor. Estas prescripciones pueden cubrirse y ser destruidas por medio del reconocimiento ó pago que el deudor hiciese de la deuda. Véanse las prescripciones en cuestión en nuestro *Tratado de las obligaciones*, n.º 676 y siguientes.

Pero cuando una obligación se ha contraído tan sólo para subsistir cierto tiempo, en tal caso, según los principios de nuestro derecho francés, que difiere en este punto de la sutilidad del derecho romano, la prescripción que resulta del transcurso de dicho tiempo no opera únicamente, como aquellas de que nos acabamos de ocupar, una simple

excepcion contra la accion del acreedor, sino una extincion de la deuda que la destruye completamente sin dejarla revivir más; Véase nuestro *Tratado de las obligaciones*, núm. 671.

Tal es la naturaleza de la prescripcion en materia de retracto. El derecho de retracto que la ley concede á la familia es tan sólo por un tiempo limitado: la obligacion que el adquirente contrae de entregar la finca á los parientes no dura más que el tiempo manifestado, y uno y otra se extinguen de pleno derecho por el transcurso del tiempo que llevamos dicho.

252. Se desprende de los principios sentados, que la demanda de retracto gentilicio presentada por un pariente despues del año y un dia señalados, sería una demanda destituida de todo derecho, y parecida á la entablada por un pariente que no es de la línea de donde la finca procede: porque lo mismo es no tener más el derecho que se tuvo, que no haberlo tenido nunca.

253. Tenemos por consiguiente que la entrega de la finca hecha al pariente por el comprador en virtud de una demanda parecida no deberia pasar por un retracto que el pariente hubiese ejercido, sino por una nueva venta hecha por el adquirente á favor del pariente.

254. Esta decision debe tener lugar muy especialmente con respecto á terceras personas, por cuyo motivo tendremos; 1.º que la entrega hecha en virtud de semejante demanda no libra al adquirente con relacion al señor de la utilidad debida á causa de la venta que se hizo á su favor si es que todavia no ha sido satisfecha. 2.º Da lugar á una segunda utilidad á causa de dicha entrega que es considerada como una nueva venta que el compra-

dor hace al pariente. 3.º La finca se transmite al pariente juntamente con todas las hipotecas y demás derechos reales de que la finca ha sido gravada por dicho comprador; porque habiendo el transcurso del tiempo del retracto perfeccionado el derecho de propiedad del comprador y no estando sujeto á rescision ninguna á causa del retracto, ha hecho igualmente irrevocables los derechos de hipoteca y demás que las mismas personas tienen de parte del adquirente, no pudiendo este despojarles de los mismos con reconocer un pretendido derecho de retracto que ya no existe.

255. No es tan sólo enfrente de terceras personas el que la entrega de la finca hecha por el adquirente á favor del pariente en virtud de una demanda en retracto presentada despues de espirar el año y dia señalados, no pase por un retracto; no lo es en si mismo porque desde antes de la demanda habia ya dejado de existir el derecho de retracto. Por esto, la finca dejada en virtud de tal demanda será en la persona del pariente una pura adquisicion: carecerá de la condicion de propia que habria tenido, al menos *secundum quid*, si hubiese sido un verdadero retracto: el que herede las fincas propias no podrá pretender se le incluya en la sucesion del pariente, no siendo tampoco sujeta al retracto caso de ser revendida.

256. El pariente no podrá con todo sostener contra el adquirente que le ha concedido el plazo sobre la demanda en retracto, que este plazo no es un retracto sino una venta que obliga al adquirente para con él á garantirse de toda eviccion, porque no puede por sí impugnar la forma del retracto de que se ha servido para adquirir la finca, ni exigir al adquirente que le ha concedido el plazo otra garantía

de las demás evicciones que de aquellas que nacieran de sus hechos; la forma que el mismo pariente ha escogido, prueba que ni él ha tenido intencion de estipular con el adquirente semejante garantía, ni el adquirente de obligarse á prestarla.

257. Si el adquirente, en virtud de la presentación de la demanda y despues de espirar el año y día señalados, ha dejado de reconocer el retracto, pero ha dejado condenarse á entregar la finca, si fuese seguro que la demanda no se presentó sino despues del año, tal sentencia debe pasar por colusoria con respecto á terceras personas, sin poder prejuzgar sus derechos.

Però siendo cuestionable si la demanda se presentó ó no dentro del año, y si el adquirente cumplió con los requisitos necesarios para hacerla cursar, las terceras personas no podrán impugnar la sentencia y renovar la causa. La demanda en cuya virtud ha mediado la sentencia de adjudicacion de retracto debe presumirse haber sido entablada dentro del año, sobre todo cuando la sentencia es contradictoria, á menos que la colusion no fuese evidente, en términos que pudiera justificarse incontinentemente, y sin necesidad de renovar por esto la causa.

Però en el caso que la sentencia se hubiese dado en rebeldía, ó aun reconocidose el retracto sin mediar sentencia, no hay que dar crédito á lo dicho por las terceras personas cuando existe motivo para sostener que el tiempo del retracto no corria cuando la presentación de la demanda.

ARTÍCULO V

Si hay un tiempo extraordinario para las instancias desiertas de retracto, y de la apelacion de las sentencias denegando el derecho de retracto.

258. Es una máxima fundada en varios antiguos decretos, y en la autoridad de los que han escrito sobre la materia del retracto, el que la demanda de retracto gentilicio y todas las demás acciones anuales caducan al cabo del año si durante el mismo no han sido contestadas.

La ordenanza de Rousillon y el decreto de 1692, que declaran que todas las instancias, aunque no contestadas caducan al cabo de tres años, no deben entenderse sino como acciones ordinarias y no como anuales, toda vez que su espíritu tiende á abreviar el tiempo de las instancias desiertas y no para prolongarlo. Però si estas acciones han sido contestadas no se extinguen sino al cabo de tres años.

259. Algunos autores han escrito que el pariente no puede apelar de la sentencia que le ha denegado el retracto despues del año transcurrido á contar desde la fecha de dicha sentencia. Esta es la opinion de Brodeau sobre el art. 130 de Paris que Lemaitre aprueba, conviniendo sin embargo en que esta opinion es de resolucion bastante difícil. La razon en que se funda es que no es equitativo que el retrayente despues de habérsele denegado el retracto, disponga de más tiempo para ejercerlo, apelando de la sentencia, que no para presentar la demanda del retracto. Esta razon no es á mi juicio decisiva: la ordenanza de 1767 que regula el tiem-

po durante el cual se podrá apelar de las sentencias, es una ley general que abraza todas las sentencias cualquiera que sea la materia sobre que trata; así es que sería necesaria la existencia de una disposición precisa para exceptuar de la ley general las sentencias de denegacion de retracto. Las disposiciones de las costumbres quedan enteramente cumplimentadas cuando la demanda de retracto gentilicio ha sido entablada durante el tiempo que las mismas han señalado al efecto.

CAPÍTULO VII

De la forma en que se ejerce el retracto.

260. El retracto se ejerce mediante un emplazamiento de la demanda que el pariente que retrae debe dirigir contra el comprador ó tercer detentor, ante juez competente, para que le haga entrega de la finca, con promesa de reintegrar al comprador el precio de su adquisicion y los gastos legítimos que hubiese satisfecho.

261. Cuando el pariente es un menor bajo la autoridad de tutor, la demanda de retracto, lo propio que las demás acciones, el pedimento debe extenderlo el tutor ó curador en calidad de tal de dicho menor. Si es un menor emancipado, debe presentarse á su instancia asistido de su curador.

262. Si es una mujer bajo el poder del marido, la demanda puede ser presentada, segun disposicion de algunas costumbres, no sólo por el marido conjuntamente, si que tambien por el marido solo, siempre que la dirija en calidad de marido de fulana de tal. Pero con respecto á nuestras costumbres de

Paris y de Orleans, me parece que la demanda no sería competentemente presentada por el marido, quien sólo puede ejercer las acciones muebles y posesorias de la mujer, y de ninguna manera las inmuebles, tal como la del retracto.

263. Cuando el retracto se ejerce por hijos que están bajo el poder paterno, la demanda se presenta por el padre en su calidad de legítimo administrador de los derechos y acciones del hijo que ejerce el retracto. Esto tiene lugar aun cuando el padre fuese el vendedor de la finca cuyo retracto se ejerce. En otro tiempo el padre emancipaba en tal caso á su hijo *ad unum actum* con objeto de ejercer el retracto haciéndole nombrar un curador *ad hoc*, quien entablaba la demanda. Este procedimiento se observa todavía en algunas provincias como la de la Rochelle, segun nos atestigua M. Vaslin, pero en Paris y Orleans no se usa ya en la práctica por inútil, é intenta la accion el mismo padre como administrador de los derechos de su hijo.

264. Cuando la demanda de retracto se presenta en nombre de un hijo que no ha nacido todavía, debe presentarla un curador nombrado *ad hoc*.

265. Siendo esta accion una accion personal, si es intentada contra el comprador (*supra* cap. 2.) será juez competente el del lugar del domicilio del mismo comprador. Algunas costumbres sin embargo conceden á los parientes la facultad de elegir entre el juez del domicilio del comprador y el del lugar donde está situado; pero dichas disposiciones son locales y no deben ser seguidas por las costumbres que nada ha legislado sobre el caso. Lalande, sobre el art. 367 de la costumbre de Orleans y los anotadores de Duplessis citan varios decretos que lo resuelven del modo dicho. La razon es, que la

po durante el cual se podrá apelar de las sentencias, es una ley general que abraza todas las sentencias cualquiera que sea la materia sobre que trata; así es que sería necesaria la existencia de una disposición precisa para exceptuar de la ley general las sentencias de denegacion de retracto. Las disposiciones de las costumbres quedan enteramente cumplimentadas cuando la demanda de retracto gentilicio ha sido entablada durante el tiempo que las mismas han señalado al efecto.

CAPÍTULO VII

De la forma en que se ejerce el retracto.

260. El retracto se ejerce mediante un emplazamiento de la demanda que el pariente que retrae debe dirigir contra el comprador ó tercer detentor, ante juez competente, para que le haga entrega de la finca, con promesa de reintegrar al comprador el precio de su adquisicion y los gastos legítimos que hubiese satisfecho.

261. Cuando el pariente es un menor bajo la autoridad de tutor, la demanda de retracto, lo propio que las demás acciones, el pedimento debe extenderlo el tutor ó curador en calidad de tal de dicho menor. Si es un menor emancipado, debe presentarse á su instancia asistido de su curador.

262. Si es una mujer bajo el poder del marido, la demanda puede ser presentada, segun disposicion de algunas costumbres, no sólo por el marido conjuntamente, si que tambien por el marido solo, siempre que la dirija en calidad de marido de fulana de tal. Pero con respecto á nuestras costumbres de

Paris y de Orleans, me parece que la demanda no sería competentemente presentada por el marido, quien sólo puede ejercer las acciones muebles y posesorias de la mujer, y de ninguna manera las inmuebles, tal como la del retracto.

263. Cuando el retracto se ejerce por hijos que están bajo el poder paterno, la demanda se presenta por el padre en su calidad de legítimo administrador de los derechos y acciones del hijo que ejerce el retracto. Esto tiene lugar aun cuando el padre fuese el vendedor de la finca cuyo retracto se ejerce. En otro tiempo el padre emancipaba en tal caso á su hijo *ad unum actum* con objeto de ejercer el retracto haciéndole nombrar un curador *ad hoc*, quien entablaba la demanda. Este procedimiento se observa todavía en algunas provincias como la de la Rochelle, segun nos atestigua M. Vaslin, pero en Paris y Orleans no se usa ya en la práctica por inútil, é intenta la accion el mismo padre como administrador de los derechos de su hijo.

264. Cuando la demanda de retracto se presenta en nombre de un hijo que no ha nacido todavía, debe presentarla un curador nombrado *ad hoc*.

265. Siendo esta accion una accion personal, si es intentada contra el comprador (*supra* cap. 2.) será juez competente el del lugar del domicilio del mismo comprador. Algunas costumbres sin embargo conceden á los parientes la facultad de elegir entre el juez del domicilio del comprador y el del lugar donde está situado; pero dichas disposiciones son locales y no deben ser seguidas por las costumbres que nada ha legislado sobre el caso. Lalande, sobre el art. 367 de la costumbre de Orleans y los anotadores de Duplessis citan varios decretos que lo resuelven del modo dicho. La razon es, que la

facultad de elegir el juez del lugar donde está situada la finca se concede al demandante tan sólo tratándose de acciones reales; l. Cod. ubi. in rem. No debe tenerla con respecto á la acción de retracto que es más personal que real cuando ha sido intentada contra el comprador.

266. El emplazamiento de la demanda debe hacerlo un alguacil ó portero de estrados debidamente facultado para ello en el lugar donde tenga que efectuarse.

Si estuviera privado de sus funciones ó fuese pariente del demandante en grado prohibido, la demanda será nula. Por decreto de la Corte de fecha de 6 Setiembre 1721, extendido en forma de reglamento y publicado en las respectivas audiencias, se declaró nulo un emplazamiento de demanda de retracto gentilicio por haber sido hecho por un portero pariente del demandante en tercer grado.

267. Queda en pié la cuestión si, desde la ley de registro por la que se releva á los alguaciles y porteros de la obligación de practicar el emplazamiento de la demanda asistidos de ministriles ó testigos oculares, hay ó no necesidad de que dichos funcionarios hagan el emplazamiento acompañados de testigos. M. le Camus en su Observacion sobre el *Tratado del retracto* opina que es todavía un requisito necesario por ser de uso. Auzanet y Ferrière, sobre Paris, opinan lo contrario; y se fundan en que no exceptuando el privilegio concedido por la ley de registro más que los emplazamientos de embargos feudales ó reales y la fijacion de carteles, se sigue de esto que los emplazamientos de demanda en retracto gentilicio se encuentran comprendidos en esta dispensa general, así como todas las demás clases de emplazamiento.

Sin embargo es creencia bastante generalizada que dicha asistencia de testigos es todavía necesaria en las costumbres que la requieren en virtud de una disposición precisa, toda vez que el rey ha declarado por la expresada ley sobre registro que derogaba la real orden de 1667 que exigía esta asistencia, y toda vez que no declaró que entendía igualmente derogar los fueros ó costumbres.

Los que opinan que, aun tratándose de la costumbre de Paris, y de otras que no requieren expresamente la asistencia de testigos, esta asistencia es todavía en la actualidad necesaria, se fundan en que el emplazamiento de la demanda en retracto no es un simple emplazamiento ó citacion, y que debe comprender un juicio verbal de la formal promesa que el retrayente debe hacer al comprador de reintegrarle. Luego, dicen ellos, esta promesa hay que justificarla por medio de testigos. Pero este argumento me parece defectuoso, considerándolo como una petición de principio, porque es precisamente lo que se cuestiona, si un emplazamiento, porque entraña promesas, debe ser considerado exceptuado de la dispensa concedida por el expresado decreto de registro, aunque ninguna ley haya dispuesto tal cosa.

En nuestra costumbre de Orleans, donde las promesas no son necesarias para la validez de la demanda en retracto, como veremos más adelante, y si únicamente útiles, porque hacen adquirir al retrayente desde el día en que se contraen un derecho á los frutos que se perciban, no puede haber ningun pretexto para sostener la nulidad de una demanda de retracto emplazada sin la debida concurrencia de testigos.

268. El emplazamiento de la demanda en retrac-

to que nos ocupa lo propio que todos los demás, debe hacerse de día y no de noche. Brodeau, art. 39 sobre Louet, cita un decreto de 7 Setiembre 1692 que declara decaído del derecho de retracto á cierto demandante á causa de que el emplazamiento se llevó á efecto en el mes de Enero á las siete de la noche, prohibiendo además que puedan hacerse emplazamientos de noche y á horas intempestivas, so pena de nulidad. Esto con todo, si la demanda se presentó el último día, como en este caso no hay posibilidad de diferir el emplazamiento para el día siguiente, puede la necesidad hacerlo declarar válido aunque no sea hecho en día hábil. Así se ha resuelto por M. Príncipe de Conti relativamente al retracto de Mercœur, si mal no recordamos.

269. Hase suscitado la cuestion si la demanda de retracto gentilicio puede presentarse válidamente en domingo ó día festivo. Yo opino que puede presentarse válidamente, siempre que el día en que se presente sea el último del plazo señalado por la costumbre para el retracto, ó que no quedase ningún otro día no festivo en que pudiera ser presentada. La razon es que uno puede hacer en los domingos y demás días festivos los actos que no pueden aplazarse y que son absolutamente necesarios para la conservacion de nuestros derechos y de nuestro bien. La ley 1, § 2, y la ley 3, ff. de fer., nos ofrece una prueba de ello: *feriato die, cum res tempore peritura est, actionis dies exiturus est.*

Dumoulin, en su nota sobre el art. 122 de la costumbre de Poitou, cita un decreto que ha declarado válido un emplazamiento de demanda en retracto hecho el día del Corpus: este mismo Decreto lo cita Louet, l. R., art 39. Por lo demás,

yo opino que se debe sentar, de conformidad á la restriccion que hemos propuesto, que en el caso del decreto, no hubiera podido aplazarse la demanda para otro día, y que la decision de los autores que enseñan que la demanda en retracto puede presentarse en domingo ú otro día festivo debe entenderse conforme á esta restriccion. M. Jousse cita un decreto de 4 Enero 1719, sobre la ordenanza de 1667, tít. 2, art. 10; que declara nulo un emplazamiento de demanda en retracto gentilicio, hecho en día festivo, en el caso que quedase todavía un mes de tiempo. Sin embargo acabo de saber que M. R*** ha juzgado válido el emplazamiento de una demanda de retracto hecha en día festivo y sin haber mediado necesidad.

Hay que observar todavía que los alguaciles que en días festivos presentan demandas en caso de necesidad, sólo pueden hacerlo en virtud de una orden expresa del juez, segun un acto notorio del Tribunal civil de Paris de 5 mayo 1703, citado por M. Jousse, *ibid.*

Hay ciertos autores que opinan que todo emplazamiento de demanda en materia de retracto gentilicio como en cualquiera otra materia, es indistintamente nulo, lo mismo cuando se hace en domingo como cuando la cosa no puede diferirse y que el día es el último del plazo ó término señalado. Así opina Henrys, tít. 2, lib. 4, § 20, y M. Vaslin pág. 72 sobre la Rochelle. La razon que alegan es que el retrayente debe imputarse la causa de haber esperado tan tarde. La contestacion es óbvia. Debe presumirse que el retrayente no ha tenido oportunidad para entablar antes la demanda; para esto ha necesitado dinero, y si no lo ha encontrado con la premura que el tiempo requería no por esto ha

faltado: debe gozar de todo el plazo de un año y un día que le concede la costumbre para ejercer su derecho de retracto; y no lo tendría si no pudiese presentar la demanda en los últimos días del plazo, cuando da la coincidencia de que estos días son festivos.

Hay que advertir que sólo está prohibido hacer emplazamientos en los días de fiesta de precepto: los días de fiestas de gala que el pueblo no celebra, son válidos. Declaración de 28 abril 1681 citado por M. Jousse, tit. 2, art. 10 sobre la ordenanza de 1667, decreto de 1748 á favor de las religiosas de Santa Clara de la Rochelle citado por M. Vaslin, que declara válido un emplazamiento de ejecución hecho el día de los Inocentes por más que se ofreció presentar el acto de publicidad, y que el uso de la provincia debía reputar como nulos los emplazamientos hechos en días de gala.

270. Se ha suscitado todavía la cuestión si es necesario, bajo pena de nulidad, que el emplazamiento de demanda en retracto gentilicio contenga precisamente el día de la comparecencia del demandado, sobre todo en las costumbres como la de Paris que exigen que el día del vencimiento de la citación caiga en el año y día concedido por el retracto. Existe sobre esta cuestión variedad de opiniones y sentencias.

Yo prefiero seguir la opinión de los que juzgan que dicha circunstancia no es necesaria por la razón que no la prescribe ninguna ley, y que siendo *per se* ciertos los plazos del reglamento, tendremos que á un demandado citado para comparecer dentro los plazos marcados se le conceptuará suficientemente enterado del día para el que ha sido citado. Esta opinión ha sido confirmada por una sentencia

del Tribunal Supremo de 26 Julio 1745 citado por Lacombe.

271. Tampoco habrá nulidad si el retrayente ha señalado un plazo demasiado largo ó demasiado corto. El término demasiado largo no perjudica al demandado, quien puede anticiparlo. Cuando el término es demasiado corto, el demandado tendría más motivo para quejarse, pero no existiendo ninguna ley que anule en este caso la demanda, bastará que se permita al demandado disponer de todo el plazo que el reglamento prescribe, no obstante el que esté señalado en la demanda.

272. La omisión del grado de parentesco del demandante con el vendedor tampoco anula el emplazamiento de la demanda: Bordeau l. R. 2, sobre Louet: decreto de 26 Julio 1674, publicado en el Diario de Palacio.

273. Además de las formalidades requeridas por la ordenanza ó reglamento de 1667 para la validez de todos los emplazamientos de demanda que deben ser rigurosamente observadas en las demandas de retracto, sobre las cuales remitimos á nuestros lectores al texto del mismo reglamento, tit. 2; las diferentes costumbres exigen todavía otras varias para la validez de las demandas en cuestión.

Por ejemplo, la costumbre de Paris, art. 104, quiere «que el demandante en retracto ofrezca *bol-sa, dineros, costas legítimas y completar lo que falte, para responder de la sustancia de la demanda hasta la contestación inclusive y aun para en caso de apelación en las varias instancias á que la causa tenga que someterse.*»

Los comentadores entienden por *jours de la cause* cada audiencia para ante la cual se apela de la causa. Al interponerse apelación de la sentencia,

el demandante en retracto, su abogado ó procurador han de presentarse con una bolsa y hacer dichas promesas haciendo extender por el juez un auto. Un saco viene comprendido bajo la palabra bolsa ó talego. Aunque además de lo dicho el uso establezca que estas promesas deben hacerse ó corroborarse por medio de pedimentos, opinamos sin embargo que basta las haga el retrayente en la audiencia.

Una vez que se ha contestado á la demanda, cesa la necesidad de reiterar dichas promesas durante la sustanciacion de la demanda en cuanto á lo principal cuando la causa se ha elevado á la audiencia.

Una sentencia en rebeldía no envuelve contestacion cuando el demandado contra quien se ha dictado se opone á la misma dentro los ocho dias siguientes, porque quedaria derrotado por la parte contraria.

Los comentadores de la costumbre de Paris consideran las palabras *bourse, deniers, loyaux couts et a parfaire* empleadas en el art. 140 arriba citado, como términos solemnes de los cuales no puede prescindir el demandante en retracto ni sustituirlos con otros; Laurière.

Algunas costumbres sólo exigen estas promesas en primera instancia; Meaux, 101, Sens, tit. 7, 34.

274. Costumbres hay que exigen se deposite una pieza de dinero. Bordeaux cap. 2, art. 17, manda depositar una moneda de oro con promesa de completar en su dia la cantidad. Saintonge, tit. 6, art. 48, dice *una pieza de oro ó de plata*. La Marche exige la promesa y depósito de trece piezas de moneda.

275. Nuestra costumbre de Orleans no exige ninguna de estas formalidades. La misma promesa

de reembolsar al adquirente no es necesaria en el territorio de esta costumbre sino para obtener la restitution de los frutos desde el dia que se hicieron y no para la validez de la demanda. La sola formalidad que dicha costumbre exige como peculiar de las demandas de retracto, es que quiere que el demandante en retracto, venga obligado en virtud del emplazamiento de la demanda á elegir el domicilio dentro del territorio judicial en que el demandado habita.

Aunque se ha establecido esta formalidad al exclusivo objeto de que el adquirente no se vea en el caso de tener que ir á buscar muy lejos al retrayente para los efectos del reconocimiento del retracto y demás diligencias por hacer, sin embargo, como las formalidades son de rigurosa observancia, sobre todo en materias de estricto derecho, de las que forma parte el retracto, se ha dispuesto que una demanda de retracto en cuya virtud se hubiese elegido por domicilio una casa situada fuera de la jurisdiccion á que perteneciese el emplazado, seria nula aunque dicha casa estuviese frente por frente de la suya.

Quando el pariente ha emplazado por de pronto al comprador y elegido el domicilio dentro de la jurisdiccion ó distrito á que éste pertenece, y que en virtud de excitaciones del comprador que ha enagado la finca, cita á su vez al tercer poseedor, hay que proceder en tal caso á una nueva eleccion de domicilio dentro del territorio de la jurisdiccion de este tercer poseedor.

276. La diferencia de costumbres, entraña tambien distintas formalidades; la costumbre del lugar donde está situada la finca sujeta al retracto es la que debe regular las formalidades que han de

observarse; porque como es esta costumbre, á cuyo imperio la finca está sometida, la que le sujeta al retracto y la que concede el derecho á los parientes, aquellos que lo tengan proveniente de esta costumbre no pueden ejercerlo sino bajo aquellas condiciones con que se lo confiere y observando las formalidades por la misma prescritas. Véanse las sentencias citadas por los anotadores de Duplessis, cap. 1.

277. Aunque con respecto á las demás materias la inobservancia de alguna formalidad envuelve únicamente la nulidad y caducidad de la demanda, y no la prescripción del derecho del demandante, quien puede de nuevo intentar su acción por medio de una nueva demanda siempre que esté todavía en tiempo hábil para presentarla; en materia de retracto gentilicio, por el contrario, la inobservancia de alguna formalidad implica no tan sólo la nulidad de la demanda si que también la prescripción del derecho del demandante, quien no puede ya más intentar su acción por medio de una nueva demanda, no importando á este respecto que la formalidad que se ha dejado de observar sea de aquellas que son comunes á todos los emplazamientos de demanda y prescritas por las leyes, ó que sea de aquellas que son peculiares al retracto gentilicio y prescritas por las costumbres, ora se refieran al emplazamiento de la demanda, ora á su tramitación. Loysel ha sentido sobre el particular la siguiente máxima: *Congé de cour entre le retrait emporte gain de cause*, sacada del art. 134 de la costumbre de Laon, siendo en todas partes de aplicación constante.

278. De lo dicho se desprende otra diferencia, á saber, que en las demás materias no influyendo en el fondo los defectos de forma, deben oponerse

a limine litis y se subsanan por la contestación en causa. Al contrario, en materia de retracto, los defectos de forma, siendo faltas que conciernen al fondo ó esencia de la cosa, con hacer decaer de su derecho al demandante que dejó de observarlos, podrán oponerse, lo propio que todas las excepciones perentorias, hasta la sentencia definitiva y aun después de apelada.

279. El retrayente decaído de su derecho por haber omitido algún requisito de forma en el emplazamiento de la demanda ó en su tramitación, tiene la acción *ex conducto* contra el procurador ó portero de estrados *ejus operas conduxit* para hacerse indemnizar de la pérdida que de su derecho experimenta á causa de su ineptitud? Según los verdaderos principios de derecho, los procuradores y porteros deben en este caso responder del perjuicio que han causado á la parte á causa de su impericia, porque toda persona que ejerce una profesión pública es responsable del daño que ocasiona en el ejercicio de su profesión por su ignorancia. *Imperitia culpa annumeratur*; l. 132, ff. de reb. jud.; l. 7, § 8 et passim. ff. ad l. aqu. Véase el *Tratado de las obligaciones* n.º 163. Sin embargo, no siempre se observan rigurosamente estos principios. Montholon, capítulo 61, cita una sentencia que libra en semejante caso á un procurador de los daños y perjuicios que irrogó á su representado. M. Vasselin establece una distinción con respecto á los porteros de estrados: dice, «que un portero es responsable de la inobservancia de las formalidades prescritas por la ordenanza, pero no de las prescritas por la costumbre.» Yo no veo el por qué un portero de estrados ha de estar dispensado de ignorar las disposiciones de la costumbre que conciernen á su

profesion, y no de las dictadas por la ordenanza. Sólo en un caso lo creo excusable, y es cuando el requisito de forma que el portero de estrados ha omitido está dictado por la costumbre del lugar donde la finca está situada, y que el portero es de una jurisdicción fuera de esta costumbre, como cuando un portero de estrado de Paris que ha emplazado á alguno para ante el Tribunal de Paris en virtud de la presentación de una demanda en retracto referente á una finca sita en Orleans, ha omitido en su emplazamiento la elección de domicilio prescrita por el art. 367 de la costumbre de Orleans; el portero en tal caso no debe responder de esta nulidad porque no es dable exigir á tal funcionario el estar al corriente de todas las costumbres del reino. Quien carga con la responsabilidad en este caso es el mismo retrayente, por no haberle proporcionado un formulario. Pero si fuese un portero de estrados de Orleans el que hubiese hecho el emplazamiento, no veo yo razón ninguna para que sea menos responsable de la falta de tal requisito de forma, que del prescrito por la ordenanza.

CAPÍTULO IX.

De las obligaciones del retrayente.

280. El principio general que rige sobre las obligaciones del retrayente es que debe indemnizar al adquirente todo lo perfectamente que le sea posible.

Esta obligación encierra, 1.º la de reembolsar al comprador del precio que satisfizo para adquirir la finca y exonerarle de la parte de mismo que que-

de en deber; 2.º la de indemnizarle de las cargas apreciables en una cantidad de dinero, que formen parte del precio de adquisición, que haya ya dejado libres, ó que tenga que hacerlo; 3.º la de indemnizarle de los gastos legales de la adquisición; y 4.º, la de abonarle las mejoras necesarias que haya introducido en la finca.

Trataremos en cuatro artículos de cada una de estas diferentes indemnizaciones. En un quinto artículo veremos lo que debe reembolsarse cuando el retracto se ejerce contra tercera persona. En el sexto nos ocuparemos del tiempo en que el retrayente está obligado á dar cumplimiento á estas obligaciones. Por último, en el séptimo hablaremos de las promesas y de la consignación que debe hacer en caso de denegación.

ARTÍCULO PRIMERO

Del precio.

281. El retrayente debe devolver al comprador el precio que pagó por la cosa adquirida y hacerle exonerar de lo que quede en deber.

§ 1. *Cual es este precio.*

282. El precio que debe devolverse es el que figura en el contrato. Sin embargo, si el retrayente sostuviese que se ha expresado en fraude del retracto un precio más subido que el convenido y ofreciese probarlo, no se le podrá negar esta pretensión, aun cuando lo quisiese justificar por medio de testigos; y si tal hiciera, no estará obligado á devol-

profesion, y no de las dictadas por la ordenanza. Sólo en un caso lo creo excusable, y es cuando el requisito de forma que el portero de estrados ha omitido está dictado por la costumbre del lugar donde la finca está situada, y que el portero es de una jurisdicción fuera de esta costumbre, como cuando un portero de estrado de Paris que ha emplazado á alguno para ante el Tribunal de Paris en virtud de la presentación de una demanda en retracto referente á una finca sita en Orleans, ha omitido en su emplazamiento la elección de domicilio prescrita por el art. 367 de la costumbre de Orleans; el portero en tal caso no debe responder de esta nulidad porque no es dable exigir á tal funcionario el estar al corriente de todas las costumbres del reino. Quien carga con la responsabilidad en este caso es el mismo retrayente, por no haberle proporcionado un formulario. Pero si fuese un portero de estrados de Orleans el que hubiese hecho el emplazamiento, no veo yo razón ninguna para que sea menos responsable de la falta de tal requisito de forma, que del prescrito por la ordenanza.

CAPÍTULO IX.

De las obligaciones del retrayente.

280. El principio general que rige sobre las obligaciones del retrayente es que debe indemnizar al adquirente todo lo perfectamente que le sea posible.

Esta obligación encierra, 1.º la de reembolsar al comprador del precio que satisfizo para adquirir la finca y exonerarle de la parte de mismo que que-

de en deber; 2.º la de indemnizarle de las cargas apreciables en una cantidad de dinero, que formen parte del precio de adquisición, que haya ya dejado libres, ó que tenga que hacerlo; 3.º la de indemnizarle de los gastos legales de la adquisición; y 4.º, la de abonarle las mejoras necesarias que haya introducido en la finca.

Trataremos en cuatro artículos de cada una de estas diferentes indemnizaciones. En un quinto artículo veremos lo que debe reembolsarse cuando el retracto se ejerce contra tercera persona. En el sexto nos ocuparemos del tiempo en que el retrayente está obligado á dar cumplimiento á estas obligaciones. Por último, en el séptimo hablaremos de las promesas y de la consignación que debe hacer en caso de denegación.

ARTÍCULO PRIMERO

Del precio.

281. El retrayente debe devolver al comprador el precio que pagó por la cosa adquirida y hacerle exonerar de lo que quede en deber.

§ 1. *Cual es este precio.*

282. El precio que debe devolverse es el que figura en el contrato. Sin embargo, si el retrayente sostuviese que se ha expresado en fraude del retracto un precio más subido que el convenido y ofreciese probarlo, no se le podrá negar esta pretensión, aun cuando lo quisiese justificar por medio de testigos; y si tal hiciera, no estará obligado á devol-

ver más precio que el verdaderamente convenido entre las partes.

Para ser admitido á dicha prueba, el retrayente no necesita dar por falso el contrato, porque con sostener que se ha expresado en el mismo un precio más elevado que el convenido, no sostiene que el contrato sea falso, sino tan sólo que contiene un fraude y una mentira. Así se desprende de lo que nos dice Dumoulin sobre la costumbre de Nevers, cap. 31, art. 3: *nec tenebitur instrumentum arguere de falso, quia aliud merum falsum; aliud fraus, aliud simulatio.*

A falta de prueba, puede igualmente el retrayente hacer que se reciba juramento al adquirente sobre la veracidad del precio expresado en el contrato.

Algunas costumbres castigan este fraude; Véase *supra* n.º 14.

283. Cuando la venta que ha dado lugar al retracto es firme y se ignora el precio por el cual se vendió la finca, deberá devolverse el precio que la misma valía al tiempo del contrato fijado por peritos, como por ejemplo.

Finge. La minuta ó escritura matriz ha sido presa de las llamas sin haber librado de la misma ninguna copia. El vendedor y el comprador han fallecido. Uno de los parientes ha presentado demanda de retracto contra el heredero del comprador: en virtud de esta demanda y en consecuencia del incendio de los protocolos hase admitido al pariente á la prueba testimonial de la venta que dió lugar al retracto. El notario y los testigos presenciales han declarado que efectivamente se acuerdan de que el contrato de venta se autorizó hácia tal tiempo, pero que no tienen presente el precio fijo

por el cual la finca fué vendida. Procede en este caso recurrir á una informacion de peritos sin que la falta de conocimiento del precio pueda excluir á los parientes. Así opina Grimaudet, V, 7.

284. Si el retracto se ejerce contra el comprador y manifestase éste el precio por el cual se vendió la finca, yo opino que el juez deberá atenerse á esta declaracion del comprador mediante juramento. Sin embargo, si el pariente sostuviese que este precio pretendido no es verosímil, creo que hay que recurrir á una informacion de peritos para saber si tiene apariencia de verdadero; en caso negativo no habrá lugar á atenerse á la declaracion del comprador, debiéndose restituir el precio segun el dicho de los peritos.

285. Tampoco hay que atenerse á la declaracion del adquirente, y sí, recurrir al dicho de los peritos, siempre que el comprador es de mala fé; por ejemplo si hubiese empezado por negar la compra que habia hecho y se hubiese luego probado ésta.

286. Cuando no se puede probar la venta que ha dado lugar al retracto sino por medio de la declaracion del comprador, no cabe duda en este caso que esta produce prueba plena, y que hace fé del precio por el cual confiesa haber comprado la finca.

287. Cuando además del precio expresado en el contrato, el adquirente ha pagado con posterioridad ó está obligado á pagar al vendedor un suplemento de precio, se pregunta si el retrayente está obligado á reintegrárselo ó á indemnizarle del mismo, si es que lo debe todavía al vendedor. No hay duda que el comprador debe ser reintegrado caso que haya pagado el suplemento en cuestion en virtud

de una sentencia que le ha condenado á dejar la finca á causa de haberse interpuesto contra él por el vendedor accion recisoria por lesion enormísima, á no ser que prefiriese pagar dicho suplemento.

Igualmente tendrá derecho el comprador á ser reembolsado del suplemento de precio que pagó, siempre que parezca que lo ha pagado para impedir dicha accion, ó cualquiera otra accion recisoria ó de derecho de redimir, ú otra cualquiera que el vendedor tuviese derecho á intentar contra él.

Son varias las costumbres que tienen disposiciones sobre el particular. La de Anjou, art. 364, dice: «El precio del derecho de redimir comprado por el adquirente se adicionará al principal del retracto, etc.»; y el art. 365, dice tambien; «igualmente se unirá al precio el suplemento pagado por el adquirente con intervencion del tribunal y sin fraude antes del emplazamiento, etc.» La de Maine, art. 374, y 375, dice la misma cosa en iguales términos. La de Bourbonnois, art. 431, dice tambien: «suplemento del justo precio, compra del derecho de redimir, y gastos de los mismos, hechos sin fraude por el adquirente antes del emplazamiento, etc. se cuentan con la cantidad principal.» La de Nivernois, cap. 31, art. 12, dice la misma cosa.

288. Qué debe resolverse en el caso que el comprador creyendo haber comprado la finca por un precio demasiado bajo, si bien no por menos de la mitad del justo precio, ha pagado el suplemento al vendedor por pura delicadeza de conciencia, antes de presentarse ninguna demanda de retracto. Dumoulin, in Cons. Par. § 20, gl. 8, n.º 1, parece resolver que el retrayente debe devolver el precio con el suplemento; porque dice: *illud, et non premium, est verum pretium conventum, quasi reforma-*

ta priore venditione. Esta decision debe tener lugar cuando el suplemento del precio ha sido pagado ó convenido antes de la tradicion real de la finca vendida, porque no subsistiendo en tal caso la venta sino por el solo consentimiento de las partes, puede fácilmente ser destruida y convertida en otra por otro consentimiento; véase nuestro *Tratado del contrato de venta*, n.º 327 y 328, pero si el comprador ha tenido á bien pagar dicho suplemento de precio despues de la tradicion real verificada en cumplimiento de la venta, hay que decir todo lo contrario; porque habiéndose consumado la venta con la tradicion real, ya no es posible su destruccion, toda vez que las condiciones no pueden cambiarse en perjuicio del derecho de retracto que la familia del vendedor adquiere irrevocablemente; este tambien parece ser el parecer de Dumoulin, quien en el lugar citado, quiere, para que tenga lugar el aumento del precio, que la venta no esté consumada, *non fuerit consummata et executata venditio.* Los textos de las costumbres que acabamos de mentar, los cuales dicen indistintamente que se debe dar cuenta al adquirente del suplemento del justo precio que entregó al vendedor sin mediar fraude antes del emplazamiento, no deben referirse sino al dado para redimirse de alguna accion que el vendedor conserve contra él, y no al suplemento que ha entregado voluntariamente: Grimaudet, VII, 6.

289. Cuando un comprador ha sido obligado en virtud de sentencia á hacerse adjudicatario de la cosa por un precio mayor, no deberá el retrayente reintegrar el precio expresado en el contrato de venta, como nos dice Lhommeau, III, 208, sobre cuyo particular ha sido justamente corregido por su comentador Chaline, sino el de la sentencia; por-

que en este caso lo que da lugar al retracto no es el contrato de venta, puesto que se hizo ineficaz en virtud de las pujas presentadas sobre el precio del contrato. Por esto, en las costumbres como la nuestra, que dicen, que la finca vendida en virtud de sentencia no está sujeta á retracto, no puede haber lugar al mismo en el caso mencionado.

290. Cuando la casa vendida se ha incendiado luego sin mediar culpa por parte del comprador, ó bien, cuando una parte de las fincas comprendidas en el contrato de venta ha perecido, por ejemplo, si el río hubiese arrastrado en alguna de sus avenidas una parte de las fincas, ¿el pariente que retrae lo restante está obligado á reembolsar todo el precio de la compra? Tiraqueau, ad. finem tit. n.º 76, resuelve que no se debe devolver el precio sino en proporción de lo que quedó. Ninguno de los ejemplos que cita para autorizar su decisión tiene relación alguna con el retracto. Puede decirse á su juicio, que no retrayendo el pariente lo que ya no existe no debe en consecuencia reintegrar su precio que habiendo sobrevenido la pérdida mientras era propietario el comprador, ésta la debe sufrir según la regla *res perit domino*. Ferronio, decide por el contrario que el pariente no deja de estar en este caso obligado á reintegrar todo el precio de la compra. La razón es que no existiendo más que una compra á la que ha subrogado el pariente en virtud del retracto, toca al pariente cargar con todas las pérdidas sobrevenidas sobre las casas comprendidas en la venta, puesto que ha tomado esta para sí. Puede decirse que en esto no se le hace ninguna injusticia en razón á que queda en completa libertad de no reclamar para sí la venta con dejar de ejercer el retracto. Al contrario, sería una injusticia ma-

nifiesta el que el pariente sólo hiciera suya la compra con respecto á las cosas que hubiesen quedado existentes, y que dejase para el comprador lo que hubiese perecido; el comprador contra quien se ejerce el retracto cesa de serlo y debe por consiguiente ser reembolsado por el retrayente que le sustituye como comprador de todo lo que le costó la compra. En cuanto al principio sentado de que *res perit domino*, se contesta, que cuando el propietario de la casa que ha perecido se considera deudor de la misma con respecto á alguno, la pérdida cae sobre aquel á quien se debía, según este nuevo principio *res perit creditor*; por consiguiente, la pérdida debe caer sobre el pariente que retrae, á quien se debe restituir esta cosa en caso de retracto. Esta decisión de Ferronio es la más jurídica y debe por tanto ser seguida.

291. Viceversa, si la finca hubiese experimentado aumento después del contrato de venta y antes de entablarse la demanda del retracto, por ejemplo, por medio de aluviones, el retrayente debe aprovecharse de este beneficio, de manera que este aumento de la finca, no debe ocasionar tampoco ningún aumento en el precio de la compra que debe reembolsar: porque el retrayente al tomar por su cuenta la compra debe gozar de todos sus beneficios, así como está expuesto á sufrir las pérdidas.

292. Adviértase que cuando el precio estipulado en el contrato comprende el de los frutos pendientes, ó de algunos usufrutos ó disfrutes además del de la finca, deberá deducirlos el adquirente que se haya aprovechado de los mismos, como veremos en el capítulo 10.

293. Nos falta observar que el adquirente debe ser reembolsado del precio, no sólo cuando lo ha

pagado realmente, si que tambien cuando ha sido exonerado del mismo por cualquiera otra clase de pago ficticio, por ejemplo por la compensacion que se hubiese hecho con alguna suma que el vendedor le adendase por otro concepto. Pero si la suma compensada con una parte del precio la debiese el vendedor al comprador en virtud del mismo contrato de venta, por ejemplo, si el vendedor encontrándose deudor de los daños y perjuicios ocasionados por razon de alguna carga de la finca no declarada en el contrato, se hubiesen compensado estos daños y perjuicios con una parte del precio, es evidente que el retrayente no estará obligado á reintegrar al comprador esta parte del precio, porque habiendo el retrayente subrogado á todos los derechos resultantes de la compra, al retrayente es á quien corresponden dichos daños y perjuicios con los cuales se compensó dicha parte del precio.

294. Segun el mismo principio, si despues del contrato de venta el comprador ha sido exonerado del precio ó de una parte del mismo en virtud de novacion, con contraer otra deuda en su lugar, ya sea con respecto al vendedor, ya sea con respecto á otras personas de orden de éste, no cabe duda que el retrayente debe reembolsar al comprador el precio ó parte del precio de que ha sido librado por la novacion, de la misma manera que si lo hubiese pagado en realidad; pero no está obligado á exonerarle de la nueva deuda.

Sin embargo, si esta novacion se hubiese hecho en virtud del mismo contrato de venta, ó despues, pero en virtud de transaccion entre el comprador y vendedor hecha sobre el cumplimiento de dicho contrato, la novacion formando en este caso parte de las condiciones de la compra á la que el retrayen-

te está subrogado, éste no debe en este caso devolver el precio novado, pero debe en cambio exonerar ó descargar al comprador de la nueva obligacion.

295. Segun el mismo principio, si el comprador ha sido exonerado del precio por confusion por haber sucedido al vendedor en el crédito del precio ya sea á título universal, ya á título singular, no es dudoso que el retrayente debe reembolsarle del mismo, como si lo hubiese realmente pagado.

296. Igualmente si el vendedor para gratificar al comprador le ha hecho remision de una parte del precio, éste debe ser reembolsado por el retrayente como si lo hubiese pagado realmente; pero si el vendedor hubiese declarado en la escritura de remision que lo hacia por delicadeza de conciencia y porque creia haber vendido la finca demasiado cara, deberá el retrayente aprovecharse de esta remision, sin que esté obligado á reembolsar al comprador de la suma perdonada.

Obsérvese tambien que para que el adquirente pueda pretender el reembolso de la parte del precio que le fué condonada, es necesario que no parezca que dicha parte del precio de que se le ha hecho gracia es un precio simulado y añadido en fraude del retracto. Lo cual es de presumir cuando el comprador es una persona que no tiene con el vendedor ningun lazo de amistad ó parentesco que haya podido llevar al vendedor á esta remision, y que por otra parte el precio, sin la parte perdonada, constituye el justo valor de la finca.

Quando no existe prueba bastante de la simulacion del precio, puédesse hacer prestar al comprador juramento sobre la misma.

§ II. *De la exoneración del precio que todavía se debe.*

297. El retrayente para indemnizar al comprador debe procurarle la exoneración del precio no pagado y que deba todavía.

El retrayente puede procurar al comprador esta exoneración ó con pagarle la suma debida, ó con pagarle al vendedor ó con hacérsela perdonar, ó con hacer otorgar al vendedor una escritura por la que le exonere de dicha obligación.

298. Interesa á menudo al retrayente pagar al comprador más bien que al adquirente porque cuando el adquirente no es muy solvente, el que retrae haciendo el pago á éste corre el riesgo de que retenga el dinero y deje de pagar al vendedor á cuyas hipotecas la finca retraída permanece sujeta por dicho precio que el retrayente tendría obligación de pagar segunda vez al vendedor, salvo el recurso que tendría contra el comprador á quien lo hubiese pagado.

Conviene, pues, al retrayente el pagar al vendedor para evitar dicho riesgo; y aunque no sea deudor del mismo puede obligarlo á que reciba de él el precio que el comprador le debe; puede á este efecto requerirle y en caso de denegarse consignar el precio. El retrayente en este caso hará pasar al comprador el requerimiento y la carta de pago de la consignación, caso que el vendedor haya querido recibir el precio: el retrayente debe además hacer declarar á sus riesgos contra el vendedor las promesas y consignaciones válidas y remitir al adquirente copia de la sentencia.

299. Si el vendedor tiene á bien aceptar al retrayente por vendedor y librar de la deuda al com-

prador, el retrayente con librar al comprador de la deuda satisface con esto la obligación del retracto lo mismo que si hubiese pagado.

300. Si el precio no fuese todavía exigible al tiempo del retracto ya sea en su totalidad, ya sea en parte, el retrayente ¿podría obligar al vendedor á que lo aceptase como deudor del precio y de todas las obligaciones estipuladas en el contrato de venta, y exonerar del mismo al comprador con prestar buena y caución bastante al vendedor? Se pueden aducir razones en apariencia suficientemente plausibles para sostener la afirmativa. Siendo el derecho de retracto un derecho que tiene el pariente de tomar para sí la compra de una persona extraña y de subrogarse á la hecha por este comprador extraño, todos los derechos resultantes de dicha compra se transfieren de la persona del comprador extraño á la del retrayente; parece seguirse de esto que las obligaciones resultantes de esta misma compra-venta, deben igualmente pasar de su persona á la del retrayente, quedando en consecuencia exonerado de las mismas el comprador. Verdad es, que esta transmisión de los derechos y de las obligaciones del comprador á la persona del retrayente no debe perjudicar al vendedor. Pero, por medio de la caución que le será prestada no se le irrogará ningún perjuicio, siendo como es indiferente al vendedor el tener por deudor á uno ó á otro siempre que tenga una completa seguridad de reintegrarse del precio, la cual se le proporciona por la caución que le presta al retrayente. Este es el parecer de Grimaudet, VII, 10, quien hasta ha llegado á decir que no siempre hay que obligar al retrayente á prestar caución en el caso indicado, debiendo dejar este requisito al arbitrio del juez.

No obstante estas razones, Dumoulin in Cons. Par. § 20, gl. 8, n.º 8, sienta que el vendedor no es obligado, cualquiera que sea la caucion que se le ofrezca, á aceptar al retrayente por deudor en lugar del comprador. La razon es que el retracto es un negocio que no media sino entre el retrayente y el comprador contra quien se retrae, y que en manera alguna concierne al vendedor. No garantizando el vendedor el retracto, considerándose al comprador sujeto á correr los riesgos consiguientes, el retracto no podrá dar al comprador contra quien se ejerce ninguna accion contraria al vendedor para obligarle á dejar libre de su obligacion; el vendedor se halla pues comprendido en la regla general que no consiente que un acreedor pueda estar obligado á pesar suyo á cambiar de deudor, cualquiera que sea la fianza que se le ofrezca. Varias son las costumbres que tienen disposiciones conformes con esta decision de Dumoulin; Melun, artículo 155; Auxerre, art. 175; Sens, art. 53, etc.

301. De aquí nace otra cuestion, á saber, si el vendedor no queriendo librar al vendedor contra quien se ejerce el retracto de las obligaciones que sobre él pesan, puede el retrayente gozar de los plazos convenidos en el contrato para efectuar el pago del precio ofreciendo buena y suficiente caucion al comprador, de pagar al terminar el plazo. Dumoulin d. gl. n.º 5, se inclina por la afirmativa. Su razon consiste en que habiéndose el retrayente subrogado ó tomado para sí la compra, debe aprovecharse de todas las ventajas de la misma, y por consiguiente del plazo convenido en el contrato; si así no fuese y que estuviere obligado á pagar al contado lo que el comprador no debia pagar sino al cabo de cierto tiempo, tendríamos que compra-

ria la finca más cara que el comprador; porque el más se estima *non solum quantitate, sed et tempore*; lo que pareceria ser contra la naturaleza del retracto, el cual, no siendo más que una subrogacion á la adquisicion del comprador debe hacerse al mismo precio y bajo iguales condiciones. El comprador no puede quejarse, puesto que existe á su favor buena y suficiente caucion para dejarle debidamente satisfecho. Este parecer ha sido abrazado por varias costumbres; Sens, Melun, Auxerre, en los artículos arriba citados.

Al contrario, la costumbre de Troyes, art. 161 y la de Reims, art. 225, prohiben que el retrayente goce en este caso del plazo señalado en el contrato con prestar caucion, obligándole en el término de 24 horas á pagar el resto del precio debido ó dejar libre del mismo al comprador aunque no haya vencido el término del pago. La razon en que se fundan es, que el retrayente debe indemnizar al adquirente todo lo perfectamente que le sea posible. Por otra parte, la caucion que se le presta no le exonera de su obligacion, ni impide que corra el riesgo de verse compelido á efectuar el pago del precio, salvo el recurso correspondiente á que tendrá derecho; por consiguiente, salta á la vista que la simple caucion no le indemniza con tanta perfeccion como el pago ó la exoneracion de su obligacion.

Este tambien parece ser el espíritu de las costumbres de Paris y de Orleans; y lo prueban los arts. 137 de Paris y 390 de Orleans, por los cuales dichas costumbres obligan al retrayente tratándose de un arrendamiento á renta redimible, á reembolsar la renta dentro de 24 horas, y no le permiten, por consiguiente, gozar de la facultad que

hubiera tenido el arrendatario contra quien se ejerce el retracto de retener el precio con pagar la renta.

Obsérvese de paso que hay que suponer en el caso de estos artículos que existía en el contrato de arrendamiento cierta cláusula asegurando la existencia y entrega de la renta ú otra parecida en cuya virtud el tomador quedase obligado al pago de la renta no obstante el retracto ejercido contra él, porque si el arrendamiento fuese simplemente á renta, quedando el tomador libre de pleno derecho de la renta para lo sucesivo con cesar de poseer la finca, ningún interés tendría por la redención de la renta, y no existiría por consiguiente razón ninguna para obligar al retrayente á dicha redención.

En consideración á que estas costumbres de Paris y de Orleans han sido dictadas ó adicionadas al verificarse la reforma y formadas en apariencia sobre la jurisprudencia entonces vigente, hay razón para opinar que han de tener aplicación en aquellas otras costumbres que no se han explicado sobre el particular.

302. Cuando el plazo del pago se ha convenido en favor del vendedor, constando en el contrato que el precio no podrá ser pagado sino al cabo de cierto tiempo, en este caso no estando facultado el retrayente para pagar el precio al vendedor, quien no quiere recibirlo antes del vencimiento del plazo señalado en el contrato, el comprador contra quien el retracto se ejerce debe contentarse con la caución que le presta el retrayente de pagar por él al vencimiento del plazo señalado; porque siendo la caución la única clase de indemnización que es posible dar, forzoso es que el comprador se contente con ella, toda vez que nadie está obligado á lo imposible.

303. Lo propio sucede cuando la venta ha sido hecha mediante la prestación de alguna renta que no puede reembolsarse; el retrayente no puede en este caso estar obligado á otra cosa que á prestar caución de pagar por cuenta del comprador.

ARTÍCULO II

De las cargas ó condiciones impuestas al comprador en el contrato de venta.

304. Las cargas apreciables en una cantidad de dinero é impuestas al comprador en el contrato de venta forman parte del precio; por esto, cuando han sido satisfechas por el comprador contra quien se ejerce el retracto deberá el retrayente reembolsarle de la suma en que se estimen, lo mismo como debe reembolsarle del precio principal de la cosa adquirida.

Una sola diferencia podemos señalar, y es que siendo el precio principal una cantidad de dinero cierta y líquida, su reembolso debe efectuarse dentro del tiempo fijo señalado por la costumbre para el cumplimiento del retracto; al paso que el precio de estas cargas no siendo líquido, no hay tiempo determinado para restituirlo; solamente tendrá que ser restituido después de la estimación que á este efecto debe practicarse.

La estimación que nos ocupa debe hacerse á expensas del retrayente por peritos nombrados por cada parte, ó sea uno por el retrayente y otro por el comprador; y en caso de desacuerdo deberá hacerla un tercero nombrado al efecto de oficio por el juez.

305. Si las cargas no han sido todavía satisfechas al tiempo del retracto, según el principio que acabamos de establecer en el art. precedente, no por esto queda libre de las mismas el comprador con respecto al vendedor por el mero hecho del retracto. Por ejemplo, si habeis desmembrado de vuestras tierras un pequeño cortijo que habeis vendido á un medidor de tierras por la suma de mil escudos y á condicion además de que mediria el plano de todas vuestras tierras, aunque se le haya retraido dicho cortijo poco despues de haberlo adquirido y antes de haber dado principio á su trabajo, no por esta os queda menos obligado á verificarlo. Asi es que, el retrayente debe indemnizarle de esta carga á que se ha obligado y pagarle el precio que valga dicho plano y medicion que debió practicar.

Por lo demás yo opino que el retrayente no está obligado á pagar con anticipacion al comprador contra quien se ejerce el retracto el precio de dicho plano y medicion, sino solamente á prestarle buena y suficiente caucion de pagárselo, despues que la obra haya sido hecha, y sido aprobada por el vendedor; porque de otra suerte el retrayente correría riesgo de pagar dos veces en caso que el comprador, despues de haber recibido de él el precio del trabajo que se obligó á verificar, no lo llevara á cabo como debiera, ó se abstuviera de hacerlo por completo, y fuese al mismo tiempo insolvente: porque la finca retraida está hipotecada para responder de los daños y perjuicios del vendedor, resultantes del incumplimiento de dicha carga ó condicion contenida en el contrato. Por otra parte, ningun perjuicio se irroga al comprador ó medidor con aplazar el pago del precio de su trabajo hasta que haya sido

ultimado y aprobado, toda vez que estos trabajos no se pagan ordinariamente antes.

306. Esta decision debe tener lugar sobre todo cuando la condicion impuesta al comprador contra quien se ejerce el retracto es una condicion que consiste en un trabajo personal del comprador contra quien se impuso, y que no exige más que pocos ó ningun anticipo para cumplirla.

Por ejemplo, si he vendido yo una finca á un empresario por cierta cantidad y á condicion de que me construya á sus expensas un edificio en un lugar determinado, según la cuenta de gastos convenida entre nosotros, no creo que este empresario comprador deba esperar que el edificio esté terminado para percibir el precio del mismo, sino que podrá reclamar que el retrayente se lo anticipe, ofreciéndole en cambio buena y suficiente caucion; y que en el caso de que no le pudiera ofrecer caucion pueda pedir al retrayente parte del precio de su obra á medida que ésta se vaya realizando.

307. Cuando las condiciones impuestas al comprador en el contrato no son apreciables en una cantidad de dinero, como por ejemplo: si un cura párroco hubiese vendido una casa á otro eclesiástico por cierta suma á condicion de que enseñe el catecismo en su parroquia tres veces por semana á contar desde la fiesta de Todos los Santos hasta Pascua de Resurreccion, y que en dicha parroquia no acostumbra á pagar el cura ningun honorario á la persona encargada de enseñar el catecismo, en este caso el comprador, aunque haya cumplido con la condicion no puede reclamar á este respecto en caso de retracto cosa alguna del retrayente, porque, ¿qué es lo que puede pretender toda vez que lo hecho por él no es apreciable en ninguna cantidad de dinero?

308. Cuando se ha convenido en el contrato de venta que el comprador debe prestar al vendedor una cantidad de dinero á condicion de devolvérselo dentro de tanto tiempo, cuyo préstamo se hubiese efectivamente llevado á efecto, Grimaudet, VII, 7, opina que el retrayente debe indemnizar al comprador de este préstamo con devolverle la suma prestada, puesto que se conceptua como una condicion del contrato de venta, y que no bastaría responderle de los intereses de dicha suma hasta llegar el tiempo de poderla reclamar del vendedor á quien se la prestó.

Es necesario sin embargo ver si esta cláusula ha sido puesta en fraude del derecho de retracto, al objeto de hacerla imposible al retrayente, quien no hallaría medio de encontrar una suma considerable que no se ha prestado al vendedor sino para el objeto indicado, lo cual en todo caso deberá estimarse segun las circunstancias que concurran.

ARTICULO III

Del reembolso de los gastos legitimos.

309. El retrayente debe indemnizar al comprador no sólo del precio y de lo que forma parte del mismo, segun hemos visto en los arts. que preceden, si que tambien por regla general de todos los gastos legitimos de la adquisicion, es decir, de todo lo que ha sido obligado á desembolsar para cubrir los gastos de la misma.

No se deben confundir, sin embargo, los gastos de la adquisicion con lo que ha tenido que pagar el comprador en ocasion de la misma, más bien que

con motivo de la adquisicion. Llámense únicamente gastos de adquisicion los debidos á la adquisicion como causa próxima é inmediata y que han sido hechos para llegar á la misma, y no aquellos de los cuales sólo ha sido la ocasion. Por ejemplo, si durante el viaje que he hecho para ir á visitar la finca que se me retrae, me han robado en la mitad del camino, sólo puedo reclamar el reembolso de los gastos ordinarios del viaje que son tenidos como gastos de la adquisicion; pero, no tengo derecho á exigir ninguna indemnizacion de lo que se me ha robado, porque esta pérdida ha sido ocasionada por la adquisicion, *hæc magis casibus quam negotio emptionis imputanda sunt*. Sobre el mismo principio se ha decidido en derecho que un mandatario que debe ser indemnizado de todos los gastos que el cumplimiento del mandato le ha ocasionado, no debe serlo sin embargo de lo que ha gastado únicamente con ocasion del mandato: *non omnia que impensurus non fuit, imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus.... nam hæc magis casibus quam mandato imputari oportet*; l. 26, § 6, ff. *mand.*; Tiraqueau, ff. 29, gl. 4, n.º 15.

310. En las costumbres donde tiene preferencia el pariente más próximo, si el comprador hubiese entregado una cantidad de dinero al más próximo pariente para hacerle renunciar al retracto, ¿ha de ser reembolsado de dicha cantidad por el pariente más lejano que ejerce el retracto? Boer y Chassane resuelven la cuestion afirmativamente, porque el pariente más lejano que sin esto hubiera quedado excluido, viene en cierto modo á aprovecharse de este gasto. La opinion negativa que sostiene Tiraqueau, ff. 29, gl. 4, n.º 14, parece mejor, porque este gasto no se ha hecho por causa de la adqui-

sición, como tampoco puede asegurarse que el más próximo hubiera sin esto retraído, puesto que puedo aparentar que lo quería hacer para percibir dicha suma.

311. Tampoco está obligado el retrayente á reembolsar indistintamente al comprador todo lo que ha gastado por causa de la adquisición, sino tan sólo todo lo que le debió costar; esto es lo que significan las palabras *gastos legítimos*. Si ha hecho otros gastos inútiles que podía muy bien evitar, de ninguna manera puede pretender le sean reembolsados.

312. Estos gastos legítimos son: 1.º lo que el comprador ha entregado á la mujer, á los hijos ó á los criados del vendedor, ó á otras personas para echar el alboroque, siempre que parezca por el contrato que esto ha formado parte de las condiciones del mismo.

Pero si el comprador por pura liberalidad, y sin que se hubiese estipulado en el contrato, hubiera hecho dichos obsequios, no tiene derecho á pedir su reembolso, porque en este caso no se consideran *gastos legítimos* segun la definición que de los mismos hemos dado, ya que podía muy bien evitarlos.

Yo opino aún que cuando estos alborokes no se han estipulado ó no constan en el contrato, no tendrá el adquirente derecho á probar por medio de testigos que constituyeron una de las condiciones de la venta; porque, ha podido muy bien el adquirente procurarse por escrito la prueba convencional en frente del retrayente. Opino también que las escrituras privadas y aun las autorizadas por notario público, en cuya virtud declarase el vendedor que dicho alborokes ó adehalas han formado parte de la venta, pueden ser rechazados como actos que

no merecen fé por determinadas circunstancias de tiempo que pueden haber concurrido, ú otras causas, toda vez que el comprador debe echarse la culpa de no haber mencionado en el contrato dicha convencion.

313. 2.º Los gastos del contrato son también *gastos legítimos*, los cuales comprenden los del registro, impuesto, papel y pergamino, honorarios del notario por la escritura original y copias expedidas á favor del vendedor y comprador y por último los causados por las cartas de pago otorgadas por el vendedor y demás acreedores delegados.

314. 3.º Lo que el comprador ha entregado ó prometido entregar al intermediario de la venta debe igualmente ser considerado como *gastos legítimos*, no debiendo sin embargo exceder de lo que el uso concede en casos parecidos.

315. 4.º Los gastos de viaje que el comprador haya hecho ya personalmente, ya por medio de algun perito enviado de su parte para visitar la finca, débense también considerar *gastos legítimos*, lo propio que el salario de dicho perito; porque es una medida justa y prudente el que el comprador visite ó haga visitar la heredad antes de comprarla. Lo mismo debe suceder con los gastos del viaje para hacer otorgar la escritura.

Hay que advertir que estos gastos de viaje no le han de ser reembolsados sino en tanto los haya hecho expresamente, de manera que sin esto no los hubiere hecho. Si es que hubiese verificado el viaje por otros asuntos, y que el de la compra tan sólo hubiese prolongado el tiempo del viaje, no podrá pretender el reembolso sino por la parte de gastos que le ha ocasionado el exceso del tiempo invertido.

316. Algunos autores comprenden tambien entre los *gastos legitimos*, el coste ó importe de las consultas que el comprador haya hecho á abogados para asegurar mejor su adquisicion. Respecto á esto habrá que considerar si habia ó no justo motivo para hacer la consulta, y si lo dado en pago de la misma ha sido excesivo.

317. 5.º El retrayente debe pagar igualmente al comprador por via de *gastos legitimos* los intereses del precio que éste haya pagado al vendedor, los cuales deben correr desde el dia del pago hasta el dia en que ofreció el pago el retrayente; á menos que el comprador hubiese percibido los frutos de la finca, los cuales se considera vienen á compensarle la privacion del disfrute del precio que pagó; de otra manera es justo que se le indemnice de dichos intereses, porque si no hubiese adquirido la finca que se le ha retraido, hubiera podido emplear el dinero en otro negocio que á no dudar le hubiera producido un beneficio.

318. El comprador que no ha percibido los frutos, debe con mayor razon ser reembolsado ó exonerado de los intereses que han corrido contra él por la parte del precio que no ha pagado todavía. Lo debe ser igualmente de las rentas devengadas que han corrido contra él cuando se trata de un arrendamiento á renta.

319. Cuando la demanda de retracto no se ha presentado sino con posterioridad á la cosecha que ha sido nula, ¿puede el comprador pedir que se le reembolse ó indemnice de dichos intereses y rentas devengadas que han corrido contra él con ofrecer liquidacion, es decir, estimar los frutos percibidos y deducirlos de los mismos? La costumbre de Paris resuelve la cuestion, art. 138, en el caso de un re-

tracto de un arrendamiento á renta redimible, y dice que, el comprador puede incluir en los *gastos legitimos* las rentas devengadas del año que ha precedido al emplazamiento, restituyendo en cambio los frutos por él percibidos en dicho año. La razon es que el adquirente debe ser indemnizado todo lo perfectamente posible. Esta razon milita igualmente con respecto á los intereses del precio del contrato de venta. Sin embargo entre las sentencias de M. Leprestre se encuentra una del 18 Agosto 1626 que deniega á las religiosas de la orden de las Anunciadas contra quienes el duque de Elbeuf retrajo el hotel de Mayenne, el derecho de reclamar los intereses del precio vencidos desde la fecha de la adquisicion con promesa de contar á su vez los intereses de los alquileres de la casa.

320. 6.º Los gastos de la sentencia que el comprador ha hecho dictar para asegurar su adquisicion deben igualmente ser comprendidos entre los *gastos legitimos*; yo opino sobre el particular que es indiferente el que la facultad ó derecho de hacer recaer sentencia haya sido ó no estipulada en el contrato.

321. 7.º Los gastos de la demanda que el comprador ha hecho contra el vendedor para obligarle al cumplimiento del contrato se considera tambien *gastos legitimos*, los cuales debe reintegrar al comprador el retrayente; y al reintegrarlos se subroga á los derechos del comprador para reclamarlos al vendedor.

322. 8.º Los gastos de la instancia que ha hecho el adquirente por razon de la demanda de retracto presentado contra él, cuando éste no ha contestado.

323. 9.º El derecho de feudo franco que el com-

prador ha debido pagar, forma parte de los *gastos legítimos* que le deben ser reintegrados, cuando el mismo retrayente es de tal condicion que esté sujeto á dicho derecho, porque hallamos en este caso que el comprador lo ha pagado por él, pero es cuestionable entre los autores, si no estando sujeto el retrayente á dicho derecho, debe sin embargo reembolsar del mismo al comprador que fué obligado á pagarle. La razon que se alega en sentido afirmativo es que el retrayente debe dejar al comprador perfectamente indemnizado de todo lo que ha sido obligado á pagar por razon de la adquisicion, y no seria indemnizarle completamente si le dejase pendiente un proceso para reclamar el reembolso del derecho que pagó; para la cabal indemnizacion del adquirente es necesario que el retrayente le reintegre y se haga subrogar á los derechos del adquirente.

Esta primera opinion ha sido seguida por los anotadores de Duplessis por Boucheul, sobre la costumbre de Poitou, y por varios otros. Al contrario, Troncon, art. 129, citado por Lemaitre sostiene la opinion contraria. La razon en que se funda consiste en decir que es verdad que un adquirente capaz de poseer la finca que ha adquirido debe ser reembolsado de todo lo que estuvo obligado á pagar por cuenta de la adquisicion que hizo; pero que el que es incapaz de poseerla como es un plebeyo con respecto á los bienes nobles, no tiene derecho de hacerse reembolsar por el pariente noble del feudo franco que pagó para purgar su incapacidad; que dicho gasto no es debido tanto á la adquisicion por sí misma como á la incapacidad personal del adquirente: que el retrayente noble no debe experimentar perjuicio por causa de la con-

dicion del adquirente, ni de que haya querido adquirir un bien de que era incapaz. Este parecer ha sido seguido por Chopin, sobre la costumbre de Paris, II, 6, 6 y tambien por Ferrière. La primera opinion me parece preferible; la incapacidad en que otras veces se encontraban los plebeyos de poseer feudos ya no existe; únicamente están sujetos á pagar por dichos bienes una determinada cantidad al rey. Esta cantidad constituye un coste legítimo de su adquisicion; y de una adquisicion que no les ha sido vedada: deben por consiguiente ser plenamente reembolsados de la misma por el retrayente.

324. ¿Debe decidirse lo mismo con respecto á los derechos que han tenido que pagar las manos muertas por la adquisicion que se les retrae? ¿Está obligado el retrayente á reembolsarles del derecho de amortizacion que han pagado al rey, del coste de las cartas patentes que han obtenido para tener el permiso de adquirir, del derecho de indemnizacion que han tenido que pagar al señor, salvando á favor del retrayente la facultad de reclamar contra el arrendatario el derecho de amortizacion, y contra el señor el derecho de indemnizacion? Yo opino que el retrayente no está obligado á ello porque el presente caso difiere de lprecedente. Las manos muertas son verdaderamente incapaces de poseer y adquirir fincas; el comercio se lo tiene prohibido. Cuando por una gracia especial, el rey los releva de esta prohibicion al objeto de conseguir una adquisicion particular que suplican al rey les permita hacer, es una gracia que no debe perjudicar á los parientes del vendedor, ni por consiguiente hacerles demasiado oneroso su derecho de retracto, el cual con frecuencia se verian imposibilitados de

ejercer si les fuese preciso encontrar una respetable cantidad de dinero para reintegrar derechos igualmente considerables como lo son el de amortizacion y de indemnizacion, que las manos muertas pagan por las adquisiciones que verifican. Asi opina Guyot en su *Tratado de los feudos*, y Vaslin, sobre la Rochelle.

325. 10.º Por último los derechos señoriales que el adquirente ha pagado por su adquisicion, como los gastos de reconocimiento de censos pagados al señor, de reconocimiento de rentas en bienes raíces hipotecas que ha tenido que constituir á favor de aquellos que tenian algun derecho de renta en bienes raíces, otros derechos de hipoteca sobre la finca, etc., son igualmente gastos legitimos que deben ser devueltos.

Esto tiene lugar aun cuando la finca retraida estuviese en semovencia ó dependencia del rey, y que el retrayente por un derecho atribuido al oficio ó á la dignidad de que está revestido, tuviese el privilegio de no deber ningun derecho por las adquisiciones que hace sujetas á dicha dependencia.

Viceversa, ¿quid cuando el adquirente es un secretario del rey ú otro que goce de privilegio, y que el retrayente no lo es? En este caso no hay duda que el retrayente debe el derecho; ¿pero lo debe pagar al arrendatario del rey ó al adquirente que goza de privilegio contra quien el retracto se ejerce? Parece que se debe al arrendatario: el que goza de privilegio contra quien se ejerce el retracto, habiendo cesado de ser comprador á causa del retracto, quedando destruida su compra en su misma persona y transferida á la del retrayente, parece que no está en el caso de gozar del privilegio concedido á los secretarios del rey, consistente en quedar exen-

tos del pago de todo derecho por las ventas ó compras hechas de cosas que dependen del mismo. Asi opina Dumoulin, *in Cons.*, Par. ff. 22, n.º 6, quien dice sobre el particular que el privilegio *non debet negotiari ultra fines privilegii*; la cuestion se ha resuelto de conformidad á este parecer por sentencias de 21 Agosto 1649 y 18 Diciembre 1668: sin embargo se ha resuelto con posterioridad, ó sea por sentencia de 1714, que este derecho debe ser pagado en el caso que nos ocupa, no al arrendatario de los derechos del rey sino al adquirente privilegiado contra quien se ejerce el retracto, de la misma manera que si este adquirente lo hubiese efectivamente pagado. Puede decirse en apoyo de esta decision que lo que da lugar al retracto es la misma venta hecha al adquirente contra quien se ejerce más tarde; que el adquirente es quien se obliga para con el señor desde el mismo momento de contrato. Cuando el adquirente goza de privilegio, sólo en razon á su privilegio es que no sea deudor del derecho para con el rey, porque le opera una remision que el rey le hace del mismo. Esta remision equivale al pago, y como que se aprovecha de ella, es consecuente que este beneficio le sea indemnizado por el retrayente, lo mismo que si el adquirente lo hubiese pagado.

De otro lado se puede replicar contra la sentencia de 1714 que la misma se dictó en la costumbre de Poitou segun nos lo atestigua Vaslin, á quien dice le fué comunicada. Además esta costumbre contiene otra disposicion en el art. 355 favorable á la pretension de los secretarios del rey. Esta disposicion dice en términos expresos que *donde las ventas hayan sido objeto de remision, ya sea por liberalidad ó PRIVILEGIO ESPECIAL, procede igualmente su*

reembolso con el precio por dicho retrayente. No se puede pues deducir de dicha sentencia que la Corte haya querido aplicar la misma disposicion con respecto á otras costumbres que no la tienen, ni por consiguiente que haya querido cambiar su jurisprudencia establecida por los decretos de 1649 y 1668 arriba citados. La cuestion ha sido en último término resuelta por el edicto del mes de Diciembre 1743, art. 5, el cual confirma á los secretarios del rey en el privilegio de gozar de dicho don y remision sean cuales fueren los retrayentes.

326. Cuando el señor ha recibido del adquirente cierta cantidad á cuenta del derecho que se le debia y ha hecho remision de lo restante, el retrayente debe reintegrar al comprador todo el importe del derecho, y no tan sólo la suma que pagó al señor. Este es el parecer de Dumoulin, in Cons. Par. § 22, n.º 6 y de todos los autores, y dice que existe mucha diferencia entre el caso de uno que goce de privilegio contra quien se ejerce el retracto, y el presente. En el caso de uno que goza de privilegio contra quien el retracto se ejerce, el privilegio impide el que la venta hecha á favor del privilegiado produzca al rey derechos hasta que en razon al retracto ha sido trasferida á la persona del retrayente no privilegiado; pero, esta venta no subroga al privilegiado á los derechos del rey al objeto de hacerse reembolsar de los mismos por el retrayente. Al contrario cuando la venta del feudo ha sido hecha á favor de un particular á quien un señor ha hecho remision del beneficio, ó de una parte del mismo, esta remision envuelve un don que el señor hace al adquirente; y por consiguiente este adquirente encontrándose en virtud de la remision en los derechos del señor, puede hacerse

reembolsar de los mismos por el retrayente. Es el sentido de las palabras de Dumoulin: *latissima est differentia inter simplicem immunitatem quæ impedit acquisitionem juris, et cessionem quæ implicat agnitionem et acceptionem jurium et translationem jurium acquisite in alium.*

Esta decision no alcanza á las remisiones del cuarto hecho á favor de los adquirentes por los administradores de los dominios del rey, porque debiendo estos hacerlas indistintamente á todos los adquirentes que pasan aviso de su adquisicion, no pueden suponerse hechas por ninguna consideracion personal del adquirente: tan sólo se suponen hechas al adquirente en su calidad de tal; y por consiguiente no es el adquirente quien cesa de serlo en virtud de retracto; el retrayente es quien se hace adquirente en su lugar, y quien debe aprovecharse de esta remision. Este es el parecer de Livionére, *Tratado de los feudos*, y de otros muchos autores.

327. Vaslin hablando del artículo 35 de la Rochelle exceptua otro caso, y es que el adquirente no puede hacerse reembolsar la remision, caso de no haber pagado el beneficio y no haber obtenido la remision sino despues de la demanda del retracto, porque el pariente que ejerce el retracto, habiéndose declarado comprador en vuestro lugar en virtud de la demanda que os ha entablado, y estando desde entonces encargado en lugar vuestro de dicho derecho ó beneficio es contra la buena fé que al tomar la delantera le destruyais los medios que tenia de ir á encontrar al señor, y de obtener del mismo la remision que habria obtenido de la misma manera como la obtuvisteis. Pretende que es por esta misma razon el que Coquille, art. 12 del capi-

tulo 31 de la costumbre de Nevers, diga que el comprador, despues de las promesas, no debe pagar dichos derechos sin notificarlo antes el retrayente.

ARTICULO IV

De las mejoras.

328. Por la misma razon que el adquirente debe ser resarcido de los gastos legitimos que pagó por la cosa adquirida, debe ser igualmente resarcido de las mejoras que se vió obligado á introducir en la finca; este reembolso forma tambien parte de la indemnizacion que el retrayente le debe.

329. Obsérvese que no debe ser indemnizado sino de aquellas mejoras que ha introducido en la misma finca, *in rem ipsam*, tales son las reparaciones hechas en los edificios; pero no debe serlo de aquellas que haya hecho, no en la misma finca, sino tan sólo con ocasion de la misma. Por ejemplo, si el adquirente de una finca que se le retrae hubiese comprado antes de la demanda ciertos caballos destinados al cultivo de la finca, y que estos caballos se le muriesen, no podrá pretender que le sea reintegrado el precio que le costaron; porque la mejora que ha hecho con la compra de los caballos, en rigor no es otra cosa que una mejora hecha con ocasion de la adquisicion de dicha finca, puesto que no hubiese comprado los caballos si antes no hubiese adquirido la finca, y de ninguna manera puede conceptuarse como una mejora hecha en la misma finca.

330. Con respecto á aquellas mejoras hechas en la misma finca, *in rem ipsam*, tampoco debe ser re-

sarcido de todas ellas indistintamente: las que sean puramente de lujo no le deben ser abonadas porque el retrayente no se aproveche de ellas, corriendo á cargo del adquirente, que ya las introdujo sin necesidad.

331. Tampoco puede pretender le sean abonadas las mejoras útiles de que se aprovecha el retrayente cuando éstas no son necesarias. La razon es, que no le debe ser permitido hacer más onerosa la condicion del retracto con introducir en la finca sujeta al retracto mejoras que, aunque útiles, no eran necesarias, é impedir por este medio á los parientes que no tuviesen la comodidad de pagarlas el ejercer el derecho de retracto que la ley les concede. Por esta razon es que la mayor parte de las costumbres, entre otras la de Paris, art. 146, y la de Orleans, art. 373, prohiben á los adquirentes introducir ninguna innovacion ó mejora en la finca sujeta al retracto mientras dure el tiempo del mismo. Si, contra esta prohibicion, los adquirentes hacen mejoras no necesarias, justo es, por útiles que sean, que no puedan reclamarlas del retrayente en justo castigo de su contravencion á la ley. No cabe en este caso alegar la regla que dice que *neminem æquum est locupletari cum alterius detrimento*; porque esta regla no puede ser opuesta por quien sufre la pena por faltas propias, como en el caso presente y en varios otros; *puta* en el caso de la prescripcion.

332. Si el retrayente no está obligado á indemnizar las impensas supérfluas ó útiles, que no tengan el carácter de necesarias, á lo menos debe permitir al adquisidor que saque del patrimonio todo lo que al mismo no produzca deterioro de ninguna clase, mediante la condicion de que el propio adquisidor deje las cosas en idéntico estado al que

tenían antes de haberlas adquirido, con lo cual no causará por esto ningún daño al retrayente. Por ejemplo, si un adquirente hubiese adornado con jambas de mármol y cristales las chimeneas de la casa, en la que hubiera ejercitado después el retracto, podrá llevarse las jambas de mármol y los cristales, devolviendo los antiguos y restableciendo las chimeneas en el estado en que se encontraban. Algunas disposiciones sobre el particular se hallan: Laon, art. 253; Chateaufort, art. 89.

Esto no se permite al adquirente que puede indemnizar una parte de las impensas realizadas; pero si no hubiese reportado ninguna utilidad, destruyese las mejoras llevadas á cabo en la finca, únicamente, *animo nocendi* y con el solo objeto de que el retrayente no se aproveche de ellas, como si borra las pinturas, destruye las plantaciones, etc., no podrá alegar excusa y tampoco podrá eximirse de ofrecer la devolución de las cosas á la situación en que estaban antes de la adquisición, debiendo además ser condenado á las indemnizaciones y derechos que competan al retrayente: *Neque enim indulgendum*; Arg. 1, 38, ff. de *rei vend.*

333. Cuando por la cláusula de un contrato de arrendamiento á renta redimible, el arrendador está obligado á hacer determinadas mejoras en la finca, para mayor garantía de la renta que ha de percibir el arrendatario y que retiene para los efectos del contrato, como por ejemplo, si viene obligado á plantar de viña una extensión de terreno, el arrendador sujeto al retracto, que no hubiese sido atendido al verificar la plantación habiendo transcurrido asimismo el tiempo para ejercitar el retracto, no debe la repetición del pago, en el caso de haber lugar al contrato. No puede alegar que ha sido obli-

gado á hacerlo, porque puede diferir el cumplimiento hasta que termine el tiempo para ejercitar el retracto. No se puede oponer sino dirigiéndose contra el retrayente, en las mismas condiciones á que está sujeto el arrendador, y si hubiese sido igualmente obligado á verificar la indicada plantación, puesto que habiéndola hecho á sus expensas, debe ser indemnizado, porque esta obligación, únicamente estipulada para garantizar el cumplimiento del contrato y seguridad de la renta, faculta al retrayente para resarcirse reembolsándose la renta.

Quid, ¿si la cláusula del contrato previene que el adquirente estuviese obligado á realizar esta mejora sin dilación y dentro del mismo año? En este caso podría resolver en el mismo sentido porque el arrendatario no teniendo interés en que se realice la mejora precisamente dentro del año, puede considerarse la citada cláusula puesta fraudulentamente para no cumplir el contrato, y en su consecuencia se tiene por nula.

334. Sufre excepciones el principio de que el adquirente carece de derecho para percibir las impensas útiles, en el caso del retracto á mitad de precio. Véanse *infra* las razones de esta excepción.

Hay lugar á excepción cuando la finca se ha vendido en su provecho y que por consiguiente no está sujeta al retracto; por ejemplo, cuando por el contrato de venta se haya dicho que la finca pertenece al vendedor en virtud de su simple adquisición. La duda consiste en que parece que en este caso el adquirente no ha incurrido en falta al hacer estas impensas útiles durante el tiempo del retracto, puesto que él veía que la finca no estaba á ello sujeta y que por la tanto no debía perder las impensas, en provecho exclusivo del retrayente. No debe,

empero, éste ser indemnizado, hasta que se conozcan las mejoras realizadas en la finca, en conformidad con la siguiente regla jurídica: *neminem æquum est locupletari cum alterius detrimento*. A pesar de las precedentes razones, de este caso no debe concertarse indistintamente con el adquisidor la repetición de las impensas. El adquisidor incurre siempre en falta por haber dado fé con ligereza á la declaracion del vendedor y por no haberse asegurado de la verdad de esta declaracion, haciéndose exhibir los correspondientes títulos. Si ha concertado en este caso la repetición, dará libre paso al fraude y nada será más fácil que invocar en la defensa la costumbre de no hacer ninguna innovacion durante el tiempo del retracto, haciendo continuar en la escritura de contrato, que la finca, por su simple adquisicion, pertenece al vendedor. En el caso actual, debe resolverse por las circunstancias y no acordar con el adquisidor la repetición de las impensas realizadas en provecho del retrayente, ya que parece que por estas mismas circunstancias se ha dado fácilmente crédito á la declaracion del vendedor, cuya insolvencia le priva del recurso para obtener la reparacion ocasionada por la falsedad de la declaracion.

335. Las redenciones voluntarias que el comprador haga de las rentas sobre tierras y de los derechos de las servidumbres á que la finca estuviese afecta, pertenecen á la clase de impensas útiles que el retrayente, siguiendo nuestro principio, no viene obligado á devolver al comprador, puesto que en aquel caso el retrayente estaría obligado á la redencion, aunque no se hubiesen indemnizado al comprador; *supra*, n.º 300. Pero en el caso de que el retrayente no fuese obligado á pagarlas, el com-

prador puede á lo menos renovar en su provecho la renta sobre las tierras que hubiese desembolsado y el retrayente no puede dispensarse de continuar el pago de la misma. *Annotateurs de Duplessis, sur la fin du chap. 4.*

Igualmente, cuando el comprador ha redimido por una determinada cantidad su derecho de servidumbre á que viene afecta una casa vecina, si esta se ha retirado, el retrayente no está obligado á devolver la consabida cantidad al adquisidor por esta redencion que el retrayente se halla dispensado de hacer; con tal que prefiera mejor sufrir la servidumbre. Pero si el vecino quisiera usar de la servidumbre que le ha sido otorgada y el retrayente se lo impidiese, oponiéndole el rescate que haya realizado el adquisidor sobre quien se ha ejercitado el retracto, en este caso habrá una aprobacion del rescate hecha por el retrayente, que le obligará á reembolsar el adquisidor el precio que importa la redencion.

Por otra parte, si el vecino usa de este derecho de servidumbre sin que el retrayente se lo impida, el comprador podrá repetir del propio vecino el precio del rescate, por medio de la accion llamada en derecho, *Conditio ob rem dati, re non secuta*.

336. Con respecto á las impensas que sean necesarias, el comprador que las hubiese realizado debe ser por ellas indemnizado por el retrayente.

Las impensas necesarias comprenden no solamente grandes reparaciones, sino tambien aquellas de simple entretenimiento, aunque el adquisidor hubiese percibido los frutos de la finca antes de la demanda de retracto, mediante la condicion de que estos no sean los que haya llevado á cabo en compensacion de los frutos percibidos; porque las re-

paraciones de entretenimiento contribuyen únicamente al ornato y recreo de una finca, aunque sean de larga duracion, como las que hace un usufructuario, que duran de por vida, pero bien entendido que no pertenezcan al género de mejoras de ornato momentáneo, tales como los que hace el adquisidor sujeto al retracto.

No obstante, si dentro de las costumbres ó dentro del tiempo del retracto falta por un solo día la buena fé, el adquisidor que haya tardado largo plazo en obrar fielmente, no puede ejercitar el retracto sino despues de muchos años, por ejemplo, trascurridos quince ó veinte. El adquisidor que hubiese disfrutado de la finca durante largo espacio de tiempo, no tendría derecho á la repetición de las reparaciones de entretenimiento realizadas en el trascurso del disfrute de las mismas, porque corren á su cargo semejantes reparaciones.

337. Con respecto á las impensas hechas para producir ó para recojer los frutos del año es indudable que son ellas una carga inherente á los frutos y al dueño de los mismos, si se han percibido antes de la demanda, siendo del adquisidor en este caso y del retrayente si se han percibido despues de la demanda.

338. Las impensas calificadas de necesarias deben indemnizarse al adquisidor por el retrayente, cuando menos durante el tiempo del retracto, declarándose que no subsisten, si han sido destruidas por cualquier caso fortuito, por ejemplo, si el adquisidor ha hecho reconstruir la pared de un predio. Aunque no existiese esta impensa al tiempo del retracto, por haber sido destruída la finca por el rayo despues de realizada la referida reparacion, el adquisidor deberá ser indemnizado, porque ha-

biendo justo motivo de hacer la reparacion, ha de ser indemnizado por ella: Grimaudet, VIII, 1.

339. El adquisidor debe ser indemnizado de las cantidades que hubiese invertido en obras necesarias, realizadas por su mandato, puesto que, por una falta inexcusable, ha dejado de pagar á los tratantes y obreros mucho más de lo que les correspondia, y en este caso es justo que no se le indemnice más que por el coste de las obras que haya ejecutado, con tal de que no sea sobradamente exagerado.

Para hacer constar estas impensas, debe acudirse á las declaraciones de los operarios que las hayan realizado, á menos de que el retrayente no se ofrezca á probar que tales impensas son supuestas.

Con objeto de evitar contestaciones acerca de este particular, basta la prudencia del adquisidor, cuando las reparaciones que han de ejecutarse son de gran importancia, haciéndolas reconocer y justipreciar préviamente por un perito nombrado de oficio por el juez, mediante instancia del adquisidor.

340. Por último, aunque el retrayente estuviese facultado para realizar estas obras para mejorar el contrato, ú otro las hubiese dejado hacer, no se exime de indemnizar el coste de las mismas al adquisidor que las haya mandado ejecutar y que no tenga los propios recursos, á menos que no parezca que el adquisidor haya consentido en concluir por sí mismo estas obras, necesarias en verdad pero no urgentes, á fin de que no disfrute de ellas el retrayente. En este caso existe dolo y el adquisidor no debe ser indemnizado en más de lo que hubiese gastado el retrayente.

ARTÍCULO V

A quién debe indemnizarse cuando el retracto se ejerce sobre un tercero.

341. Cuando yo compro una finca sujeta al retracto que poco despues he vendido á Pedro, la accion del retracto que el linajero de mi vendedor ejerce contra Pedro, es la misma accion que él ha debido ejecutar contra mí, puesto que Pedro es considerado como poseor de la finca.

De esto se deduce, que está obligado á indemnizar á Pedro todo lo que estaria obligado á indemnizarme á mí, si fuese contra mí sobre quien ejecutase el derecho de retracto. He aquí porque, si yo he revendido á Pedro la finca por el precio aproximado que me ha costado, no es por el precio el adquirente Pedro, pero es por ello que yo la he comprado y cuyo precio debe indemnizar el linajero. Igualmente son estos los verdaderos gastos que me ha ocasionado la adquisicion y no aquellos inherentes á la adquisicion de Pedro, quien tiene derecho á su indemnizacion.

Con respecto á las impensas necesarias realizadas en la finca, está obligado á indemnizar tanto aquellas que yo hubiese hecho, como las que haya realizado Pedro.

342. Estos principios dan lugar á la cuestion siguiente. Si yo he vendido la finca sujeta al retracto á Pedro, por un precio mayor que el que me costó al comprarla, por ejemplo, si yo se la he vendido por 10,000 libras, aunque la hubiera comprado por 8,000, Pedro, que no recibirá del retra-

yente más que 8,000 libras, ¿tendrá derecho á exigirme las 2,000 libras que haya pagado de más? Sí; porque produce este efecto la accion denominada *Conditio sine causa*; la adquisicion de la finca que yo le he vendido, habiéndose acabado con mi persona se ha transferido á la del retrayente; la venta que le hubiese hecho tambien es ineficaz, no teniendo el derecho de verificarla, y por consiguiente tampoco me compete la facultad de retener el precio. Muchas costumbres corroboran tales disposiciones; Anjou, 400; Maine, 411; Bourbonnois, 460 y otras.

Grimaudet, III, 1, opina que esta decision no tiene lugar cuando el comprador sepa que la cosa está sujeta al retracto, pero las razones que aduce, prueban que aun en este caso hay lugar á ella, á menos que por la venta hecha á Pedro, este no se hubiese arriesgado explicitamente al retracto que puede ejercitarse sobre aquella cosa que se me hubiese cedido.

343. Al contrario, si he vendido á Pedro por 8,000 libras la finca sujeta al retracto, que yo he comprado por 10,000 libras, no podré repetir de Pedro, sobre quien recae el retracto, las 2,000 libras de más que haya recibido del retrayente como precio pagado por mí al comprar la finca. Habiéndole vendido la finca, le he cedido al mismo tiempo todos los derechos que me pertenecian sobre ella, y por consiguiente el derecho que yo podré exigir en caso de retracto, será únicamente el reembolso de las diez mil libras, por las cuales me fué vendida la finca. El retracto, por tanto, ha dado margen al nacimiento de este derecho, en vez de destruir el derecho á la adquisicion de la misma por parte de Pedro.

Por idéntico motivo, cuando el linajero de mi vendedor ha ejercitado el retracto sobre aquel á quien yo he hecho donacion de la finca, no podré repetir de mi donatario las cantidades que le haya reembolsado el retrayente, porque al darle la finca, le doy tambien los derechos inherentes á la misma.

344. En conformidad á las costumbres, se otorga al linajero más próximo la preferencia en el ejercicio del retracto, sobre el linajero más lejano. ¿Por gozar de semejante preferencia sobre el más lejano está obligado á indemnizarle sus gastos? Chateau-neuf, 77; Chartres, 68, etc., se deciden por la afirmativa. Nuestra costumbre de Orleans, art. 478, puede tambien aducirse como argumento en este sentido. Cuando la costumbre no es bastante clara, la cuestion presenta cierta dificultad.

Se puede decir, en favor del reembolso de los gastos ocasionados por el primer retracto, que las costumbres mencionadas más arriba que lo prescriben, aunque no tienen fuerza de ley fuera de su territorio, pueden á lo menos servir de perjuicio y de motivo para resolver dentro de las costumbres que no sean conocidas. Por el contrario, se puede decir asimismo, en opuesto sentido, que el linajero que ejerce el retracto, debe venir obligado á los gastos de la adquisicion por el comprador extraño, puesto que él está, en virtud del retracto, subrogado en lugar del adquisidor, si bien que no debe obligarse á pagar los gastos del retracto ejercitado por el pariente más lejano. El ejercita el retracto por cuenta de su jefe y por lo tanto no se halla subrogado en el lugar del linajero más lejano, que ni aun en su defecto tiene derecho al retracto si aquél quiere ejercitarlo, y por esto aunque lo ejercite puede ser de condicion más onerosa. Este es el razonamiento

de Chassernée sobre la costumbre de Bourg, cuyo autor dice: *Remotior non potest, per suum retractum, deteriorem facere conditionem proximioris, augendo pretium impensarum*, y concluye que cuando él haya precavido el caso, no puede pretender la indemnizacion por los gastos, *nisi prius interpellasset proximorem sit retraheret*, si de acuerdo con las costumbres más arriba mencionadas el retrayente más cercano está obligado á la indemnizacion de los gastos del primer retracto, con tal que no se le conceda la preferencia mediante esta condicion. Las referidas costumbres han querido inducir á gran número de linajeros á ejercer el retracto y á que los más lejanos no pudiesen de ningun modo volver á ejercitarlo por el temor de perder los gastos, en el caso de que los más próximos se presentasen. Pero cuando la ley no ha opuesto esta condicion á la preferencia que se concede á los linajeros más cercanos, no existe ninguna razon para obligarles á la indemnizacion de estos gastos.

345. Cuando el linajero ejerce el retracto sobre el señor que ha ejercitado el retracto feudal, cabe la cuestion, si se halla obligado á restituir al señor los gastos que haya hecho para el retracto feudal. Es necesario creerlo así por las razones citadas más arriba.

ARTÍCULO VI

¿En qué tiempo el retrayente debe indemnizar al adquisidor? ®

346. Hay que hacer distincion entre el precio de la venta y de las otras cosas por las cuales debe ser indemnizado el adquisidor por el retrayente.

Con respecto al precio de la venta, señalan las costumbres término fatal, dentro del que el retrayente está obligado á reembolsar al adquisidor el precio que se haya satisfecho y si se niega á ello depositarlo, por lo cual se halla obligado á restituirle el resto del precio que falta por pagar; si por el retrayente no se satisface dentro del término fatal, al punto de acabarse este, ¿hay lugar al derecho de retracto?

Este término está regulado diversamente por las costumbres. París, 136; Orleans, 370; y la mayor parte de los usos consuetudinarios consienten solamente el plazo de veinte y cuatro horas, si bien que otras costumbres, sin embargo, conceden un término algo más largo. Sens, 65, otorga tres días; Blois, art. 196, Poitou, Anjou, le Maine, la Rochelle, Saintonge, Bordeaux, Amiens, conceden ocho; Luqs, nueve; la Marche y Bretaña, quince; la costumbre de Nevers, tit. 31, art. 5, de un plazo de veinte días.

347. Cuando no es posible al retrayente pagar dentro del término prescrito por la costumbre, por ejemplo, á causa de hallarse lejano el domicilio del adquisidor ó por cualquiera otra razón, como ninguna ley puede obligar á lo imposible, el retrayente puede asimismo alcanzar del juez un período de tiempo algo más largo. Nuestra costumbre de Orleans, art. 371, contiene una disposición, según la cual, por la equidad que entraña, debe acomodarse á las costumbres análogas, que no se presenten con suficiente claridad. Pero el juez no puede conceder, sin justa causa, esta próroga, pues el adquisidor en caso contrario tendría el derecho de apelar. También en este caso las promesas y consignaciones hechas por el retrayente fuera del

tiempo señalado por la costumbre, serian declaradas nulas, y el retrayente desposeido del derecho de retracto.

348. Las costumbres varían asimismo acerca del plazo desde el cual ha de comenzar á contarse el término fatal concedido para el reembolso del precio. Unos dicen que ha de correr después de la sentencia de adjudicación del retracto, y los otros opinan que sea después de haber reconocido el retracto el adquisidor. También hay algunos que afirman que empiezan á contarlos desde el día de la notificación del fallo, y otros solamente desde el día en que comienza la demora en adquirir la finca por el adquisidor. Muchos desean además, que para que el tiempo pueda comenzar á correr, el adquisidor haya dejado en la escribanía su contrato de adquisición, pero la mayor parte añaden que el adquisidor haya afirmado en juicio la verdad sobre el precio.

349. Lo que según la diferencia de costumbres es preciso hacer para que el tiempo del retracto pueda empezar á correr, se refiere á cualquier especie de venta, lo mismo con respecto á los retrayentes, cualquiera que ellos sean. Por ejemplo, las costumbres que reclaman para que este tiempo empiece á transcurrir, que se pruebe la sinceridad del contrato, debe realizarse esta prueba lo mismo en el caso de venta y adjudicación por decreto como en presencia de los retrayentes que hubiesen concurrido á la perfección del contrato. En virtud de estas costumbres, consígnase la formalidad de esta prueba, en previsión de que pudiesen cometerse algunos fraudes en el precio del contrato, que no fuesen de temer en venta pública, en presencia asimismo del retrayente que hubiese asistido á la estipulación del contrato hasta el fin. Tampoco es-

tas costumbres han prescrito esta prueba como una formalidad ni como una ley general, ni que sea permitido en ningun caso dispensarse la omision de semejante formalidad.

350. Acerca de los diversos requisitos que las costumbres prescriben para que pueda empezar á transcurrir el retracto, nos ceñiremos únicamente á las de París y Orleans.

La de París, art. 136, dice que el retrayente está obligado á pagar ó consignar dentro de las veinte y cuatro horas despues que por sentencia se haya adjudicado el retracto y que el comprador desde aquella fecha podrá depositar sus documentos en la escribanía, afirmándose el precio, si para ello fuese requerido.

351. Resulta de este texto, que en la costumbre de París, para que el término fatal de las veinte y cuatro horas empiece á transcurrir, es necesario que concurren dos circunstancias y algunas veces tres.

1.º Es preciso que haya una sentencia por la cual ha sido adjudicado el retracto, expresándose por la siguiente cláusula: *despues del retracto adjudicado por sentencia.*

De aqui se sigue que si por la demanda de retracto, el adquisidor ha querido significar al retrayente por un acto de su voluntad que reconocia el retracto y le ofrece abandonar el patrimonio, el plazo de las veinte y cuatro horas no correrá desde el dia de la realizacion de dicho acto. El adquisidor no podrá hacerlo correr más que haciendo dictar una sentencia en juicio contradictorio, ó en su defecto se decretará en virtud de su formal promesa.

352. Cuando la sentencia de adjudicacion del retracto ha sido proferida por la audiencia, previo

juicio contradictorio, y las demás condiciones han sido anteriormente cumplidas, el plazo de veinte y cuatro horas debe transcurrir desde el fallo. Pero como no será fácil de apreciarlo, debe empezar á contarse solamente despues de la hora en que acostumbren á terminar las audiencias.

Cuando la sentencia se ha pronunciado por no haber terminado todavía el plazo, no surte efecto hasta despues de su notificacion, pudiendo entonces empezar á contarse el término de veinte y cuatro horas. Se practica lo mismo cuando el fallo haya sido pronunciado mediante un proceso por escrito.

Si en el propio acto de la notificacion no se expresa la hora, el plazo de veinte y cuatro horas no empezará á correr hasta despues de la hora en que en dicho dia se ponga el sol, entendiéndose que el acto puede verificarse hasta la puesta del sol.

353. Si dentro del plazo de veinte y cuatro horas, el adquisidor se ha apelado de la sentencia, no se piense que el término debe transcurrir para cumplimentar el fallo. Algunas costumbres, como Reims, art. 202, Laon, 263, lo resuelven en este sentido. Efectivamente, el adquisidor no podrá reservarse la facultad de oponerse, aunque el retrayente dentro del término fijado no hubiese cumplido con las condiciones de la sentencia de adjudicacion del retracto, porque en este caso es el adquisidor quien se lo ha impedido por su llamamiento y de consiguiente por este solo hecho. Está obligado por tanto á hacer el ofrecimiento correspondiente, á pesar del llamamiento.

354. 2.º Para que el término de veinte y cuatro horas pueda correr, segun la costumbre de París es necesario que el adquisidor haya renunciado el contrato de adquisicion en la escribanía á fin de que

el retrayente pueda enterarse de ello y saber el precio, que ha de abonar. Esto se permite, si este depósito no se hubiese hecho todavía cuando se profirió la sentencia de adjudicación del retracto, y entonces el plazo de veinte y cuatro horas no correrá hasta después del día y la hora en que se hubiese hecho el depósito, y si la hora no se hubiese expresado en dicho acto, entonces no correrá hasta después de la última hora del día en el cual se hubiese hecho el depósito, no pudiéndose, á falta de la expresión de la hora, alegar la razón de que el depósito se ha hecho pasada la última hora.

355. No está dispensado el adquirente de realizar este depósito, cuando durante el curso de la instancia hubiese dado copia de su contrato ó le hubiese hecho sacar de los autos. Los anotadores de Duplessis, cap. 3, sect. 2.

356. La costumbre de Paris previene que este depósito debe hacerse estando la parte presente y debidamente llamada; será suficiente la notificación hecha á su procurador en su mismo domicilio; Duplessis, cap. 3, sect. 2. Si el depósito se hiciese durante la ausencia del retrayente y sin que hubiese podido ser llamado, podrá éste, puesto que el plazo esta corriendo, denunciar por escrito que se ha hecho el depósito en la escribanía y que él tiene derecho á que se le comunique el hecho.

Esto debe observarse segun las costumbres que prescriben simplemente que el tiempo corre después del depósito del contrato en la escribanía sin añadir *parte presente ó llamada*, porque es evidente que esta cláusula puede suplirse y porque en vano el adquirente habrá hecho semejante depósito en la escribanía, si el retrayente, por quien se hace, no hubiese sido avisado.

357. La costumbre de Paris exige en tercer lugar para que pueda correr el plazo de veinte y cuatro horas, que el adquirente afirme en presencia del juez la verdad del precio de su adquisición, *si á ello es requerido*, de lo cual se sigue que si no hubiese sido requerido, el término de veinte y cuatro horas no podrá correr sino desde el día y la hora en que delante del juez y del retrayente hizo esta afirmación, y si se hace en su ausencia, después del día y de la hora en que se le haya notificado el acto. Si la hora no se expresa en el acto de la afirmación ó de la notificación, no podrá correr hasta después de este día.

Pero la costumbre no prescribe esta afirmación para que corra el plazo de veinte y cuatro horas si el adquirente no ha sido requerido y si él no lo es antes del fallo, no dejará de correr el plazo, de cumplirse y de caducar el contrato aunque no se haya verificado esta afirmación.

358. Aunque el plazo de veinte y cuatro horas fijado para la ejecución del retracto no corre hasta tanto que el adquirente haya depositado su contrato en la escribanía, sin embargo Brodeau en dicho artículo, dice que el retrayente debe perseguir al adquirente y que si ha dejado pasar el año y el día siguiente á la sentencia adjudicatoria del retracto sin perseguir al adquirente para que deposite su contrato en la escribanía, debe ser declarado sin derecho al retracto. Añade además que él debe hacer lo mismo si el retrayente habiendo, después de la sentencia de retracto, designado al adquirente para poner su contrato en la escribanía, ha dejado que prescriba esta designación; lo consigna un decreto de 26 de Noviembre de 1636, que lo ha juzgado en este sentido. Los anotadores de Duplessis,

en la edicion de 1699, *Tratado de los retractos*, cap. 3, secc. 2, consignan esta opinion de Brodeau, y piensan que tiene bastante autoridad semejante decreto para que deba tenerse como máxima jurídica. La sola razon en que semejante decision puede apoyarse, es que en una materia tambien rigurosa como la del retracto, el tiempo de la ejecucion de la sentencia no debe tener mayor duracion que el de la accion que se interpone.

Este pretendido principio que Brodeau alega como fundamento de su opinion, es precisamente el que está todavía pendiente de contestacion; la accion *judicati* que nace de todas las sentencias, es una accion ordinaria, que dura treinta años. Ninguna ley ha hecho distincion entre las sentencias que recaen sobre las acciones anuales y las que recaen sobre las acciones ordinarias. El adquisidor no puede dirigirse contra el retrayente que haya demorado satisfacer ó abonar lo que la costumbre y la sentencia adjudicatoria del retracto obligan abonar, aunque este adquisidor sea el mismo que haya demorado hacer el depósito de su contrato que la costumbre previene hacer: *Mora debitoris purgatur, quandiu ipse creditor est in mora.*

359. Nuestra costumbre de Orleans se expresa en diferente sentido que la de Paris, que dice simplemente, art. 270: *dentro de veinte y cuatro horas en que el retracto haya sido adjudicado ó reconocido, es necesario pagar*, etc. Resulta de esas palabras ó *reconocido*, añadidas cuando la reforma, que se cree otra vez de conformidad con nuestra costumbre de Orleans, el plazo de veinte y cuatro horas correrá desde el momento de la notificacion del acto de reconocimiento del retracto, hecho por el adquisidor al retrayente, sin que sea necesario que

recaiga una sentencia que declare los ofrecimientos del adquisidor; y se puede ver todavía el modo de pensar de Lalande en su comentario sobre este artículo. Pero despues se ha intentado obtener una sentencia que dé fé del reconocimiento del retracto y que no permita que corra el plazo de veinte y cuatro horas hasta despues de dicha sentencia; lo cual se ha establecido para impedir los fraudes de los adquisidores que buscaban el medio de practicar las notificaciones de reconocimiento del retracto, cuando el retrayente no disponia de tiempo suficiente para ello, ya valiéndose de su ausencia, ya recurriendo algunas veces á medios todavía más criminales.

360. Nuestra costumbre de Orleans no exige precisamente, como la de Paris, para que trascurra el término de veinte y cuatro horas, que el adquisidor haya depositado en la escribanía su contrato. Esto se practica porque, segun nuestra costumbre, si el adquisidor no ha sido requerido por el retrayente para hacer este depósito, el plazo de veinte y cuatro horas corre despues de la adjudicacion del retracto é importa la prescripcion del retracto, aunque no se haya hecho el depósito. Mas aunque nuestra costumbre de Orleans no sea más explicita acerca de este depósito, si el retrayente solicita que semejante acto se le comunique por la escribanía, por más que el adquisidor no cumpla con este requisito, el plazo de veinte y cuatro horas no puede correr en perjuicio del retrayente; porque en este caso por consecuencia del hecho y la demora del adquisidor, no ha cumplido su obligacion el retrayente, quien no puede indemnizar si no sabe fijamente cuál es el valor correspondiente á la indemnizacion. ®

361. Cuando el adquirente demore la exhibición de su contrato, habiendo sido requerido, no solamente no corre el plazo para la ejecución del retracto, sino que si el retrayente quiere seguir adelante, puede perseguir el adquirente para que exhiba la escritura de contrato, siéndole permitido al retrayente consignar una suma determinada, sin perjuicio de completarla luego; después de esta consignación puede renunciar la herencia ó la finca, como si hubiese quedado completamente satisfecho. Esta es la juiciosa opinión de Vaslin.

362. Cuando el retracto no se haya ejercitado más que contra una parte de las fincas que el contrato comprende y que por consiguiente queda por resolver la parte de precio que el adquirente debe abonar, es evidente que el plazo para la ejecución del retracto no puede correr hasta que se haya resuelto esta cuestión, pues el retrayente no puede volver más tarde la suma que debe abonar; decreto de 1640, citado por Brodeau en el artículo 135.

363. El plazo de veinte y cuatro horas, lo mismo que el de tres, ocho ó quince días, se considera continuo pero no útil, debiéndose comprender también las horas de la noche.

364. Igualmente, aunque el término de veinte y cuatro horas concluya en día de fiesta, no se aplaza por más que el retrayente sea un cura ocupado en el servicio divino; pero los actos necesarios para la ejecución del retracto, tales como la consignación y finiquito de la suma que se ha de recibir, puede hacerse en día festivo. Duplessis y sus anotadores, cap. 3, secc. 2.

365. Por último, este plazo es fatal, es decir que si el linajero no ha satisfecho el precio dentro del tiempo fijado, por el lapso de este tiempo se le con-

sidera destituido del derecho de retracto, sin que pueda aplazar su demora para el día siguiente.

366. Falta tratar todavía una cuestión que consiste en saber si el tiempo fijado para la ejecución del retracto debe contarse *de momento ad momentum*. No hay lugar á esta cuestión segun las costumbres de París y Orleans y de otros puntos que sólo exigen el plazo de veinte y cuatro horas para la ejecución del retracto; este tiempo que consta de un determinado número de horas, es indudable que debe contarse *de momento ad momentum*. Ofrece mayor dificultad con respecto á las costumbres que previenen cierto número de días, tales como las de Blois y de la Rochelle, que prescriben ocho días. Vaslin, segun la costumbre de la Rochelle, art. 34, asegura que este tiempo se cuenta igualmente *de momento ad momentum*, y que el retrayente no tiene ocho días completos, no comprendiendo el día en que deben empezar á correr, pero si tiene ocho días ó sea ocho veces veinte y cuatro horas de plazo, que han de contarse desde el instante en que el tiempo comienza á transcurrir. Por ejemplo, segun la costumbre de la Rochelle, que prescribe que empiecen á correr los ocho días *después que el comprador hubiese exhibido sus escrituras y afirmado en ellas*; si el comprador ha hecho esta afirmación en la audiencia del primer mes de Junio, los ocho días correrán después de la hora de audiencia y el retrayente no estará á tiempo de ejecutar su retracto hasta igual hora del 9 de Junio y no durante todo este día. Se funda en que la costumbre no dice que concede *ocho días después de la exhibición y la afirmación*; pero añade, *ocho días después que se hubiese verificado la exhibición y la afirmación*.[®]

Hay más; si en un año bisiesto hay un día de más y se encuentra dentro de los ocho fijados, debe también contarse.

§ II. *Dentro de qué tiempo debe verificarse la indemnización de los alquileres y gastos desembolsados.*

Con respecto del precio, la costumbre de París no ha prescrito un término fatal ni tampoco para la indemnización de los alquileres vencidos y de las impensas. Esta doctrina se desprende del art. 136 de la costumbre de París, que consigna que el retrayente debe abonar al comprador las últimas impensas que haya pagado al vendedor por la compra, ó consignar el precio dentro de las veinte y cuatro horas. No se refiere más que al precio de la compra, y no contiene una palabra sobre los alquileres vencidos y abonados, de lo cual parece deducirse que según la costumbre de París no existe ningún término fatal para la indemnización de los alquileres vencidos y abonados, sin que por lo mismo haya lugar á distinguir los alquileres vencidos que se hubiesen ya liquidado cuando la adjudicación del retracto, de aquellos que no lo hubieran sido.

368. Hay alguna diferencia según la costumbre de Orleans, que expresa en su artículo 370, que dentro de veinte y cuatro horas es necesario pagar y abonar al comprador de su principal, alquileres vencidos y abonados, que al hacer la adjudicación del retracto, se hallen claros y liquidados. De donde parece deducirse que según la costumbre de Orleans, el abono de los alquileres vencidos que estén ya liquidados, menos aquellos que se hayan ya recibido, tales como los derechos de registro,

asientos, etc., las adehalas y gratificaciones expresadas en el contrato, pues entonces no deben tampoco ser abonados dentro del plazo fatal, á semejanza de lo que se hace con el precio.

369. El tiempo para la indemnización de los alquileres vencidos, sobre todo de aquellos que no se han liquidado, no estando fijados por la ley, debe el adquirente, después de realizada la liquidación, obtener un fallo que condene al retrayente á abonarlos dentro del término que se haya dejado al arbitrio del juez, pero con la condición de que sea más corto. Y si el retrayente no ha satisfecho dentro del tiempo prescrito por la sentencia, que no es fatal como el prescrito por las costumbres, el adquirente debe reconvenir al retrayente para que por medio de segunda sentencia, no habiendo satisfecho el retrayente en virtud de la primera, se aplase la caducidad del retracto y hasta que se haya fallado en este sentido, tiene el retrayente tiempo para abonar lo que corresponde, pagando previamente los gastos.

ARTÍCULO VII

De las ofertas y de la consignación que el retrayente está obligado á hacer en caso de que el adquirente rehuse la percepción ó en el caso de que no haya sido hallado en el domicilio de aquél.

370. Cuando el adquirente ha rehusado recibir la indemnización del precio de su adquisición, que el retrayente le ha ofrecido, ó cuando este adquirente no se haya encontrado en casa de aquél, el retrayente viene obligado, dentro del plazo fatal, á

hacer constar sus ofrecimientos por medio de proceso verbal instruido por un juez inquisidor asistido de dos testigos.

Duplessis, cap. 5, sec. 2, quiere que estos ofrecimientos los atestigüen dos notarios ó un notario y dos testigos. Esto no se practica en nuestra provincia, pues el juez inquisidor encargado de verificar la notificación para la recepción, siendo un funcionario público, parece que puede dar fe de los ofrecimientos, sin que sea necesario que asista al acto un notario: sirve esto únicamente para aumentar los gastos.

371. Para que sean válidos semejantes ofrecimientos, es preciso que concurren cuatro circunstancias. 1.º Es necesario que se hagan en el verdadero domicilio del adquirente ó en el de su tutor ó curador, si el adquirente es un menor ó un incapacitado. No basta tampoco hacer el ofrecimiento en el domicilio del procurador, porque un procurador *ad lites* no tiene poderes para recibir.

Puede hacerse también el ofrecimiento en cualquier sitio, al adquirente, con tal que para el efecto legal, el retrayente ú otro en su nombre ofrezca seguir al adquirente y llevar el dinero á su domicilio ó á otro lugar que él indique para recibirlo, porque este adquirente no está obligado á recibirlo en otra parte que en su casa. Solamente, sin embargo, debe tener en cuenta las circunstancias. Si es módica la suma que haya de abonarse, de 120 lib., v. gr. las ofertas que, yo haga aquí de una suma de cinco luises en oro al adquirente, que está en su domicilio, son válidas, y será para él un engorro pretender que yo debo ofrecer llevarle á su domicilio, situado á cuatro ó cinco leguas de distancia, esta suma que puede recibir sin ningún daño ni incomodidad.

372. 2.º Estas ofertas deben hacerse en las especies que tengan circulación en el tiempo y en el sitio en que se hagan, porque no serían válidas las ofertas que se hiciesen en París para pagar en florines de Holanda ó en pistolas de España.

373. Tampoco se considera necesario que el retrayente ofrezca abonar precisamente en las propias especies con las cuales haya pagado; por ejemplo, las ofertas de abonar en escudos de seis y de tres libras son válidas, aunque el adquirente haya pagado en luises de oro y vice-versa.

374. Igualmente, cuando las especies se hayan disminuido ó aumentado durante el tiempo intermedio entre el pago del comprador al vendedor y el de las ofertas de indemnización hechas por el retrayente á este comprador, porque en este caso no hay el mismo número de especies pagadas por el comprador, pero sí la misma cantidad que el retrayente debe ofrecerle. La razón consiste en que las monedas no son más que signos á los cuales no se atribuye otro valor del que en realidad representan.

Esta resolución es de uso constante, aunque por razones bastantes poderosas puede combatirse, porque el adquirente que indemniza después del aumento que experimentan las especies, no sale indemne, puesto que si no adquirió la finca que le retiró ó se aprovechó del referido aumento ó se guardó su dinero, no adquirirá las otras fincas por menor precio del que pagare al comprarlas y el aumento de las especies hará asimismo que aumente proporcionalmente el precio de las fincas.

375. El ofrecimiento de completar el pago ó de descontar el precio que falta satisfacer al vendedor, tiene lugar también en las ofertas en especie.

376. Además, en la cuestion de si el ofrecimiento que el retrayente hace de compensar una cantidad líquida que debe al adquirente, tienen lugar igualmente las ofertas en especie.

Duplessis, *ibid.*, pág. 281 de la edicion de 1699 y muchos otros autores sostienen la negativa. Consiste la razon de opinion semejante, en que lo que rigurosamente prescriben las costumbres, en especial en la materia relativa al retracto linajero, debe cumplirse lo prevenido al pié de la letra, de donde deducen que el abono del precio prescrito por las costumbres, para realizar el retracto, no puede cumplirse por la compensacion, que no es más que un abono ficticio.

Dumoulin, *in Cons. Par.* § 20, gl. 7, n. 10, no obstante estas razones que él alega como razones dudosas, piensa por el contrario que el retrayente cumple estas condiciones por esta compensacion, como tambien por el pago real hecho en especie. Siendo esta compensacion por sus efectos, un verdadero pago, que equivale al mismo que él hubiese ya hecho en especie, porque cuando por la compensacion que me ofrece el retrayente, yo recibo toda la cantidad de 1,000 libras, que debia al retrayente, yo recibo precisamente lo mismo que recibiria si me pagase esta cantidad en especie. Tanto en uno como en otro caso, yo recibo la cantidad de 1,000 libras, y que en metálico no tiene más valor que el que se atribuye al que representan las especies. En vano se arguye que esta decision que presenta Dumoulin para el caso del retracto feudal, no debe tener lugar en caso del retracto linajero, que es más riguroso; porque Dumoulin, en este punto, dice que la compensacion está comprendida dentro del plazo para efectuar el pago, considerado

el asunto en todo su rigor legal: *In ea compensatio-
ne verificatur statutum vel alia dispositio stricta,
loquens de vera solutione, quia est audem ratio et
omnino idem effectus.* Grimaudet, VIII, 8, despues de haber expuesto las dos opiniones, dice que la de Dumoulin no es bien segura y aconseja al retrayente que no la siga. Su consejo es muy bueno, pero cuando un retrayente no lo haya seguido y se hubiese limitado á ofrecer la compensacion, yo creo con Dumoulin que son válidos sus ofrecimientos.

377. Tiraqueau va más lejos y dice que si la cantidad que el retrayente debe al adquirente es igual á la que el primero ha de abonar, en este caso se hace la compensacion con perfecto derecho; *l. fin Cod. de compens.*, y no es necesario que el retrayente haga estas ofertas, siendo más segura legalmente la oferta de la compensacion.

378. Los ofrecimientos han de ser reales y en su consecuencia el proceso verbal de ofrecimiento debe contener la lista de las especies de valor igual á la suma ofrecida y la calidad de las mismas, debiendo mencionar tambien la exhibicion que de ellas hubiese hecho; Duplessis, *ibid.* y las notas marginales.

379. 4.º Por último, la promesa debe ser por su totalidad, porque por poco que falte en la especie ofrecida para completar la cantidad que debe abonarse al comprador, se consideran nulas las promesas. Sin embargo, Grimaudet, VII, 9, piensa que no deberán declararse nulas las promesas, si lo que falta es de insignificante consideracion, como por ejemplo si falta un sueldo, pero esta decision no es segura y no la tiene tampoco por tal. La máxima *Parum pro nihilo reputatur*, no se aplica en todo su rigor, como en el retracto.

380. La consignacion de la cantidad total no exime en su defecto de la promesa, porque es suficiente consignarla, si no se ha ofrecido previamente. La consignacion no es válida, sino ha sido precedida de promesa igualmente válida.

381. Cuando el retracto haya sido adjudicado á dos, la promesa que cada uno separadamente hiciese de abonar su parte de precio al comprador, no será válida tampoco, porque el comprador no está obligado á recibir por partes el abono del precio.

Quid. ¿si uno de los dos retrayentes ha ofrecido la mitad del precio y si la rehusa el comprador, la hubiese consignado, las promesas del otro retrayente por las cuales declarara que ofrece una cantidad determinada como mitad del precio, añadiéndola á la que precedentemente ha sido ofrecida y consignada por su coretrayente, ¿el precio total que deberá abonarse al comprador será válido como el ofrecimiento? No; porque el comprador no está obligado á recibir el precio, si no se le lleva á su casa la cantidad total y tampoco está obligado á retirar el precio de las consignaciones cuando la consignacion es válida, hasta despues de promesa válida y de haber demorado la recepcion. Pero en esta especie, tampoco es válida la consignacion de la mitad del precio ni la promesa de pagarle la mitad.

382. Si uno de los retrayentes ha abonado el total al comprador ó lo ha consignado despues de promesa válidamente estipulada, su coretrayente no tiene derecho á hacer ningun ofrecimiento al comprador, á quien se ha pagado totalmente. ¿Pero está obligado, so pena de la prescripcion del retracto, á pagar á su coretrayente que ha pagado el total, la mitad del precio que por él hubiese adelantado, ó de consignarla dentro de un plazo fatal? No creo

que deba quedar sujeto por su abono á un término fatal, que sólo se establece en beneficio del adquirente y no en favor del retrayente que ha pagado la totalidad. Vaslin, en el artículo 20 de la Rochelle, es de opinion contraria; dice que aquel de los retrayentes que haya satisfecho el total, está subrogado por este pago en los derechos del adquirente y que puede por consiguiente oponer las propias excepciones que el adquirente podia oponer al retrayente que no se hubiese presentado dentro del término fatal, y cita en apoyo de su opinion á Ferriere y Carondad. Se resuelve el asunto diciendo que el derecho que tiene el adquirente á obtener la prescripcion del retracto, por falta de pago dentro del tiempo fatal, es un derecho exclusivamente personal, inherente á su calidad de adquirente contra quien se ejerce el retracto, no pudiendo pasar al retrayente que ha abonado el precio total á este adquirente.

383. A las promesas debe seguir la consignacion que el retrayente debe hacer dentro el término fatal de veinte y cuatro horas, prescrito para la ejecucion del retracto; el retrayente no cumple con las costumbres por la sola promesa, porque ellas surten el efecto de constituir al adquirente en demora, pero á reserva de la consignacion que equivale al pago, y las costumbres ordenan al retrayente que pague so pena de prescripcion del retracto: Paris, art. 136; Orleans, art. 270.

384. La simple consignacion tampoco es suficiente, porque sólo le admite el adquirente en defecto del pago, siendo por consiguiente que á la vez se haga la promesa y la consignacion.

385. Esta consignacion ha de hacerse, 1.º siendo llamada la parte.

A este efecto el alguacil, en virtud del requerimiento contenido en la promesa, debe declarar ante el adquirente, que falta para ello la recepción de la suma ofrecida y que el retrayente la consignará en sitio y hora determinados ó en donde él haya manifestado encontrarse.

Si semejante notificación para hacer la consignación mencionada, se hubiese omitido en el requerimiento de recepción, podrá hacerse por un acto subsiguiente; Lemaitre dice que se puede hacer en el domicilio de un procurador.

Por lo demás, tampoco es indispensable alcanzar una sentencia que consiente la consignación; Duplessis, *ibid.* Lemaitre es de la misma opinión: Guerin *disiente*.

386. Esta consignación debe ser íntegra, lo mismo que la promesa, porque puede ser que faltando algo de la cantidad que ha de abonarse al adquirente, se declarase nula la consignación y el retrayente destituido del retracto.

387. Cuando el retrayente sostiene que el precio expresado en el contrato es mayor que el que verdaderamente se haya convenido entre las partes, es más seguro que el propio retrayente consigne la cantidad total expresada en el contrato, sin perjuicio de aumentarla, porque de lo contrario si no puede practicar su prueba, la consignación que él ha hecho no contiene la totalidad del precio y por consiguiente será destituido del retracto; pero si, en la confianza de que el retrayente hará su prueba ha consignado menor precio, la validez de la consignación dependerá del resultado de la prueba; y si él justifica que el precio exigido por el contrato no es el verdadero precio y que aquel que se haya estipulado entre las partes no excede de la can-

tidad consignada, será también válida la consignación. Dumoulin, en la costumbre de Nevers, tit. 31, art. 3.

388. Por último, 3.º esta consignación debe hacerse en las mismas especies que se hayan ofrecido y esta es la opinión de Lemaitre y de los comentadores citados por él mismo. La razón en que se apoya consiste en que no puede juzgarse si el adquirente está en su derecho al rehusar las especies ofrecidas, si no las ha visto, y si no son las mismas que se hayan consignado.

389. Si después de las promesas, antes de la consignación, las especies hubiesen sufrido disminución, el retrayente que por la notificación de la promesa, hubiese señalado una relación de todas las especies por él ofrecidas, no vendrá obligado á consignar nada más que las especies que anteriormente hubiera ofrecido, debiendo en este caso encargarse el adquirente de la pérdida ocasionada por la disminución de las especies. Porque es efecto de la demora del acreedor en recibir, que está obligado á abonar al vendedor la pérdida que su demora le hubiese ocasionado y por consiguiente ha de encargarse de la pérdida sobrevenida en las especies ofrecidas, pérdida que el deudor no habría experimentado si el acreedor las hubiese recibido en tiempo oportuno.

Existe otra razón que consiste en que si el retrayente que antes de la promesa fuese deudor de una cantidad en especies indeterminadas, se constituye por la promesa de especies ofrecidas, en deudor de cosas ciertas, pues cuando se debe una cosa determinada, corren á cargo del acreedor los riesgos de las mismas.

390. Esta segunda razón induce á resolver, en

el caso contrario de que hubiesen aumentado las especies, que es el adquisidor quien debe aprovecharse del aumento y que el retrayente ha de consignar todas las especies, por él ofrecidas, tales como se encuentren á la sazón. Estas especies formando parte de la oferta concreta de la cosa debida, aprovechan al acreedor para que perciba el aumento que hayan despues experimentado, siguiendo la máxima de que, en las deudas de cosas ciertas, el acreedor se aprovecha del aumento como tambien él mismo sufre la disminucion. El retrayente que teniendo por semejante ofrecimiento, realizado mediante la notificacion del inventario de las especies y determinada la deuda del abono del precio en sustitucion de las especies ofrecidas, no puede por tanto cambiar de opinion en perjuicio del acreedor, en virtud de esta regla: *Nemo potest mutare consilium ni alterius injuriam.*

391. Por último, Duplessis, cap. 3, secc. 2, quiere que la notificacion, cuando se haya hecho en ausencia del adquisidor, le sea notificada dentro del término fatal de veinte y cuatro horas. La razon consiste, en que mientras no se encuentre el adquisidor en estado de retirar las especies y dándole conocimiento de la notificacion, no puede, segun Duplessis, pasar por un pago perfecto, siendo la misma cosa que el adquisidor no haya consignado ó que él ignore la consignacion. Los anotadores parece que dudan de semejante opinion y añaden que solamente Brodeau ha sido partidario de ella y que la costumbre no es bastante explicita acerca de esta notificacion. El adquisidor no puede oponer su ignorancia de la consignacion, cuando no se le haya notificado habiendo sido avisado por el acto de habersele llamado. M. R. cree esta notificacion indispensable dentro del término fatal.

Hecha esta consignacion, el retrayente debe asignar al adquisidor, para que se declare válido el acto y por consiguiente ordenar que el adquisidor venga obligado á retirar la posesion de la finca al retrayente, aunque le sea permitido expulsarlo.

392. El adquisidor puede prevenir esta demanda asignando al retrayente el tiempo para declarar la nulidad de las ofertas y de la consignacion y por consiguiente la desaparicion del retracto.

393. Atendiéndose por el juzgado á una ó á otra de estas demandas, quedan en suspenso los efectos de la consignacion, y las últimas especies consignadas están á riesgo del adquisidor si la consignacion es válida, ó del retrayente si se declara nula y por consecuencia las últimas consignadas que hayan desaparecido por haberseles dado otro destino, por incendio ó por cualquier otra circunstancia, la parte que se hubiese perdido es la única que debe tenerse en cuenta para computar el total.

Véase sobre la consignacion, nuestro *Tratado de las obligaciones*, part. 3, cap. 1, 8.

394. Si el retrayente hubiese retirado de la Oficina de consignaciones el precio consignado, no es dudoso que será desposeido del retracto, siendo libre de renunciar ó de retirar su consignacion.

Igualmente es así si un acreedor del retrayente hubiese cogido entre las manos del consignatario el dinero del retrayente, deudor suyo, y si se hubiese declarado válido el acto de la detencion. Existe un decreto que lo ha fallado en este sentido, citado en las notas marginales de Duplessis, *loco citato*; porque la consignacion no puede considerarse como pago verdadero cuando por una causa que procede del hecho del retrayente se retiran las cantidades que constituyen la consignacion.

395. Es cuestion controvertible si el linajero que hubiese interpuesto demanda de retracto, puede ser constreñido por el adquisidor á tomar en concurrencia el retracto. Todos convienen en que el retrayente puede desistir de su demanda de retracto hasta el reconocimiento ó la adjudicacion, debiendo satisfacer solamente los gastos ocasionados hasta el dia del desistimiento. Pero cuando el retracto por la demanda del linajero, ha sido reconocido ó adjudicado, hay algunos que opinan que el adquisidor puede constreñir á que el retrayente lo tome en el mercado. Consiste su argumento en que por el reconocimiento ó adjudicacion del retracto, se estipuló un contrato ó casi contrato entre el retrayente y el adquisidor, por el cual, así como el adquisidor se obliga á devolver la finca al retrayente, éste se obliga por su parte al cumplimiento de todo lo que haya prometido. Esto lo enseña Dumoulin en su nota al artículo 7 de la costumbre de Burdeos; *Aut reus jam acceptavit, et non potest discedere invito reo; aut, non dum acceptavit, et potest sive ante litem contestatam, sive post discedere, refusus impensis et ita practicari vidi.* Mornac, *ad l. 39, cod. de episc. et cleric.* atestigua asimismo esta jurisprudencia. Sin embargo, Tiraqueau, *ad finem tituli, n.º 28*, es de parecer contrario y se funda en la ley *Si iudex, 41, ff. de minor.* en donde dice que un menor puede desistir ó renunciar al provecho que le reporte una sentencia que le restituya sus pérdidas por un acto de venta, aunque que con la sentencia se le perjudique; *quia licet unicuique contemnere quæ pro se introducta sunt.* Grimaudet, n.º 33, es tambien de esta opinion. Las costumbres de Anjou, n.º 407, y de Maine, 418, parecen estar conformes en este punto, porque en el caso de que sea reconoci-

do el retracto y que el retrayente no quiera tomar más en concurrencia, se limitan á consignar que está obligado á satisfacer los gastos, los perjuicios y los intereses.

CAPÍTULO X

De las obligaciones del adquisidor que ha reconocido el retracto ó de aquel á quien se haya adjudicado.

396. El adquisidor á quien se haya adjudicado el retracto, está obligado á ceder la finca al retrayente y á determinadas prestaciones, ya por los frutos percibidos, ya por las mermas que su negligencia haya producido en la finca.

§ I. De la demora en la entrega de la finca.

397. En primer lugar, el adquisidor está obligado á devolver la finca al retrayente.

Si despues del contrato hubiese la finca experimentado algun aumento natural, por ejemplo. por aluvion, el adquisidor no podrá retenerla y estará obligado á devolverla con este aumento. Puede ser que se oponga, en el caso del pacto de retroventa, que nosotros hemos resuelto, de conformidad con la opinion de muchos autores, que el adquisidor que haya estipulado el mencionado pacto puede retener este aumento. La razon de esta diferencia proviene de la naturaleza de estos derechos. El derecho de retroventa consiste en que el vendedor se reserve la restitucion de lo que haya vendido; no puede pretender la venta de semejante aumento, que no ha existido antes de la venta, y no puede en consecuencia sujetarse al referido pacto. El derecho del re-

395. Es cuestion controvertible si el linajero que hubiese interpuesto demanda de retracto, puede ser constreñido por el adquisidor á tomar en concurrencia el retracto. Todos convienen en que el retrayente puede desistir de su demanda de retracto hasta el reconocimiento ó la adjudicacion, debiendo satisfacer solamente los gastos ocasionados hasta el dia del desistimiento. Pero cuando el retracto por la demanda del linajero, ha sido reconocido ó adjudicado, hay algunos que opinan que el adquisidor puede constreñir á que el retrayente lo tome en el mercado. Consiste su argumento en que por el reconocimiento ó adjudicacion del retracto, se estipuló un contrato ó casi contrato entre el retrayente y el adquisidor, por el cual, así como el adquisidor se obliga á devolver la finca al retrayente, éste se obliga por su parte al cumplimiento de todo lo que haya prometido. Esto lo enseña Dumoulin en su nota al artículo 7 de la costumbre de Burdeos; *Aut reus jam acceptavit, et non potest discedere invito reo; aut, non dum acceptavit, et potest sive ante litem contestatam, sive post discedere, refusus impensis et ita practicari vidi.* Mornac, *ad l. 39, cod. de episc. et cleric.* atestigua asimismo esta jurisprudencia. Sin embargo, Tiraqueau, *ad finem tituli, n.º 28*, es de parecer contrario y se funda en la ley *Si iudex, 41, ff. de minor.* en donde dice que un menor puede desistir ó renunciar al provecho que le reporte una sentencia que le restituya sus pérdidas por un acto de venta, aunque que con la sentencia se le perjudique; *quia licet unicuique contemnere quæ pro se introducta sunt.* Grimaudet, n.º 33, es tambien de esta opinion. Las costumbres de Anjou, n.º 407, y de Maine, 418, parecen estar conformes en este punto, porque en el caso de que sea reconoci-

do el retracto y que el retrayente no quiera tomar más en concurrencia, se limitan á consignar que está obligado á satisfacer los gastos, los perjuicios y los intereses.

CAPÍTULO X

De las obligaciones del adquisidor que ha reconocido el retracto ó de aquel á quien se haya adjudicado.

396. El adquisidor á quien se haya adjudicado el retracto, está obligado á ceder la finca al retrayente y á determinadas prestaciones, ya por los frutos percibidos, ya por las mermas que su negligencia haya producido en la finca.

§ I. De la demora en la entrega de la finca.

397. En primer lugar, el adquisidor está obligado á devolver la finca al retrayente.

Si despues del contrato hubiese la finca experimentado algun aumento natural, por ejemplo. por aluvion, el adquisidor no podrá retenerla y estará obligado á devolverla con este aumento. Puede ser que se oponga, en el caso del pacto de retroventa, que nosotros hemos resuelto, de conformidad con la opinion de muchos autores, que el adquisidor que haya estipulado el mencionado pacto puede retener este aumento. La razon de esta diferencia proviene de la naturaleza de estos derechos. El derecho de retroventa consiste en que el vendedor se reserve la restitucion de lo que haya vendido; no puede pretender la venta de semejante aumento, que no ha existido antes de la venta, y no puede en consecuencia sujetarse al referido pacto. El derecho del re-

tracto consiste en tomarlo en público mercado del comprador sobre quien se ejercita el retracto y por consiguiente en aprovecharse de todas las ventajas que resulten de ello.

398. El adquirente ha de hacer esta cesion tambien despues que el retrayente haya abonado el precio y las demás sumas líquidas que debian ser abonadas, lo cual le sirve como remate de cuentas de todo lo que debia en tal concepto.

La entrega de la finca no puede diferirse hasta despues de la liquidacion de las otras cosas no liquidadas que deben abonarse al adquirente; y éste no puede por lo mismo pretender que el retrayente, para entrar en posesion de la finca antes de la liquidacion, ha de prestar caucion; debe bastarle al adquirente tener para estos créditos no liquidados un privilegio sobre el fundamento en que se basa el contrato.

399. Si no se hubiese liquidado el precio principal, como en el caso de que mi pariente hubiese cedido á cualquiera la finca y fuese obligado á dar cuentas de la administracion de sus bienes, encomendada al mismo, el adquirente en este caso no está obligado por la demanda del retracto, á entregarme la finca antes de la liquidacion y el abono de su crédito, en pago del cual se le haya cedido la finca; pero como podria alargar las cosas indefinidamente, debe el juez fijar un término fijo para hacer la correspondiente entrega; Grimaudet, VII, 13.

§ II. De los frutos.

400. Con respecto á los frutos, los que se encuentren pendientes cuando la adjudicacion ó el reconocimiento del retracto, pertenecen al retrayente

abonando al comprador los gastos ocasionados por las labores y simientes empleadas; la finca ha de restituirse tal como se encuentra y por consecuencia con los frutos pendientes y que forman parte de ella.

Sin embargo, existen algunas costumbres que prescriben que se dividan entre el retrayente y el comprador, á quien conceden una parte, á *prorata del tiempo que hubiese retardado el abono del precio*. Estos son los términos en que se halla concebida la costumbre de Berry, tit. XIV, art. 2; Angoumois, cap. 5, art. 78. Esto se consigna para indemnizar al comprador por no haber gozado del dinero que ha pagado por el precio de su adquisicion. Segun nuestras costumbres, se puede proceder de otro modo á esta indemnizacion, esto es, entendiéndose los alquileres como intereses del precio que él haya satisfecho hasta el dia de las ofertas de abonárselo, como hemos visto *supra*, n.º 317.

401. Con respecto á los frutos percibidos antes de la adjudicacion, es necesario distinguir entre los que se hayan recogido antes de la demanda y los ofrecimientos del retrayente, y los que se hayan recogido despues.

Con referencia á los que no hayan sido recogidos despues de la demanda y de las ofertas del retrayente, el comprador que los ha recogido debe igualmente devolverlos todos al retrayente, deducidos los gastos de labores y simientes. Esta es la disposicion de Paris, art. 134; de Orleans, art. 374, y de muchas otras costumbres, que prescriben que el tiempo se divide á *prorata* entre el retrayente y el comprador.

Algunas costumbres, no deciden sin embargo que los frutos sean del retrayente, como la de Parche,

art. 194, que para ello fija el día en que se conteste la demanda; otras, como la de Berry, lit. 14, art. 6, que se apoya para dicha petición en la consignación del precio; pero semejantes costumbres sólo rigen en sus respectivos territorios. Los que dicen que solamente son del retrayente los frutos desde el día de la demanda y de las ofertas, con diluyen el derecho común y se fundan en dos principios de derecho; el primero, que la demanda y las ofertas del retrayente obligan á que el adquisidor incurra en demora sin abandonar la finca desde el momento en que ha sido demandado por derecho de retracto; el segundo, que todo deudor que demore dejar una cosa que no le pertenece, está obligado á exponer sus razones al acreedor á quien ha de entregarla con todos los frutos recogidos después de su demora.

Este principio es consecuencia de otro, á saber que un deudor no debe aprovecharse de la demora injusta en que haya incurrido, pues por el contrario se halla obligado á abonar los perjuicios é intereses que de su demora resulten y que sean suficientes para abonar al acreedor todo lo que hubiese perdido y todo lo que hubiera dejado de ganar por la demora del deudor. Por tanto es evidente que la demora del deudor priva al retrayente de los frutos de la finca que él hubiese podido recoger, si la finca se la hubiese entregado cuando la reclamó; debe ser pues indemnizado de estos frutos por el deudor.

402. Siguiendo estos principios, el adquisidor no solamente debe hacer mención de los frutos que haya recogido, sino también de todos aquellos que el retrayente hubiese podido recoger, si la finca le hubiese sido entregada después de la demanda y de

las ofertas, aunque el adquisidor no los hubiese recogido.

Por ejemplo, si durante la tramitación de la causa, después de la demanda y de las ofertas del retrayente el adquisidor, por negligencia, no hubiese sembrado una pieza de tierra en sazón para ello, está obligado á mencionar los frutos que el retrayente hubiese podido cosechar en ella, si oportunamente la hubiera sembrado; porque el retrayente, si la finca hubiese sido entregada cuando la reclamó, hubiera podido sembrar la pieza de tierra y percibir los frutos.

Y si cuando se interpone la demanda de retracto el tiempo de la siembra hubiese pasado? Aunque el retrayente en este caso no podría decir que la finca se la ha entregado luego después de la demanda y que por consiguiente ha percibido sus frutos, puesto que no era aquel el tiempo de poder sembrarla, no puede pretender que el adquisidor deba aún en este caso estar obligado á hacer mención de los frutos que hubiese producido la citada pieza de tierra que estuviese sembrada, porque es falta del adquisidor no haberla sembrado. Grimaudet, IV, 37, etc., opina muy acertadamente que el retrayente no puede fundarse en semejante pretensión. La razón consiste en que el adquisidor está legalmente obligado antes de la demanda de retracto á la conservación de la finca; porque también está obligado hacia el retrayente á purgar la falta por este motivo, si por su negligencia se encuentra deteriorada; pero antes de la demanda no se computan los frutos, porque no puede ser obligado por ninguna falta en este sentido.

403. Hay que observar que los frutos recogidos por el adquisidor después de las ofertas, de los

cuales ha de dar cuenta al retrayente, no se estiman de otra suerte que deduciéndose los gastos de las simientes y del cultivo, cuando el adquirente haya realizado los gastos. *Fructus enim non intelliguntur nisi deductis impensis*, l. 36, § 5 ff. de *her. pet.*

Esta resolución se verifica, cuando el mismo adquirente hubiese sembrado de trigo las tierras, cuya cosecha hubiese recogido en la finca, porque la adquisición de este producto equivale á las impensas que hubiese invertido en sembrar las tierras. Esta es la opinión de Pallu, de Tours y de Dupineau en Angers.

404. Con respecto á los frutos que hubiese recogido el adquirente antes de las ofertas, pertenecen al adquirente y él no debe reclamarlos al retrayente.

Este principio sufre limitaciones. Es necesario para esto que el adquirente no los haya recogido antes de su madurez, en defraudación del retracto; porque si el adquirente, pocos dias antes de la demanda de retracto hubiese recogido tambien antes de tiempo la cosecha, con la intención de defraudar al retrayente, este adquirente no podrá aprovecharse de este fraude y deberá abonar los frutos al retrayente, lo mismo que si los hubiese recogido despues de las ofertas.

Si aparece justa causa por lo cual pueda colegirse que el adquirente ha cortado los frutos antes de su madurez, por ejemplo, si lo realiza por la aproximación de un ejército enemigo, no podrá presumirse que lo ha hecho en fraude del retracto, y por consiguiente tampoco tendrá responsabilidad ante el retrayente.

Para que el retrayente pueda pretender que el

adquirente le responda de los frutos cortados antes de su madurez, es preciso que haya interpuesto la demanda antes del tiempo de su completa madurez, porque si la ha interpuesto despues, el adquirente que corta los frutos antes de estar en sazón, no perjudica á nadie sino á sí mismo y no hace ningun daño al retrayente, puesto que estos frutos, cuando haya tenido en cuenta su madurez para recogerlos, no pueden pertenecer al retrayente que ha interpuesto la demanda despues de su recolección. No importa que el adquirente hubiese tenido el intento de defraudar al retrayente, cuando por ningun motivo hubiese sido defraudado: *Oportet ut concurrant consilium fraudis, et eventus.*

405. El principio acerca de los frutos cortados y percibidos por el comprador antes de la demanda y de las ofertas del retrayente, tiene todavía otras limitaciones, y por tanto es menester para esto distinguir muchos casos.

El primero consiste en los frutos que verdaderamente haya percibido el comprador antes de las ofertas del retrayente, pero que se hallen pendientes y dispuestos á ser cortados cuando se efectue el contrato de venta sobre el cual hay derecho al retracto. Con respecto á este punto hay que distinguir aún dos casos diferentes. El primer caso ocurre cuando estos frutos no han sido vendidos al comprador por un precio aparte. En este primer caso, sea que el contrato prescriba expresamente que la finca se venda con los frutos que estén pendientes sea que no se haga ninguna mención de dichos frutos, el comprador debe devolver estos frutos al retrayente, si existen y están en su posesión; si no él debe responder al retrayente de su valor en virtud del contrato por el que ha de abonarlo al

retrayente, que se encarga en uno y otro caso de computar para ello los gastos que haya realizado el comprador para la recolección y la conservación de los citados frutos. De esta opinión es Dumoulin, *in Cons. Par.* § 20, gl. 1. n. 77, en el caso del retracto feudal, que en este sentido es muy semejante al retracto linajero. *Cum sit unica venditio et unicum pretium, debet patronus, refuso toto pretio illos fructus habere, si exstant; vel, si jam sint per emptorem consumpti, eorum estimationem de pretio deducere; deductis semper impendiis collectionis et conservationis fructuum.*

La razón de esta opinión es evidente; estos frutos que cuando se estipuló el contrato de venta estaban pendientes y dispuestos á ser cortados, se toman en consideración á la subasta de la finca, cuyo precio han aumentado. Es pues necesario deducir el precio, de la parte que haya sido vendida y si el comprador á quien se hubiese indemnizado por el retrayente del precio total de la subasta retiene los frutos, y posee á la vez la cosa y el precio.

Si los frutos que estuviesen pendientes cuando la estipulación del contrato, se hubiesen perdido después por causa de una helada ó por otro cualquier motivo de fuerza mayor, sea antes, sea después de la recolección, esta pérdida es del retrayente; y cuando no pueda devolver nada de dichos frutos, que se suponen completamente perdidos por este accidente, no deja de ser responsable de la devolución del precio total del contrato, sin que pueda pretender que se haya hecho ninguna deducción del precio de los frutos. La razón consiste en que el retrayente, por el retracto, tomando por su cuenta la subasta, no debe sobrellevar las pérdidas en

sustitución del adquisidor sobre quien se ejercita el retracto, por lo mismo que él percibe el beneficio, y por consiguiente ha de cargar con la pérdida de estos frutos que formaban parte de la subasta. Se ha de añadir que siguiendo nuestra teoría, la restitución de los frutos que estuviesen pendientes al otorgarse el contrato, se deben naturalmente al retrayente: pues es un principio jurídico el hecho de que cuando realmente se deban cosas determinadas la pérdida que experimenten viene á cargo del acreedor: *Res perit creditori.*

406. Tiene lugar el segundo caso cuando los frutos que estaban pendientes al otorgarse el contrato hayan sido vendidos por un precio distinto del de la finca; en este caso, habiendo dos ventas diferentes, puesto que hay también dos precios diversos, solamente la finca vendida está sujeta al retracto y el comprador puede retener los frutos. En vano se dirá que aunque la finca y los frutos que estuviesen pendientes hayan sido vendidos por precio diferente y separado, que el comprador, no obstante, no habiendo comprado los frutos inherentes á la finca también comprada, han de considerarse los dos precios como una sola venta, porque en verdad existen dos ventas, y si debe algo, cuando el comprador lo reclame, se unifican en uno solo dos precios para que sirvan de indemnización al comprador. Esto dice Dumoulin, d. gl. n. 80: *Venditum est feudum, dice, fructibus maturis plenum, et certum est pretium pro illis distributum; utrum patronus invito emptore possit etiam fructus retrahere? Dicendum quod non; quia separata est venditio fructuum, ex quo pro illis certum pretium est taxatum... Nec obstat quod non est nisi una venditio, si emptor non erat empturus fructus sine fundo; quia hoc est*

verum respectu ipsius emptoris, et in ejus favorem pro suo interesse cui potest renuntiare.

Esta opinion no tiene lugar cuando aparezca fraude y no se hayan estimado á bajo precio los frutos pendientes para aumentar el de la finca, en fraude del retracto. En este caso se ha de permitir al retrayente que pueda retirar á la vez la finca y los frutos; Molin, d. gl. n. 81.

407. La segunda clase de frutos percibidos por el comprador antes de la demanda de retracto, se refiere á la produccion de las simientes y labores que se hayan hecho despues del contrato de venta; no es dudoso que estos frutos pertenecen completamente al comprador, sin que al retrayente le sea dable hacer ninguna deduccion por razon de dichos frutos acerca del precio del contrato que debe abonar. En este sentido, debe entenderse principalmente el artículo 375 de la costumbre de Orleans.

Sin embargo, si por una cláusula del contrato de venta se ha convenido que el comprador tiene un año ó dos de plazo para pagar el precio, sin que durante este tiempo haya de satisfacer intereses de ninguna clase y entrando en posesion de la finca desde el momento de la otorgacion del contrato; como en este caso los años de posesion concedidos al comprador se toman en consideracion y no aumentan el precio de la venta, el retrayente está en su cabal derecho al hacer deduccion del precio por este motivo, porque el retrayente por el disfrute de la finca, viene obligado á satisfacer el precio.

408. La tercera clase de frutos percibidos por el comprador antes de la demanda de retracto, son los que verdaderamente no existian todavia, cuan-

do se realizó el contrato de venta de la finca, pendientes y dispuestos á ser cortados.

Estos frutos pertenecen al comprador que los ha percibido antes de la demanda de retracto, pero como los gastos de las simientes y cultivo hecho antes del contrato se toman en consideracion para la venta de la finca, y aumentan su precio, porque es natural que la tierra sembrada y labrada valga más, y el retrayente por tanto, tendrá derecho á deducir del precio el valor que importan los trabajos de cultivo y simientes, puesto que es lógico que pague estos gastos quien percibe los frutos.

409. La cuarta clase de frutos percibidos antes de la demanda de retracto, son los que se recojan durante muchos años transcuridos antes del contrato de venta. *Finge.* Depende de la finca que se haya vendido, un bosque cortado segun se usa en el pais cada diez años. Cuando este bosque tenga ocho años de existencia, el comprador que no lo haya cortado y haya sido requerido durante el primer año del retracto, la oportuna demanda no podrá interponerse hasta dos años despues del contrato y despues que el comprador haya percibido los beneficios de la tala del bosque. Es evidente en este caso que el precio de las maderas del bosque que cuenta ya alguna edad al realizarse la venta de la finca, se toma en consideracion y aumenta el valor total de la venta. Porque el comprador, en cuyo provecho se ha hecho la corta del bosque, debe sufrir que por la restitution que ha de hacerle el retrayente del precio de la venta, al propio tiempo ha de deducir del mismo el precio de las maderas y contarlas en la venta, porque en otro caso seria dueño á la vez de la cosa y del precio, lo cual no permite la equidad.

410. Nos falta ver cuándo los frutos se consideran percibidos. Los que la tierra produce, sean naturales sean artificiales, son considerados como percibidos y separados de la tierra, cuando están todavía en el campo y no han sido aún recogidos. Porque, si la demanda de retracto se ha presentado despues que la avena se ha segado, aunque estuviere en el campo cuando se presentó la demanda, pertenecerá al adquisidor, como si la hubiese percibido antes de la demanda.

411. Con referencia á los frutos llamados civiles, es preciso distinguir sus diferentes especies. Los bienes rústicos y raices, que los colonos deben por los frutos que de los mismos han recogido, se deben y se adquieren cuando los frutos han sido recogidos por el arrendatario, aunque el plazo que para el pago se haya estipulado no haya vencido todavía. Porque si la demanda de retracto sobre una granja de *Beauce* por ejemplo, se ha presentado á fines de Agosto, despues de la cosecha, las tierras pertenecerán por entero al adquisidor, aunque por la ley del arrendamiento no debiesen ser pagados sino por Todos los Santos, por Navidad ó por Pascua.

Si la demanda de retracto se ha presentado durante la cosecha, el adquisidor tendrá derecho á una parte, á proporcion de lo que valgan los frutos ya cortados el dia de la demanda. Por ejemplo, el tiempo de la demanda de retracto, el comprador tendrá derecho á un tercio de la finca y el retrayente á los dos tercios restantes.

412. Este principio de que lo debido por razon de los frutos cortados antes de la demanda de retracto pertenece al comprador, tiene algunas excepciones y limitaciones.

La primera consiste en que cuando se debe en virtud de la recoleccion verificada antes de la demanda de retracto, la finca que ha de devolverse por ello, se toma en consideracion esto al hacerse la venta, cuyo precio ha sufrido aumento y formando parte de ella ha de pertenecer al retrayente.

La segunda tiene lugar cuando los frutos que han sido cortados antes de la demanda de retracto y por cuya recoleccion ha de devolverse la finca, existe la produccion de algunos años transcurridos despues de la otorgacion del contrato de venta de la finca. Por los frutos percibidos debe tenerse en cuenta el número de años transcurridos, porque con ellos se aumenta el precio. Porque el retrayente que abona el precio entero del contrato al comprador, ha de tener parte en estos frutos, á prorata de los años transcurridos antes del contrato de venta.

La tercera existe cuando por una cláusula del contrato de venta, se haya estipulado el término de un año ó de mayor número para satisfacer el precio, habiéndose convenido no obstante, que el comprador entrará desde luego en el disfrute y posesion de la finca sin pagar ningun interés durante el trascurso del plazo. En este caso los años de posesion otorgados al comprador durante el plazo fijado, deben tenerse en consideracion para la venta, por haber aumentado el precio de la finca; y los frutos percibidos durante este tiempo, aunque lo sean antes de la presentacion de la demanda de retracto, pertenecen al retrayente que paga al comprador el precio completo estipulado para la venta.

413. Con respecto á los alquileres y á los atrasos de las rentas sobre tierras establecidas en cualquier finca, han de contarse dia por dia y pte-

necen al comprador durante el tiempo transcurrido despues del contrato hasta la presentacion de la demanda de retracto, salvo el caso de la tercera excepcion mencionada en el número anterior. Por ejemplo, si por una casa cuyos alquileres se pagan por San Juan y Navidad, la demanda se ha presentado quince dias despues de San Juan, el adquisidor tendrá hasta Navidad una porcion por el tiempo de los quince dias trascurridos dentro del término fijado antes de la presentacion de la demanda de retracto, es decir, una parte doble.

Con respecto al tiempo trascurrido antes del contrato de venta, los alquileres y atrasos por razon de este tiempo, pertenecen al vendedor, á menos que por el contrato se hayan cedido al comprador; como en este caso forman parte de la cosa vendida, deben, por razon del tiempo, pertenecer al retrayente.

414. En cuanto á los frutos civiles casuales, se adquieren desde su nacimiento, porque el provecho del feudo pertenece al adquisidor si las ventas ó las mudanzas que le dan mayor valor existen antes de la demanda; igualmente las penas pecuniarias y las confiscaciones están á su cargo, si la sentencia se ha pronunciado antes de la demanda.

Algunos autores, sin embargo, pretenden que las penas pecuniarias se deben desde el dia del delito y que por consecuencia en el retracto de un señorío, si el delito se ha cometido antes de la demanda de retracto, no puede el retrayente pretender para sí la pena pecuniaria, que pertenece al adquisidor, aunque la condena á la multa no se decreta hasta despues de la demanda de retracto. Esta razon consiste, en que por el delito que se comete con trae el autor la obligacion de pagar la multa y no

por la sentencia, que solamente declara que es deudor de ella; esta es la opinion de Tiraqueau. *Tra- tado del retracto, cons.*, § 5, gl. 4, n. 22, y sig. Parece más aceptable la opinion contraria; aquel que comete un crimen se hace bien digno de la multa, lo mismo que de las demás penas que por su crimen merezca, pero solamente la debe desde el dia en que esta pena le haya sido impuesta por sentencia firme, por lo cual hay el derecho de exigirle. Por consiguiente, solamente se debe por esta sentencia. Antes de ello el delito no puede hacer considerar la multa que ha de pagar el autor del delito, como su consecuencia natural y lógica del retracto.

Algunos autores han distinguido entre las multas que se dejan al arbitrio del juez, y las que taxativamente marca la ley. Pero es más prudente pensar que lo mismo respecto á unas que á otras, el derecho de exigir las no se adquiere más que por la sentencia; nunca nadie podrá decir que una persona que ha cometido un delito está obligada sin ser por ello perseguida, á pagar la multa que merece el delito cometido; solamente podrá decir que la deuda de la multa ha sido contraida por el mismo delito.

§ III. *Del tesoro encontrado en la finca.*

415. Cuando el adquisidor ha hallado un tesoro en la finca sujeta al retracto, antes de la demanda, debe abonar al retrayente la parte del tesoro que las leyes adjudican al propietario de la finca en la cual se ha encontrado? Es dudosa esta opinion 1.º porque el adquisidor, cuando ha descubierto el tesoro, ya era verdadero propietario; 2.º que los frutos

percibidos antes de la demanda pertenecen al adquirente, que no tiene otra obligacion que abonarlos al linajero. La razon por la cual se resuelve que el adquirente no puede retener esta parte del tesoro y que debe restituirlo al retrayente, consiste en que esta parte de tesoro no es otra cosa que un fruto de la finca; l. 7 § 12, *solut. mater*. Esta parte es una especie de accesorio de la finca y ha de adquirirla su propietario, *jure quodam accessionis*; el adquirente que no tuviese más que momentáneo derecho en la finca, tampoco puede adquirir más que un derecho transitorio á esta parte de tesoro, que es un accesorio y que por naturaleza pertenece á la finca, que con este tesoro ha de devolver ó restituirla al retrayente. Se sigue de este principio, que el marido que por derecho romano sea propietario del feudo total durante el matrimonio, sea tambien obligado, cuando la disolucion del vínculo coyugal, á restituirla á la mujer, con el tesoro que en el fundo haya encontrado durante el matrimonio y por consiguiente en el tiempo en que el marido era su propietario; d. § 12. Ha de añadirse que la obtencion del tesoro es una fortuna y un beneficio pingüe que proviene de la finca y el retrayente que la toma por su cuenta y á todo riesgo, debe asimismo lucrar con sus beneficios.

§ IV. De las mermas.

416. El adquirente está obligado á soportar las mermas que por su negligencia haya sufrido la finca despues de haber entrado en posesion de ella hasta que la abandone.

Porque el adquirente, con respecto al retrayente, es diferente del poseedor de buena fe y del propieta-

rio. He aquí porque está obligado á sufrir las mermas que por su culpa ha experimentado la finca antes de la demanda, porque en tanto que él posea de buena fe, no ha contraido ninguna obligacion con el propietario para restituirla la finca, ni por consiguiente para conservársela; el propietario no puede asimismo recriminarle por no habérsela conservado y por haberla desmejorado; este poseedor puede abusar de una cosa, de la cual se cree propietario perpétuo. Pero el que adquiere una finca sujeta al retracto sabe ó debe saber que está sujeta á él, y contrae al adquirirla la obligacion de restituirla á los linajeros que quieran ejercitar el retracto y por consiguiente de conservarla para ello. Grimaudet, IV, 36.

417. El adquirente está obligado no solamente á sufrir las mermas producidas por sus hechos, como si arranca los viñedos, destruye un edificio, etc., sino tambien á los que resultan por su falta de cuidado. Lalande, segun la costumbre de Orleans, es de parecer contrario. Las leyes que cita en apoyo de su opinion, son las relativas á un poseedor de buena fe con respecto á un propietario, y por consiguiente no pueden aplicarse al adquirente de una finca sujeta al retracto.

418. ¿De qué clase de culpa es responsable ante el comprador? M. R. opina que está obligado á prestar la *levi culpa*. Es probable que únicamente está obligado hácia el retrayente á prestar *de lata culpa quæ dolo comparatur*, porque el casi contrato del que nace la obligacion del adquirente hácia el retrayente, favorece al retrayente; este adquirente no recibe nada del retrayente y por consiguiente ha de sufrir de conformidad á los principios consignados en nuestro *Tratado de las obligaciones*,

núm. 141, la obligación de prestar al retrayente *de dolo et lata culpa*. Para apoyar esta opinión puede aducirse la ley 22, § 3, *ad. Sc. Treb.*

Por esto el retracto linajero difiere del derecho de retracto, porque con respecto á este, la obligación que el comprador estipula de restituir la finca al vendedor cuando quiera retrovenderla, siendo una obligación que nace de una cláusula del contrato de venta, consignada en interés de ambos, el comprador que la ha estipulado presta la culpa leve, siguiendo los principios sostenidos en nuestro *Tratado de las obligaciones, ibidem*.

419. En verdad, antes de la demora, el comprador está obligado hácia los linajeros á prestar *de lata culpa*; pero despues de haberse constituido en demora por una demanda de retracto, acompañada de válidas ofertas, por cualquier causa que despues haya desmejorado la finca, á menos que no sea por fuerza mayor que el retrayente haya probado legalmente, si la finca se le ha entregado en el momento de la presentacion de la demanda, el adquirente está obligado á indemnizar al linajero. Este es un efecto de la demora, que obliga al deudor á abonar el valor de la pérdida por ella causada y que no sufriria si no incurriese en demora, como hemos visto en nuestro *Tratado de las obligaciones*. Segun esto, por ligera que sea la falta, por la cual haya sobrevenido deterioro en la finca despues de la demora, el linajero está en su derecho al pretender que sin la demora no hubiese experimentado semejante pérdida ni cometido la falta que la haya causado.

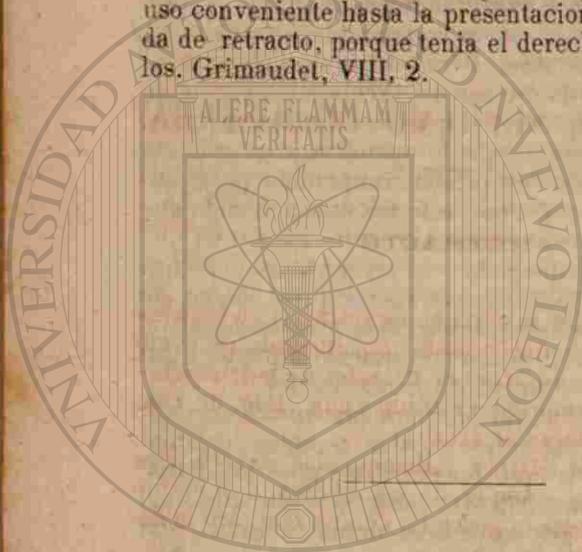
420. Cuando el retracto se ejerce contra un tercero á quien el comprador sujeto al retracto la haya vendido sin manifestarle la carga del retracto, este

tercero no está obligado personalmente á responder de las mermas ocasionadas por él mismo, ignorando el gravámen del retracto; todavía está menos obligado á salir responsable de las que hubiese causado el primer comprador que le vendió la finca, puesto que es este el responsable personalmente de unas y de otras. Pero esto no impide que el retrayente pueda retener del precio total que ha de abonar á este tercero, el que importen las mermas, de la misma manera que lo retendria si el retracto se ejerciese sobre el primer comprador, personalmente obligado. Porque este tercero, teniendo derecho á que se le abone el precio en tanto que se considera subrogado en los mismos derechos que tenia el primer comprador á quien habia de abonarse, no puede recibir más ni menos que lo que hubiese recibido dicho primer comprador: *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet*.

Se prohíbe al adquirente no solamente desmejorar la finca sujeta al retracto, sino tambien cambiar su forma, sea la que fuese. Costumbres de Paris, art. 146; Orleans 373. De donde se sigue que si el adquirente ha realizado semejantes cambios, aun para mejorarla, como si por ejemplo ha ensanchado las ventanas que creyó demasiado pequeñas, el retrayente que prefiere para su comodidad las pequeñas á las grandes ventanas, tiene el derecho de obligar al comprador á volver las cosas en el estado en que se encontraban.

Si la demanda es presentada por el retrayente para el restablecimiento de las cosas á su primitivo estado, contra el retrayente que las ha cambiado mejorándolas, con el único intento de molestar al comprador, el juez no ha de tener en cuenta esta mejora, aun con preferencia á todo interés razonable. ®

No debe considerarse como una merma que el adquirente esté obligado á resarcir, el menor valor de los muebles y utensilios de un molino para su servicio, de los cuales el adquirente puede hacer el uso conveniente hasta la presentación de la demanda de retracto, porque tenía el derecho de utilizarlos. *Grimaudet, VIII, 2.*



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE

JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA

POR EL

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

RETRACTO.

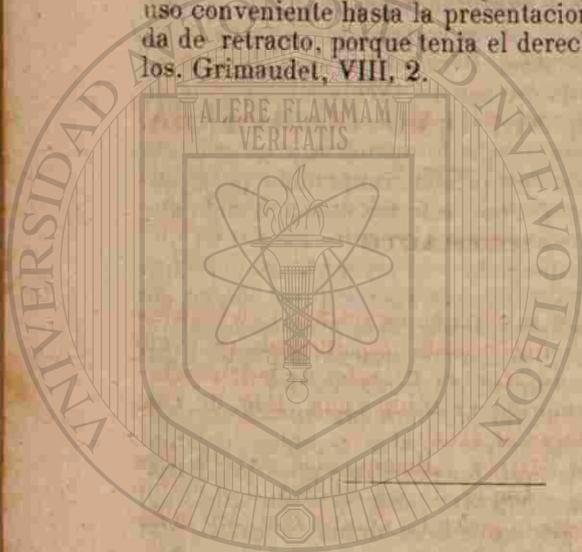
No tiene lugar el derecho de retracto en los bienes vinculados, hasta tanto que, trasmitidos como libres, hayan adquirido el carácter de patrimoniales y de abolengo en el sentido legal. (Rec. de cas. de 4 de Diciembre de 1856.)

Las leyes de Partida y Recopiladas exigen para que proceda el retracto de comuneros, que el que lo haya de invocar, posea en comun con otro la cosa que pretende reclamar.

La mera falta, aún suponiéndola de línea ó señales de división de dos propiedades, cuya cabida, situación y linderos están determinados, no es título ó razón bastante para estimarlas poseídas de consuno por los respectivos dueños, ni de consiguiente para dar á éstos el derecho de retraerlas como comuneros. (Rec. de cas. de 18 de Junio de 1857.)

Las leyes vigentes sobre el retracto gentilicio no pueden ampliarse en su aplicación más allá de lo que su letra y espíritu determinan. (Rec. de cas. de 4 de Diciembre de 1856.)

No debe considerarse como una merma que el adquirente esté obligado á resarcir, el menor valor de los muebles y utensilios de un molino para su servicio, de los cuales el adquirente puede hacer el uso conveniente hasta la presentación de la demanda de retracto, porque tenía el derecho de utilizarlos. *Grimaudet, VIII, 2.*



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE

JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA

POR EL

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

RETRACTO.

No tiene lugar el derecho de retracto en los bienes vinculados, hasta tanto que, trasmitidos como libres, hayan adquirido el carácter de patrimoniales y de abolengo en el sentido legal. (Rec. de cas. de 4 de Diciembre de 1856.)

Las leyes de Partida y Recopiladas exigen para que proceda el retracto de comuneros, que el que lo haya de invocar, posea en comun con otro la cosa que pretende reclamar.

La mera falta, aún suponiéndola de línea ó señales de división de dos propiedades, cuya cabida, situación y linderos están determinados, no es título ó razón bastante para estimarlas poseídas de consuno por los respectivos dueños, ni de consiguiente para dar á éstos el derecho de retraerlas como comuneros. (Rec. de cas. de 18 de Junio de 1857.)

Las leyes vigentes sobre el retracto gentilicio no pueden ampliarse en su aplicación más allá de lo que su letra y espíritu determinan. (Rec. de cas. de 4 de Diciembre de 1856.)

No tiene lugar el retracto, cuando la rescision de la venta procede de causa legitima. (Rec. de cas. de 23 de Mayo de 1859.)

El término de nueve dias para interponerlo corre desde la fecha de la enagenacion de la finca, y no desde que tomando por base la validez de la tal enagenacion, se redime una pension ó reduce algun gravamen; y trascurrido el término de nueve dias, sin consignarse el precio ó afianzarse en su defecto, no debe dársele curso á la demanda de retracto. (Rec. de cas. de 22 de Setiembre de 1859.)

La cesion hecha por el comprador á consecuencia de demanda de retracto y en cumplimiento de ejecutoria recaida sobre ella, no es un contrato libre y espontáneo entre partes, sino un acto forzoso; colocándose el retrayente en el lugar del cedente ó primitivo comprador, de tal modo, que éste se considera como persona extraña al contrato y como si en él no hubiera intervenido, luego que cede; pero queda, sin embargo, responsable al retrayente, á pesar de su separacion, por los actos que consumó mientras fué poseedor de los bienes. (Rec. de cas. de 30 de Noviembre de 1858.)

La ley 6.^a, tít. XIII, lib. X de la Nov. Rec., sobre retracto de las cosas vendidas al fiado, ha sido derogada por la de Enjuiciamiento civil.

Puede interponerse la demanda de retracto sin que preceda el acto de conciliacion, bastando que éste se intente cuando se haya de seguir el pleito. (Recurso de cas. de 11 de Enero de 1860.)

La demanda de retracto es admisible siempre que se acompañe alguna justificacion del título en que se funde, aunque no sea completa. (Rec. de cas. de 27 de Enero de 1860.)

Para cumplir lo prevenido en el art. 674 de la

ley de Enjuiciamiento civil, basta que el retrayente consigne expresamente en la demanda el compromiso de conservar la finca retraida, adquiriendo la estabilidad necesaria con la toma de razon en el oficio de hipotecas. (Id. id. id.)

La ley 6.^a, tít. XIII, lib. X de la Nov. Rec., sobre retracto de las cosas vendidas al fiado, ha sido derogada por la de Enjuiciamiento civil. (Id. id. id.)

Puede interponerse la demanda de retracto sin que preceda el acto de conciliacion, bastando que éste se intente cuando se haya de seguir el pleito. (Id. id. id.)

La accion de nulidad de una venta de bienes troncales, por falta de las formalidades que el fuero de Vizcaya exige para que llegue á noticia de los parientes y puedan comprarlos, difiere de la accion de retracto. (Rec. de cas. de 2 de Marzo de 1861.)

La demanda de retracto no es admisible, cuando está destituida de los requisitos que el art. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil exige como indispensables para que pueda dársele curso. (Rec. de cas. de 23 de Mayo de 1861.)

Si bien el principio jurídico de que *al imposible nadie está obligado*, puede excusar la firma de letrado en una demanda de retracto, si existe imposibilidad material de obtenerla, no así para eximir al retrayente de cumplir con las demás formalidades que exige el artículo citado, y que como cosa personal está en actitud de llenarlas. (Id. id. id.)

El retracto de dominio directo es distinto por su naturaleza y carácter del gentilicio. (Rec. de cas. 12 de Marzo de 1862.)

La ley 9.^a, tít. XIII, lib. X de la Nov. Rec., se halla esencialmente modificada por la de Enjuiciamiento civil. (Id. id. id.)

No es doctrina legal que á falta de precepto expreso respecto al retracto de dominio directo ó superficial sea aplicable á él lo dispuesto en las leyes 5.^a y 9.^a, título XIII, lib. X de la Nov. Rec., y en el art. 677 de la de Enjuiciamiento civil. (Id. id. id.)

Las leyes 1.^a y 2.^a del tít. XIII, lib. X de la Nov. Rec., disponen que cuando se proceda á la venta de una finca que sea del patrimonio ó abolen-go del que vende y del que quiere comprar, sean siempre preferidos los más próximos parientes del vendedor á los más remotos. (Rec. de cas. de 5 de Enero de 1863.)

Si bien es cierto que las leyes 1.^a y 2.^a, tít. XIII, libr. X de la Nov. Rec., fijan el término de nueve días solamente para proponer la demanda de retracto, y no para cumplir dentro del mismo tiempo con los demás requisitos necesarios, su disposición debe combinarse con las del art. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil, que al señalar dicho plazo para la presentación de la demanda, exige para que ésta pueda proseguirse, la concurrencia simultánea de las demás formalidades que menciona, y especialmente la de que haya de acompañar á aquella alguna justificación, aunque no sea cumplida, del título en que el retracto se funda. (Rec. de cas. de 13 de Mayo de 1864.)

Interpuesto el retracto dentro de los nueve días, contados desde que el retrayente tuvo noticia de las ventas hechas sin su conocimiento, la sentencia que le niega ese derecho, bajo el supuesto de que la falta de aviso de aquellos contratos no demuestra malicia, infringe la doctrina de jurisprudencia, de que no puede haber buena fe cuando á sabidas se falta á una obligación, y como consecuencia,

el art. 676 de la ley de Enjuiciamiento civil. (Rec. de cas. de 18 de Noviembre de 1864.)

Si bien las leyes relativas al retracto, como restrictivas del derecho de propiedad y de su libre ejercicio, no deben ampliarse, esto es y se entiende respecto al retracto gentilicio; pero de ningun modo puede tener aplicacion al retracto de comuneros, pues las leyes protegen la consolidacion de los dominios en una sola persona. (Rec. de cas. de 20 de Abril de 1865.)

Para que pueda tener lugar lo dispuesto en el artículo 676 de la ley de Enjuiciamiento civil, de que el término de los nueve días dentro de los cuales deben interponerse las demandas de retracto no empiece á correr desde el otorgamiento de la escritura de venta de la cosa que se pretende retraer, como se previene en el núm. 1.^o del art. 674, sino hasta el día siguiente al en que se acredite que el retrayente ha tenido conocimiento de la venta, es necesario que ésta se hubiese ocultado con malicia. (Rec. de cas. de 27 de Junio de 1865.)

La ley 3.^a, tít. XIII, lib. XI de la Nov. Rec., concede el derecho de retraer á los parientes, cuando el vendedor hubiese heredado los bienes. (Rec. de cas. de 12 de Diciembre de 1865.)

Las leyes 29, tít. VIII, Part. 5.^a, y 8.^a, tít. XIII, lib. X de la Nov. Rec., al conceder el derecho de retracto y tanteo al señor de dominio directo, suponen como condicion necesaria para que esté dividido el dominio en directo y útil, pues de otro modo faltaría el motivo de la concesion de aquel derecho, cual es el de facilitar la consolidacion de ambos dominios. (Rec. de cas. de 16 de Diciembre de 1865.)

No es doctrina corriente la de que sobre el derecho de retraer no cabe posesion ó cuasi posesion,

sino mediante interpelacion del poseedor de la finca al vendedor para que ejercite aquel derecho, debiendo contarse desde la interpelacion el tiempo, dado caso de que tal derecho se perdiese por la prescripcion. (Rec. de cas. de 7 de Abril de 1866.)

Ofrecida por el que presenta la demanda de retracto la oportuna fianza, y prestada despues, segun la designacion judicial, queda suficientemente asegurado el pago del precio de la cosa que se intenta retraer, y no se infringe lo dispuesto en el núm. 2.º del art. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil. (Rec. de cas. de 12 de Junio de 1866.)

No haciendo mencion el tit. XIII de la ley de Enjuiciamiento de las ventas al fiado ó á plazo, no es posible en este caso la consignacion de todo el precio, obligando al retrayente á más de lo que estaba obligado el comprador. (Idem. idem. idem.)

La fianza que asegura el precio en los plazos y forma convenida, equivale á la consignacion del mismo, cuando desde el momento no es exigible, puesto que por el espíritu y letra, así de la antigua como de la nueva legislacion, el retrayente queda subrogado en el comprador con las mismas obligaciones que éste contrajo. (Id. id. id.)

El art. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil, al prescribir en su disposicion primera que las demandas de retracto se interpongan dentro de nueve dias, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta, no prohíbe que puedan presentarse antes, siempre que, perfecta ésta, hubiese llegado á conocimiento del retrayente. (Rec. de cas. de 23 de Octubre de 1866.)

RETRACTO DE COMUNEROS.

Las leyes de Partida y las Recopilaciones exigen para que proceda el retracto de comuneros, que el que lo haya de invocar posea en comun con otro la cosa que pretende reclamar. (Rec. de cas. de 18 de Junio de 1857.)

La mera falta, aun suponiéndola, de línea ó señales de division de dos propiedades, cuya cabida, situacion y linderos están determinados, no es título ó razon bastante para estimarlas poseidas de consuno por los respectivos dueños, ni de consiguiente para dar á éstos el derecho de retraerlas como comuneros. (Id. id. id.)

No procede el retracto de comuneros ni puede decirse que las fincas se poseen comunalmente cuando las propiedades están divididas con señales más ó menos ostensibles, pero conocidas de sus dueños, y bien determinada su situacion, cabida y pertenencia, estando limitada la mancomunidad al aprovechamiento de los pastos. (Rec. de cas. de 24 de Marzo de 1860.)

El retracto de comuneros es procedente, conforme á la ley 55, tit. V, Partida 5.ª, cuando dos ó más poseen una finca *comunalmente ó de so uno*. Esta circunstancia existe cuando no aparece division alguna que determine, ó indique por lo menos, la parte que á cada interesado corresponda, ni su cabida, situacion y linderos. (Rec. de cas. de 28 de Enero de 1865.)

Si bien con arreglo á la ley 55, tit. V, Part. 5.ª, para que proceda el retracto de comuneros es indispensable que la cosa que se intenta retraer esté po-

seida por dos ó más comunalmente de so uno, no puede decirse que se posea de dicho modo cuando está dividida con señales más ó menos ostensibles, pero conocidas de sus dueños, según jurisprudencia del Supremo Tribunal. (Rec. de cas. de 1.º de Abril de 1865.)

RETRACTO GENTILICIO.

Las leyes vigentes sobre retracto gentilicio no pueden ampliarse en su aplicación más allá de lo que su letra y su espíritu determinan. (Rec. de cas. de 4 de Diciembre de 1856.)

La condición impuesta por la ley como indispensable para que tenga lugar el retracto gentilicio, de que los bienes en venta sean hereditarios, supone que deben haber pertenecido en pleno dominio y propiedad al ascendiente ó ascendientes hasta el tronco común del vendedor y el retrayente. (Idem, idem.)

No procede el retracto gentilicio cuando no concurre en la cosa que lo motiva la circunstancia de ser patrimonial, en cuyo caso falta el supuesto de la cuestión relativo á la mayor proximidad de parentesco ó mejor derecho entre los que pretenden retraer, y no pueden ser infringidas las leyes 1.ª y 8.ª, título XIII, lib. X de la Nov. Rec., que tratan de la preferencia en los retractos. (Rec. de cas. de 13 de Junio de 1860.)

Los oficios públicos no son objeto del retracto gentilicio. (Rec. de cas. de 15 de Febrero de 1861.)

Las leyes que establecieron este retracto no deben ampliarse, ni puede entenderse que se ampliaron por las posteriores de Toro al usar genérica-

mente la palabra *cosa* en materia de retractos (Idem idem, idem.)

La acción de retracto gentilicio no puede tener lugar en las leyes del Fuero de Vizcaya, sino que es propia y peculiar de las de Castilla. (Rec. de cas. de 2 de Marzo de 1861.)

El retracto gentilicio sólo tiene lugar respecto de los bienes heredados de patrimonio ó de abolengo, pero no respecto de los que son adquiridos por compra ú otro título. (Rec. de cas. de 5 de Junio de 1861.)

Las disposiciones de la ley 5.ª, tit. XIII, lib. X de la Nov. Rec., únicamente se refieren y son aplicables al retracto gentilicio. (Rec. de cas. de 12 de Marzo de 1862.)

Los afines, para el ejercicio y efectos del retracto gentilicio, son extraños á la familia, en el sentido de la ley. (Rec. de cas. de 13 de Nov. de 1862.)

No es doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales la de que el retracto gentilicio no tiene lugar cuando la finca vendida lo ha sido á un pariente, cumpliéndose de esta manera el objeto de la ley de que las fincas no salgan de la familia. (Rec. de cas. de 5 de Enero de 1864.)

Las disposiciones del libro sagrado *El Levítico* relativas al retracto gentilicio, no forman ni constituyen parte del derecho canónico vigente como supletorio del peculiar de Cataluña. (Rec. de cas. de 14 de Mayo de 1864.)

Si bien las leyes vigentes sobre el retracto gentilicio, como restrictivas del libre uso de la propiedad, no pueden ampliarse en su aplicación más allá de lo que su letra y su espíritu determinan, no por eso pueden dejar de tener cumplimiento en los casos que ellas establecen. (Rec. de cas. de 30 de Setiembre de 1864.)

Para que proceda el retracto gentilicio, según el derecho comun, es necesario que la heredad ó finca sea de patrimonio ó abolengo del vendedor, y que el retrayente sea tambien de aquel patrimonio ó abolengo, según prescriben las leyes 1.^a y 2.^a, título XIII, lib. X de la Nov. Rec. (Rec. de cas. de 23 de Febrero de 1866.)

La doctrina consignada en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1859, está reducida á que cuando la rescision de una venta no es un acto voluntario, sino forzoso, no puede tener lugar la accion de retracto. (Rec. de cas. de 11 de Febrero de 1867.)

Realizada legalmente la venta de bienes raíces, nace desde el momento de otorgarse la escritura el derecho de retracto á favor de las personas á quienes las leyes lo conceden. Utilizado este derecho, dentro de los nueve dias de la ley, no puede perjudicar al retrayente la retroventa consignada en escritura de fecha posterior, porque ya en aquella fecha aquél estaba en el goce de su derecho, y toda innovacion de parte del comprador y del vendedor era atentatoria del derecho mismo; y aunque en la escritura de retroventa se consignase que el nuevo contrato estaba celebrado desde el acto mismo de la venta, esta manifestacion no podia perjudicar á un tercero, que ya habia adquirido y ejercitado el derecho de retracto. (Id. id. id.)

Segun doctrina admitida por la jurisprudencia, la ley de Enjuiciamiento civil ha modificado esencialmente las recopiladas en cuanto al señalamiento de dia desde el cual determinaban hubiera de empezar á correr y contarse, con distincion de casos, el término legal para el ejercicio de retracto. (Rec. de cas. de 14 de Mayo de 1867.)

El art. 674 de la ley de Enjuiciamiento determina que las demandas de retracto se interpongan en el Juzgado competente *dentro de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta*, sin hacer excepcion alguna respecto de la verificada en subasta pública judicial ó en otra forma. (Id. id. id.)

La demanda de retracto no puede entablarse sino contra el comprador de las fincas objeto de él; con el mismo debe sustanciarse el juicio, y á él sólo debe y puede referirse la sentencia de su parte dispositiva. (Rec. de cas. de 3 de Junio de 1867.)

Cuando la demanda de retracto se presenta por el marido de la retrayente, refiriéndose á ésta el parentesco con el vendedor y la cualidad de patrimoniales de las fincas objeto del retracto, la falta de expresion en la súplica de que todo se entendiese en este concepto y las cosas retraidas para su mujer, no es bastante para que se desestime la demanda, mucho más habiéndose explicado el concepto antes del fallo. (Id. id. id.)

El derecho de retraer la finca vendida el que reuna los requisitos legales para hacerlo, tiene su origen en el otorgamiento de la escritura de venta, sin que pueda inutilizarle el voluntario disenso del comprador y vendedor, ó sea el convenio de dejar sin efecto la venta sin causa que la legitime. (Idem, idem.)

La ley 8.^a, tít. XIII, lib. X de la Nov. Rec., sólo trata de la preferencia que debe darse al dueño del dominio útil cuando concurre para retraer á la vez un pariente por retracto gentilicio. (Rec. de cas. de 1.^a de Junio de 1869.)

Segun la ley 1.^a, tít. XIII, lib. X de la Nov. Recopilacion, los retractos deben intentarse dentro de

los nueve dias despues de hecha la venta. (Rec. de cas. de 31 de Diciembre de 1869.)

En el juicio de retracto sólo pueden ventilarse las cuestiones propias de él, es decir, sobre el título que alegue el retrayente, sobre si las cosas son capaces de retracto, y sobre si se han cumplido ó no los requisitos que exige la ley de Enjuiciamiento civil en su tit. XIII, parte 1.ª (Rec. de casacion de 1.º de Julio de 1870.)

A la Sala sentenciadora corresponde apreciar la prueba que se suministre acerca de si el precio que se consigna en una segunda escritura de venta de la cosa sobre que se intenta el retracto es malicioso y con ánimo de perjudicar al retrayente, á cuya apreciacion hay que atenerse si contra ella no se alega que al hacerla se haya cometido infraccion de ley ó doctrina legal. (Idem, idem, idem.)

Cuando no se trata de haberse rescindido la venta por causa legitima, sino de haberla ratificado elevando espontáneamente el precio y subsistiendo la enagenacion, no tiene aplicacion la doctrina de que no tiene lugar el retracto cuando la venta se rescinde, ó lo que es lo mismo, se modifican y aclaran las condiciones, en virtud de causa legitima, y que no es la espontánea voluntad de las partes; ni la de que desde el momento de otorgarse la escritura de venta de bienes raices nace el derecho de retracto en favor de las personas á quienes las leyes lo conceden, sin que pueda inutilizarle el voluntario disenso del comprador y vendedor; pero que esto no se entiende cuando el convenio de modificar ó dejar sin efecto la venta no es un acto voluntario sino forzoso, motivado por causa legitima y nacido del vicio atribuido al contrato mismo, del cual pudiera surgir la accion del retracto. (Idem, idem, idem.)

No habiéndose contraido obligacion alguna por parte del retrayente, no tiene aplicacion la ley 1.ª, tit. I, lib. X de la Nov. Rec. (Id. id. id.)

Si bien se establece en las leyes 1.ª y 2.ª, tit. XIII, lib. X de la Nov. Rec., que «si dos ó más, quisieren la finca, si son de igual grado de parentesco, partanla entre sí,» es indispensable que ejerciten el derecho de retracto gentilicio ó de abolengo dentro del término y bajo las condiciones y circunstancias consignadas en dichas leyes, y en el art. 674 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil. (Recurso de cas. de 17 de Enero de 1867.)

Cuando el marido compra por sí, y no como representante de su mujer, no puede despues alegar contra un pariente el derecho de retraer que á la mujer correspondiera, puesto que se le considera como un comprador extraño á la familia. (Idem, idem, idem.)

Es doctrina legal reconocida por el Supremo Tribunal que la finca patrimonial reedificada en todo ó en parte conserva su cualidad de tal, y queda sujeta al retracto gentilicio; no infringiendo la sentencia que da lugar al retracto las leyes 1, 2 y 3, título 19, lib. 10 de la Nov. Rec., que sólo se limitan á consignar el derecho á retraer de los parientes bajo ciertas condiciones, sin excluir por eso la doctrina expuesta en caso de reedificacion total ó parcial de la finca. (Rec. de cas. de 23 de Diciembre de 1876.)

Son inaplicables al caso las reglas 12, 13 y 14 de Derecho, tit. 34, Partida 7, si en la sentencia no se trata de que los que contribuyeron á la reedificacion de la casa traspasasen ó no su derecho *por su palabra ó su hecho*, como si entre ellos hubiese mediado algun contrato libre, sino de que el retrayen-

te adquiriera la finca por sólo el ministerio de la ley, por concurrir los requisitos que exige. (*Id., idem, idem.*)

No infringe dicha sentencia el principio de que los retractos, como materia odiosa deben ser interpretados restrictivamente, porque esta regla exige, como todas, términos hábiles para su aplicación, que no existen cuando es indudable el derecho del retrayente según la doctrina establecida. (*Id., idem, idem.*)

Las leyes 1.^a y 2.^a, tít. XIII, lib. X de la Novísima Rec. conceden siempre el derecho de retracto gentilicio á los parientes más próximos del vendedor de la finca patrimonial ó de abolengo en preferencia á los más remotos; y por ello procede también en su caso cuando es un pariente el comprador, según así lo tiene declarado este Supremo Tribunal. Consiguientemente debe estimarse la demanda de retracto, siendo el comprador pariente del vendedor ó más próximo el parentesco de éste con el retrayente. La ley 55, tít. V, Partida 5.^a, se refiere al retracto de los comuneros, y ni aún por analogía puede tener aplicación al gentilicio, que se rige por lo recopilado. (Rec. de cas. de 29 de Octubre de 1880.)

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

TITULO XIX.

De los retractos.

Art. 1.618. Para que pueda darse curso á las demandas de retracto, se requiere:

1.^o Que se interponga dentro de nueve días, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta.

2.^o Que se consigne el precio si es conocido, ó si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea.

3.^o Que se acompañe alguna justificación, aun cuando no sea cumplida, del título en que se funde el retracto.

4.^o Que se contraiga, si el retracto es gentilicio, el compromiso de conservar la finca retraída á lo menos dos años, á no ser que alguna desgracia hiciere venir á menos fortuna al retrayente y lo obligare á la venta.

5.^o Que se comprometa el comunero á no vender la participación del dominio que retraiga, durante cuatro años. ®

6.^o Que se contraiga, si el retracto lo intenta el dueño del dominio directo ó el del útil, el compro-

miso de no separar ambos dominios durante seis años.

7.º Que se acompañe copia, en papel comun, de la demanda y de los documentos que se presenten.

Art. 1,619. El que intentare el retracto, si no reside en el pueblo donde se haya otorgado la escritura que dé causa á él, tendrá para deducir la demanda, además de los nueve dias, uno por cada 30 kilómetros que distare de su residencia dicho pueblo.

Art. 1,620. Si la venta se hubiere ocultado con malicia, el término de los nueve dias no empezará á correr hasta el siguiente al en que se acreditare que el retrayente ha tenido conocimiento de ella.

Para dicho efecto, se tendrá por maliciosa la ocultacion de la venta, cuando no se hubiere inscrito oportunamente en el Registro de la propiedad. En este caso se contará el término desde la presentacion de la escritura de venta en el Registro.

Art. 1,621. El juez habrá por presentada la demanda y por intentado el retracto, y mandará hacer el depósito de la cantidad consignada en el establecimiento público destinado al efecto, ó admitirá la fianza bajo su responsabilidad en los casos en que proceda, reservándose proveer sobre el curso de la demanda, presentada que sea la certificacion del acto de conciliacion.

Art. 1,622. Presentada que fuere por el retrayente certificacion del acto de conciliacion sin efecto, el juez dará traslado de la demanda al comprador, mandando emplazarlo, y entregarle las copias de ella y de los documentos, en la forma prevenida en el juicio ordinario de mayor cuantía.

Art. 1,623. Si compareciere el demandado den-

tro del término del emplazamiento, se le mandará que conteste la demanda dentro de nueve dias.

No compareciendo, se practicará lo prevenido en los art. 521 y 522.

Art. 1,624. En la contestacion manifestará el demandado si está conforme con los hechos en que la demanda se haya fundado, ó cuáles sean aquellos en que no lo estuviere.

Del escrito de contestacion se acompañará copia, la cual será entregada al demandante.

Art. 1,625. Habiendo absoluta conformidad en los hechos, sin más trámites llamará el juez las autos á la vista, con citacion de las partes para sentencia.

Será aplicable á este caso lo que se dispone en el art. 756.

Art. 1,626. Si no hubiere conformidad en los hechos, se recibirán los autos á prueba sobre aquellos en que no la hubiere, y se continuará el juicio, hasta dictar sentencia, por los trámites establecidos para los incidentes, observándose lo prevenido en los art. 753 al 758 inclusive.

Art. 1,627. La sentencia que recaiga será apelable en ambos efectos, y tambien se sustanciará la segunda instancia por los trámites establecidos para las apelaciones de los incidentes.

Art. 1,628. Luego que sea firme la sentencia que declare haber lugar al retracto, se tomará razon en el Registro de la propiedad del compromiso que se haya contraido en cualquiera de los casos 4.º, 5.º y 6.º comprendidos en el artículo 1,618, expidiéndose al efecto mandamiento por duplicado al registrador, cuyo funcionario devolverá uno de los ejemplares, con la nota de quedar cumplido, el cual se unirá á los autos. ®

Art. 1,629. El comprador que haya sido vendido, puede en cualquier tiempo librar al retrayente del gravámen expresado en los números 4.º, 5.º y 6.º del art. 1,618.

Art. 1,630. Cuando conviniere en ello el comprador vencido, ó pasados los plazos prevenidos en el art. 1,618, el juez librára otro mandamiento para que se cancele la anotacion hecha en el Registro de la propiedad del compromiso contraido por el retrayente.

La enajenacion que se hiciere antes del vencimiento de los respectivos plazos, sin la conformidad del comprador vencido, será nula, quedando tambien sin efecto el retracto, si dicho comprador lo solicitare.

ÍNDICE.

	Págs.
Tratado de los retractos.—Artículo preliminar.	5

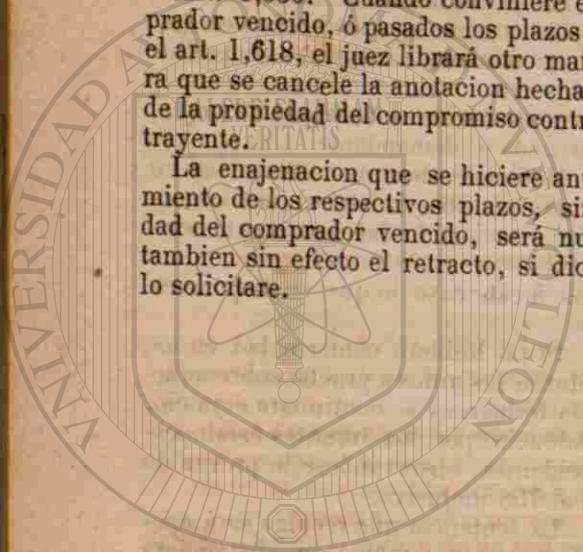
PRIMERA PARTE.

Del retracto gentilicio.	7
Capítulo I. De las leyes que establecieron el derecho de retracto gentilicio, de la naturaleza de este derecho, y del cuidado con que las leyes han sabido preservarle de todo ataque.	8
§ I. De las leyes que establecieron el derecho de retracto gentilicio.	8
§ II. De la naturaleza del retracto gentilicio y de la obligacion de respetarlo.	11
Cap. II. De la naturaleza de la accion de retracto gentilicio.	16
Cap. III. De las cosas que están sujetas al retracto gentilicio.	23
Artículo I. Cuáles son las cosas que son, ó no, consideradas heredades para los efectos del retracto.	24
Art. II. Qué condicion han de tener las fincas para estar sujetas al retracto gentilicio.	36

Art. 1,629. El comprador que haya sido vendido, puede en cualquier tiempo librar al retrayente del gravámen expresado en los números 4.º, 5.º y 6.º del art. 1,618.

Art. 1,630. Cuando conviniere en ello el comprador vencido, ó pasados los plazos prevenidos en el art. 1,618, el juez librára otro mandamiento para que se cancele la anotacion hecha en el Registro de la propiedad del compromiso contraido por el retrayente.

La enajenacion que se hiciere antes del vencimiento de los respectivos plazos, sin la conformidad del comprador vencido, será nula, quedando tambien sin efecto el retracto, si dicho comprador lo solicitare.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ÍNDICE.

	Págs.
Tratado de los retractos.—Artículo preliminar.	5

PRIMERA PARTE.

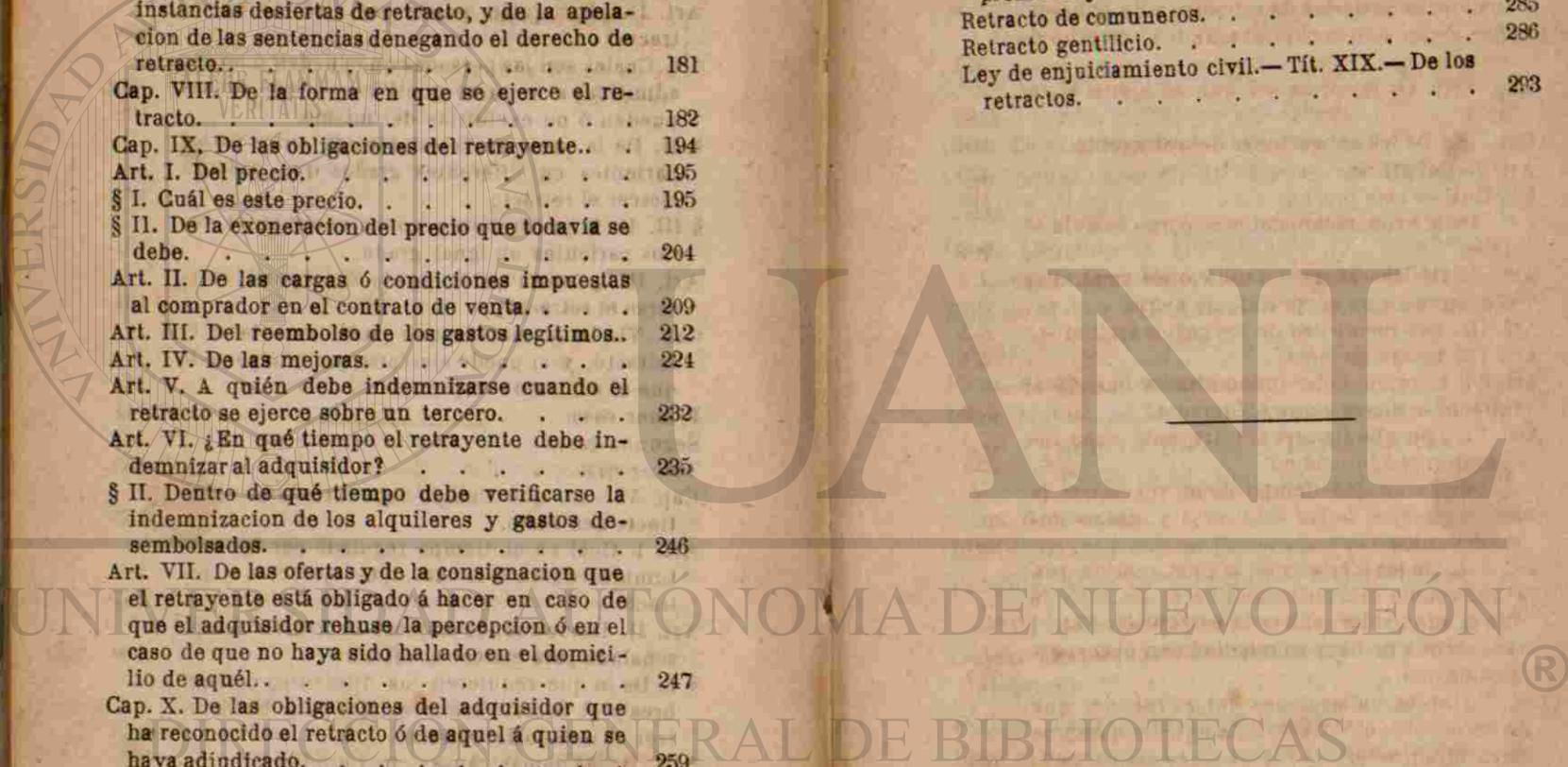
Del retracto gentilicio.	7
Capítulo I. De las leyes que establecieron el derecho de retracto gentilicio, de la naturaleza de este derecho, y del cuidado con que las leyes han sabido preservarle de todo ataque.	8
§ I. De las leyes que establecieron el derecho de retracto gentilicio.	8
§ II. De la naturaleza del retracto gentilicio y de la obligacion de respetarlo.	11
Cap. II. De la naturaleza de la accion de retracto gentilicio.	16
Cap. III. De las cosas que están sujetas al retracto gentilicio.	23
Artículo I. Cuáles son las cosas que son, ó no, consideradas heredades para los efectos del retracto.	24
Art. II. Qué condicion han de tener las fincas para estar sujetas al retracto gentilicio.	36

Cap. III. De si vienen sujetas al retracto las cosas que por sí mismas no lo estén, en el caso que se hayan vendido junto con una sujeta al mismo y vendidas por un mismo acto.	49
Cap. IV. De los contratos y actos que dan lugar al retracto gentilicio y desde cuándo.	52
Art. I. Del contrato de venta.	52
Art. II. Cuáles son los contratos que se consideran como equivalentes á la venta.	56
§ I. Del contrato de renta vitalicia.	56
§ II. De la permuta en cosas muebles.	56
§ III. De la insolutundacion.	57
§ IV. De las donaciones remuneratorias ú onerosas.	59
§ V. Del arrendamiento á renta redimible.	60
Art. III. De los contratos y actos que no son equivalentes á venta, ni están por consiguiente sujetos al retracto.	62
§ I. De la permuta de una finca con otra inmueble.	62
§ Del arrendamiento á renta irredimible.	77
§ III. Del contrato de sociedad, y de la conversion de los bienes raíces en muebles.	79
§ IV. De la donacion.	80
§ V. De la transaccion.	83
§ VI. De la licitacion entre los copropietarios.	84
§ VII. De los actos que contienen la rescision de una venta, antes que una nueva venta.	88
§ VIII. De las ventas nulas y de las ventas simuladas.	92
Art. IV. ¿Desde cuándo los contratos que están sujetos al retracto dan lugar al mismo?	94
Cap. V. ¿A quién se concede el gentilicio? ¿Por quién y sobre quién puede ejercerse?	98
Art. I. ¿A quién se concede el retracto gentilicio?	98

§ I. ¿Quién es reputado vendedor, á cuya familia se concede el retracto gentilicio?	98
§ II. Cuál es la familia del vendedor á quien se concede el derecho de retracto gentilicio.	105
Art. II. ¿Por quién puede ser ejercido el retracto?	108
§ I. Cuáles son las personas que pueden ó no ser admitidas al retracto gentilicio, y qué causas pueden ó no excluirlas del mismo.	108
§ II. De la preferencia establecida entre varios parientes en diferentes grados que quieren ejercer el retracto.	126
§ III. De la preferencia y concurrencia entre varios parientes en igual grado.	131
Art. III. ¿Contra quién puede ó no puede ejercerse el retracto?	134
Cap. VI. De la manera que puede intentarse el retracto; y si puede ejercerse por una parte lo que el contrato comprende.	144
Primer caso.	144
Segundo caso.	151
Tercer caso.	155
Cap. VII. En qué tiempo debe intentarse el retracto gentilicio.	157
Art. I. Cuál es el tiempo regulado por las costumbres durante el cual debe ejercerse el retracto.	157
Art. II. Desde cuándo empieza á correr el tiempo señalado para ejercer el retracto.	160
§ I. De lo que requieren las diferentes costumbres y el decreto sobre registro para hacer correr el tiempo del retracto	160
§ II. De las demás causas que impiden ó no impiden correr el tiempo del retracto.	168
Art. III. ¿Cuándo se considera que el pariente	

	Págs.
ejerce el retracto en el tiempo prescrito?	174
Art. IV. De la naturaleza y del efecto de la prescripción contra el retracto.	177
Art. V. Si hay un tiempo extraordinario para las instancias desiertas de retracto, y de la apelación de las sentencias denegando el derecho de retracto.	181
Cap. VIII. De la forma en que se ejerce el retracto.	182
Cap. IX. De las obligaciones del retrayente.	194
Art. I. Del precio.	195
§ I. Cuál es este precio.	195
§ II. De la exoneración del precio que todavía se debe.	204
Art. II. De las cargas ó condiciones impuestas al comprador en el contrato de venta.	209
Art. III. Del reembolso de los gastos legítimos.	212
Art. IV. De las mejoras.	224
Art. V. A quién debe indemnizarse cuando el retracto se ejerce sobre un tercero.	232
Art. VI. ¿En qué tiempo el retrayente debe indemnizar al adquirente?	235
§ II. Dentro de qué tiempo debe verificarse la indemnización de los alquileres y gastos desembolsados.	246
Art. VII. De las ofertas y de la consignación que el retrayente está obligado á hacer en caso de que el adquirente rehuse la percepción ó en el caso de que no haya sido hallado en el domicilio de aquél.	247
Cap. X. De las obligaciones del adquirente que ha reconocido el retracto ó de aquél á quien se haya adjudicado.	259
§ I. De la demora en la entrega de la finca.	259
§ II. De los frutos.	260

	Págs.
§ III. Del tesoro encontrado en la finca.	273
§ IV. De las mermas.	274
Jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de justicia.—Retracto.	279
Retracto de comuneros.	285
Retracto gentilicio.	286
Ley de enjuiciamiento civil.—Tít. XIX.—De los retractos.	293





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

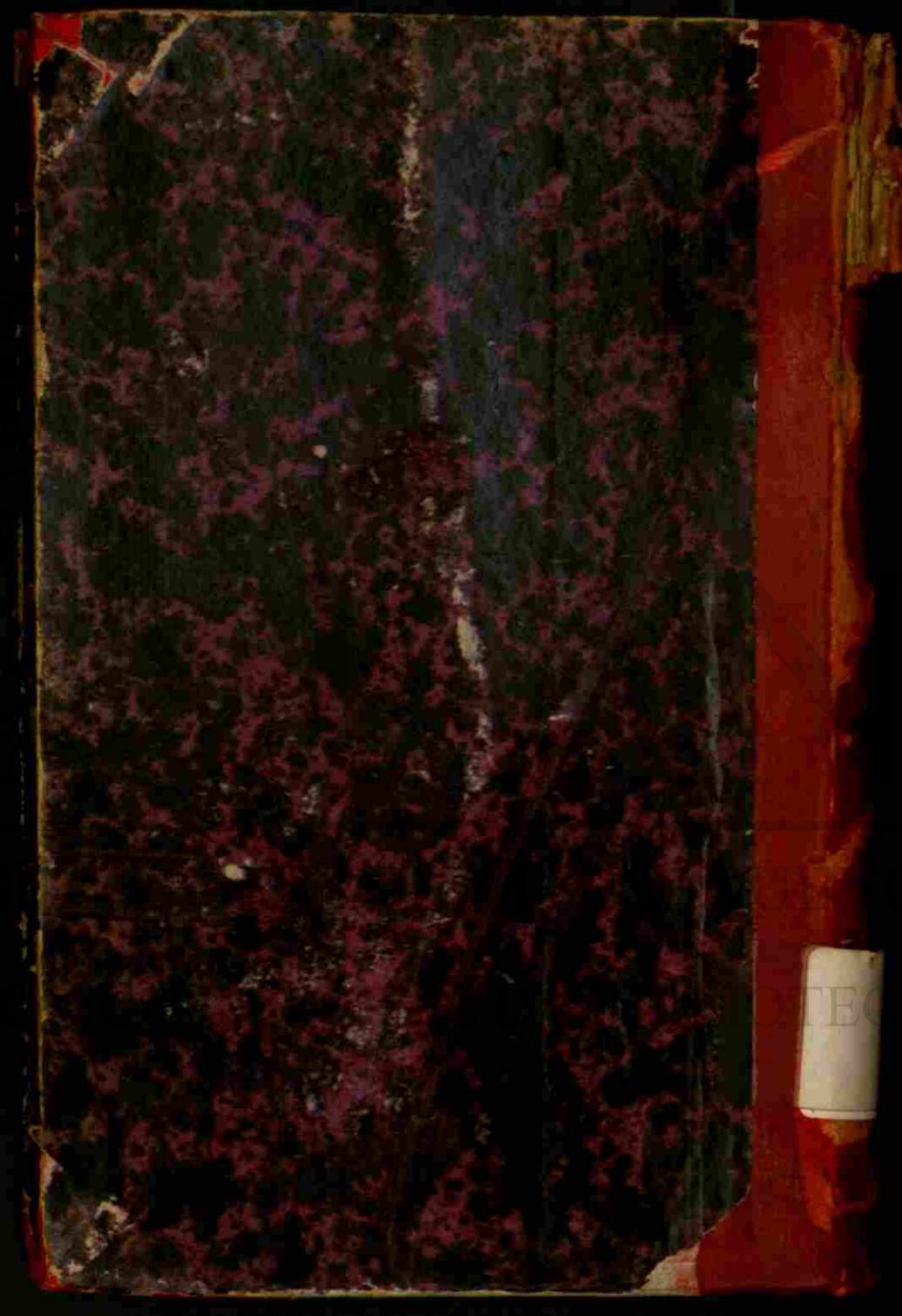
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

OBRAS EN VENTA EN LAS SIGUIENTES LIBRERÍAS

MADRID: Bailly Bailliére, Fe, Gaspar, Iravedra, Leocadio Lopez, San Martín y Suarez.
BARCELONA: Viuda é Hijos de J. Subirana, y Llor-dachs.

Peetas.

† Elías (D. José Antonio). DERECHO CIVIL GENERAL Y FORAL DE ESPAÑA, tres tomos.	35
Idem. DOS APÉNDICES.	5
Idem. LEGISLACION CIVIL VIGENTE EN ULTRAMAR, dos tomos.	6
Idem. LEGISLACION HIPOTECARIA DE ESPAÑA, CUBA, PUERTO-RICO Y FILIPINAS, 2. ^a edicion..	6
Elías de Molins. (D. Antonio). TRATADO DE LEGISLACION DE ADUANAS.. . . .	3'50
Idem. SANIDAD MARÍTIMA.	2'50
Idem. MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO CIVIL Y PENAL DE ESPAÑA Y ULTRAMAR PARA USO DEL CLERO PARROQUIAL, tres tomos.	18
Idem. ADICIONES.	2'50
Baudrillart. MANUAL DE ECONOMÍA POLÍTICA.. . . .	5
Prunaire. ARTE DE COLOREAR LOS VINOS CON EL COLOR NATURAL DE LA UVA.	2'50
Guyot. TRATADO DEL CULTIVO DE LA VID Y VINIFICACION.	6 [®]
Pothier. TRATADO DE OBLIGACIONES.	7'50
Idem. TRATADO DE LA POSESION Y PRESCRIPCION.	7
Idem. TRATADO DE COMPRA Y VENTA.	8
Idem. TRATADO DEL DOMINIO DE LA PROPIEDAD.	4



TEC