

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 tenía 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 continuación de comunidad entre un padre y sus hijos, es, por parte de éstos, una adquisición en la persona de sus hijos.

51. Una finca que era una verdadera adquisición 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 sucesión, la venta de esta cosa adquirida, hecha por el curador, de la sucesión 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 condición 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 sucesión 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 sucesión vacante, según 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 sucesión.

53. Así como una adquisición del difunto toma el carácter de propia en la persona de su heredero, así también 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 sucesión.

No sucede lo mismo cuando la donación ó el legado resulta hecho á un colateral. La finca no constituye más que una adquisición 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 adquisición, como hemos visto más arriba.

54. Las fincas comprendidas en una sustitución que tuviesen la condición de adquisiciones en la persona del autor de la sustitución, vienen á ser propias en la persona del sustituido que ha recogido la sustitución, 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 sustitución; porque dicho sustituido tiene los bienes, no del gravado, sino del autor de la sustitución; su título es una donación en línea directa que nace de la sucesión.

Pero si los sustituidos no son más que colaterales del autor de la sustitución, aun cuando el gravado, por conducto del cual han recogido la sustitución, fuese su padre, las adquisiciones del autor de la sustitución no resultarían propias con respecto á la persona de los sustituidos, porque la sustitución no es, para ellos, más que una donación 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 civil. 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 raíces, 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. Però 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, sinó 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 ningun 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 contenía; 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 desistirse 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 ántes 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. Cuando entramos en posesion de una finca propia en virtud de sentencia que declara revocada la donacion que de la misma habíamos 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 reserva 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 *Instruccion 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, sinó 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 línea 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 capitulo 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 márgen 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 da 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 enajena 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 cuestión 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 decisión 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 adquisición 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