

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 todavía 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, *fictio 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 desposeido todavía 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 clausulæ totam domum vendat, tota cadit in jus retractus proximitatis cognatis filie..... 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 sí, 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 garantía 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 mí 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 yo 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 despues 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 transaccion 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 transaccion *de re dubia et incerta*, no estableceria que el propietario con quien el comprador ha transigido, lo sea efectivamente, ni daria, 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 cuestion daria 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. Segun la costumbre de Paris y el derecho más comun, 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 habia 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 mas 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 comun 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, tít. 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 todavía 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 commodis 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 opinión 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 opone 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 casa *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 opone en segundo lugar, que la calidad de vendedor que tiene por sí el heredero del demandante en retracto, se opone 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 cuando 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 caucion 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