

pías 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 concurra 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 enagenación 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 Le-coq, mencionado por Tiraqueau, cita un antiguo decreto que resuelve la cuestion negativamente; Loy-sel. 1, 3, tít. 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 Normandía.

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. tít. *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.