

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 cuestion 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 tambien 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 cuestion 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 duracion 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 le 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.

Cuando 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 Normandía, 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 supe 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. Unicamente 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 fé.

232. La falta de registro impide correr el tiempo del retracto aún 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 prive 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, tit. 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 consideración 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, puesto 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 poseedores inconmutables, 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 inconmutable. 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 recoger 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-