

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

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

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO III

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO IV

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO V

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

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

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

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

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

CAPÍTULO VII

De la forma en que se ejerce el retracto.

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

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

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

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

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

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

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