

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



facultad de elegir el juez del lugar donde está situada la finca se concede al demandante tan sólo tratándose de acciones reales; l. Cod. ubi. in rem. No debe tenerla con respecto á la acción de retracto que es más personal que real cuando ha sido intentada contra el comprador.

266. El emplazamiento de la demanda debe hacerlo un alguacil ó portero de estrados debidamente facultado para ello en el lugar donde tenga que efectuarse.

Si estuviera privado de sus funciones ó fuese pariente del demandante en grado prohibido, la demanda será nula. Por decreto de la Corte de fecha de 6 Setiembre 1721, extendido en forma de reglamento y publicado en las respectivas audiencias, se declaró nulo un emplazamiento de demanda de retracto gentilicio por haber sido hecho por un portero pariente del demandante en tercer grado.

267. Queda en pié la cuestion si, desde la ley de registro por la que se releva á los alguaciles y porteros de la obligacion de practicar el emplazamiento de la demanda asistidos de ministriles ó testigos oculares, hay ó no necesidad de que dichos funcionarios hagan el emplazamiento acompañados de testigos. M. le Camus en su Observacion sobre el *Tratado del retracto* opina que es todavía un requisito necesario por ser de uso. Auzañet y Ferrière, sobre Paris, opinan lo contrario; y se fundan en que no exceptuando el privilegio concedido por la ley de registro más que los emplazamientos de embargos feudales ó reales y la fijacion de carteles, se sigue de esto que los emplazamientos de demanda en retracto gentilicio se encuentran comprendidos en esta dispensa general, así como todas las demás clases de emplazamiento.

Sin embargo es creencia bastante generalizada que dicha asistencia de testigos es todavía necesaria en las costumbres que la requieren en virtud de una disposicion precisa, toda vez que el rey ha declarado por la expresada ley sobre registro que derogaba la real orden de 1667 que exigía esta asistencia, y toda vez que no declaró que entendia igualmente derogar los fueros ó costumbres.

Los que opinan que, aun tratándose de la costumbre de Paris, y de otras que no requieren expresamente la asistencia de testigos, esta asistencia es todavía en la actualidad necesaria, se fundan en que el emplazamiento de la demanda en retracto no es un simple emplazamiento ó citacion, y que debe comprender un juicio verbal de la formal promesa que el retrayente debe hacer al comprador de reintegrarle. Luego, dicen ellos, esta promesa hay que justificarla por medio de testigos. Pero este argumento me parece defectuoso, considerándolo como una peticion de principio, porque es precisamente lo que se cuestiona, si un emplazamiento, porque entraña promesas, debe ser considerado exceptuado de la dispensa concedida por el expresado decreto de registro, aunque ninguna ley haya dispuesto tal cosa.

En nuestra costumbre de Orleans, donde las promesas no son necesarias para la validez de la demanda en retracto, como veremos más adelante, y si únicamente útiles, porque hacen adquirir al retrayente desde el día en que se contraen un derecho á los frutos que se perciban, no puede haber ningun pretexto para sostener la nulidad de una demanda de retracto emplazada sin la debida concurrencia de testigos.

268. El emplazamiento de la demanda en retrac-



to que nos ocupa lo propio que todos los demás, debe hacerse de día y no de noche. Brodeau, art. 39 sobre Louet, cita un decreto de 7 Setiembre 1692 que declara decaído del derecho de retracto á cierto demandante á causa de que el emplazamiento se llevó á efecto en el mes de Enero á las siete de la noche, prohibiendo además que puedan hacerse emplazamientos de noche y á horas intempestivas, so pena de nulidad. Esto con todo, si la demanda se presentó el último día, como en este caso no hay posibilidad de diferir el emplazamiento para el día siguiente, puede la necesidad hacerlo declarar válido aunque no sea hecho en día hábil. Así se ha resuelto por M. Príncipe de Conti relativamente al retracto de Mercœur, si mal no recordamos.

269. Hase suscitado la cuestion si la demanda de retracto gentilicio puede presentarse válidamente en domingo ó dia festivo. Yo opino que puede presentarse válidamente, siempre que el dia en que se presente sea el último del plazo señalado por la costumbre para el retracto, ó que no quedase ningun otro dia no festivo en que pudiera ser presentada. La razon es que uno puede hacer en los domingos y demás dias festivos los actos que no pueden aplazarse y que son absolutamente necesarios para la conservacion de nuestros derechos y de nuestro bien. La ley I, § 2, y la ley 3, ff. de fer., nos ofrece una prueba de ello: *feriato die, cum res tempore peritura est, actionis dies exiturus est.*

Dumoulin, en su nota sobre el art. 122 de la costumbre de Poitou, cita un decreto que ha declarado válido un emplazamiento de demanda en retracto hecho el dia del Corpus: este mismo Decreto lo cita Louet, l. R., art 39. Por lo demás,

yo opino que se debe sentar, de conformidad á la restriccion que hemos propuesto, que en el caso del decreto, no hubiera podido aplazarse la demanda para otro dia, y que la decision de los autores que enseñan que la demanda en retracto puede presentarse en domingo ú otro dia festivo debe entenderse conforme á esta restriccion. M. Jousse cita un decreto de 4 Enero 1719, sobre la ordenanza de 1667, tít. 2, art. 10, que declara nulo un emplazamiento de demanda en retracto gentilicio, hecho en dia festivo, en el caso que quedase todavía un mes de tiempo. Sin embargo acabo de saber que M. R\*\*\* ha juzgado válido el emplazamiento de una demanda de retracto hecha en dia festivo y sin haber mediado necesidad.

Hay que observar todavía que los alguaciles que en dias festivos presentan demandas en caso de necesidad, sólo pueden hacerlo en virtud de una orden expresa del juez, segun un acto notorio del Tribunal civil de Paris de 5 mayo 1703, citado por M. Jousse, *ibid.*

Hay ciertos autores que opinan que todo emplazamiento de demanda en materia de retracto gentilicio como en cualquiera otra materia, es indistintamente nulo, lo mismo cuando se hace en domingo como cuando la cosa no puede diferirse y que el dia es el último del plazo ó término señalado. Así opina Henrys, tít. 2, lib. 4, § 20, y M. Vaslin pág. 72 sobre la Rochelle. La razon que alegan es que el retrayente debe imputarse la causa de haber esperado tan tarde. La contestacion es óbvia. Debe presumirse que el retrayente no ha tenido oportunidad para entablar antes la demanda; para esto ha necesitado dinero, y si no lo ha encontrado con la premura que el tiempo requería no por esto ha



faltado: debe gozar de todo el plazo de un año y un día que le concede la costumbre para ejercer su derecho de retracto; y no lo tendría si no pudiese presentar la demanda en los últimos días del plazo, cuando da la coincidencia de que estos días son festivos.

Hay que advertir que sólo está prohibido hacer emplazamientos en los días de fiesta de precepto: los días de fiestas de gala que el pueblo no celebra, son válidos. Declaración de 28 abril 1681 citado por M. Jousse, tit. 2, art. 10 sobre la ordenanza de 1667, decreto de 1748 á favor de las religiosas de Santa Clara de la Rochelle citado por M. Vaslin, que declara válido un emplazamiento de ejecución hecho el día de los Inocentes por más que se ofreció presentar el acto de publicidad, y que el uso de la provincia debía reputar como nulos los emplazamientos hechos en días de gala.

270. Se ha suscitado todavía la cuestión si es necesario, bajo pena de nulidad, que el emplazamiento de demanda en retracto gentilicio contenga precisamente el día de la comparecencia del demandado, sobre todo en las costumbres como la de Paris que exigen que el día del vencimiento de la citación caiga en el año y día concedido por el retracto. Existe sobre esta cuestión variedad de opiniones y sentencias.

Yo prefiero seguir la opinión de los que juzgan que dicha circunstancia no es necesaria por la razón que no la prescribe ninguna ley, y que siendo *per se* ciertos los plazos del reglamento, tendremos que á un demandado citado para comparecer dentro los plazos marcados se le conceptuará suficientemente enterado del día para el que ha sido citado. Esta opinión ha sido confirmada por una sentencia

del Tribunal Supremo de 26 Julio 1745 citado por Lacombe.

271. Tampoco habrá nulidad si el retrayente ha señalado un plazo demasiado largo ó demasiado corto. El término demasiado largo no perjudica al demandado, quien puede anticiparlo. Cuando el término es demasiado corto, el demandado tendría más motivo para quejarse, pero no existiendo ninguna ley que anule en este caso la demanda, bastará que se permita al demandado disponer de todo el plazo que el reglamento prescribe, no obstante el que esté señalado en la demanda.

272. La omisión del grado de parentesco del demandante con el vendedor tampoco anula el emplazamiento de la demanda: Bordeau l. R. 2, sobre Louet: decreto de 26 Julio 1674, publicado en el Diario de Palacio.

273. Además de las formalidades requeridas por la ordenanza ó reglamento de 1667 para la validez de todos los emplazamientos de demanda que deben ser rigurosamente observadas en las demandas de retracto, sobre las cuales remitimos á nuestros lectores al texto del mismo reglamento, tit. 2; las diferentes costumbres exigen todavía otras varias para la validez de las demandas en cuestión.

Por ejemplo, la costumbre de Paris, art. 104, quiere «que el demandante en retracto ofrezca *bol-sa, dineros, costas legítimas y completar lo que falte, para responder* de la sustancia de la demanda hasta la contestación inclusive y aun para en caso de apelación en las varias instancias á que la causa tenga que someterse.»

Los comentadores entienden por *journalée de la cause* cada audiencia para ante la cual se apela de la causa. Al interponerse apelación de la sentencia,



el demandante en retracto, su abogado ó procurador han de presentarse con una bolsa y hacer dichas promesas haciendo extender por el juez un auto. Un saco viene comprendido bajo la palabra bolsa ó talego. Aunque además de lo dicho el uso establezca que estas promesas deben hacerse ó corroborarse por medio de pedimentos, opinamos sin embargo que basta las haga el retrayente en la audiencia.

Una vez que se ha contestado á la demanda, cesa la necesidad de reiterar dichas promesas durante la sustanciacion de la demanda en cuanto á lo principal cuando la causa se ha elevado á la audiencia.

Una sentencia en rebeldía no envuelve contestacion cuando el demandado contra quien se ha dictado se opone á la misma dentro los ocho dias siguientes, porque quedaria derrotado por la parte contraria.

Los comentadores de la costumbre de Paris consideran las palabras *bourse, deniers, loyaux couts et a parfaire* empleadas en el art. 140 arriba citado, como términos solemnes de los cuales no puede prescindir el demandante en retracto ni sustituirlos con otros; Laurière.

Algunas costumbres sólo exigen estas promesas en primera instancia; Meaux, 101, Sens, tit. 7, 34.

274. Costumbres hay que exigen se deposite una pieza de dinero. Bordeaux cap. 2, art. 17, manda depositar una moneda de oro con promesa de completar en su día la cantidad. Saintonge, tit. 6, art. 48, dice *una pieza de oro ó de plata*. La Marche exige la promesa y depósito de trece piezas de moneda.

275. Nuestra costumbre de Orleans no exige ninguna de estas formalidades. La misma promesa

de reembolsar al adquirente no es necesaria en el territorio de esta costumbre sino para obtener la restitution de los frutos desde el día que se hicieron y no para la validez de la demanda. La sola formalidad que dicha costumbre exige como peculiar de las demandas de retracto, es que quiere que el demandante en retracto, venga obligado en virtud del emplazamiento de la demanda á elegir el domicilio dentro del territorio judicial en que el demandado habita.

Aunque se ha establecido esta formalidad al exclusivo objeto de que el adquirente no se vea en el caso de tener que ir á buscar muy lejos al retrayente para los efectos del reconocimiento del retracto y demás diligencias por hacer, sin embargo, como las formalidades son de rigurosa observancia, sobre todo en materias de estricto derecho, de las que forma parte el retracto, se ha dispuesto que una demanda de retracto en cuya virtud se hubiese elegido por domicilio una casa situada fuera de la jurisdiccion á que perteneciese el emplazado, seria nula aunque dicha casa estuviese frente por frente de la suya.

Quando el pariente ha emplazado por de pronto al comprador y elegido el domicilio dentro de la jurisdiccion ó distrito á que éste pertenece, y que en virtud de excitaciones del comprador que ha enagenado la finca, cita á su vez al tercer poseedor, hay que proceder en tal caso á una nueva eleccion de domicilio dentro del territorio de la jurisdiccion de este tercer posesor.

276. La diferencia de costumbres, entraña tambien distintas formalidades; la costumbre del lugar donde está situada la finca sujeta al retracto es la que debe regular las formalidades que han de



observarse; porque como es esta costumbre, á cuyo imperio la finca está sometida, la que le sujeta al retracto y la que concede el derecho á los parientes, aquellos que lo tengan proveniente de esta costumbre no pueden ejercerlo sino bajo aquellas condiciones con que se lo confiere y observando las formalidades por la misma prescritas. Véanse las sentencias citadas por los anotadores de Duplessis, cap. 1.

277. Aunque con respecto á las demás materias la inobservancia de alguna formalidad envuelve únicamente la nulidad y caducidad de la demanda, y no la prescripción del derecho del demandante, quien puede de nuevo intentar su acción por medio de una nueva demanda siempre que esté todavía en tiempo hábil para presentarla; en materia de retracto gentilicio, por el contrario, la inobservancia de alguna formalidad implica no tan sólo la nulidad de la demanda si que también la prescripción del derecho del demandante, quien no puede ya más intentar su acción por medio de una nueva demanda, no importando á este respecto que la formalidad que se ha dejado de observar sea de aquellas que son comunes á todos los emplazamientos de demanda y prescritas por las leyes, ó que sea de aquellas que son peculiares al retracto gentilicio y prescritas por las costumbres, ora se refieran al emplazamiento de la demanda, ora á su tramitación. Loysel ha sentado sobre el particular la siguiente máxima: *Congé de cour entre le retrait emporte gain de cause*, sacada del art. 134 de la costumbre de Laon, siendo en todas partes de aplicación constante.

278. De lo dicho se desprende otra diferencia, á saber, que en las demás materias no influyendo en el fondo los defectos de forma, deben oponerse

*a limine litis* y se subsanan por la contestación en causa. Al contrario, en materia de retracto, los defectos de forma, siendo faltas que conciernen al fondo ó esencia de la cosa, con hacer decaer de su derecho al demandante que dejó de observarlos, podrán oponerse, lo propio que todas las excepciones perentorias, hasta la sentencia definitiva y aun después de apelada.

279. El retrayente decaído de su derecho por haber omitido algún requisito de forma en el emplazamiento de la demanda ó en su tramitación, ¿tiene la acción *ex conducto* contra el procurador ó portero de estrados *ejus operas conduxit* para hacerse indemnizar de la pérdida que de su derecho experimenta á causa de su ineptitud? Según los verdaderos principios de derecho, los procuradores y porteros deben en este caso responder del perjuicio que han causado á la parte á causa de su impericia, porque toda persona que ejerce una profesión pública es responsable del daño que ocasiona en el ejercicio de su profesión por su ignorancia. *Imperitia culpa annumeratur*; l. 132, ff. de reb. jud.; l. 7, § 8 et passim. ff. ad l. aqu. Véase el *Tratado de las obligaciones* n.º 163. Sin embargo, no siempre se observan rigurosamente estos principios. Montholon, capítulo 61, cita una sentencia que libra en semejante caso á un procurador de los daños y perjuicios que irrogó á su representado. M. Vasselin establece una distinción con respecto á los porteros de estrados: dice, «que un portero es responsable de la inobservancia de las formalidades prescritas por la ordenanza, pero no de las prescritas por la costumbre.» Yo no veo el por qué un portero de estrados ha de estar dispensado de ignorar las disposiciones de la costumbre que conciernen á su



profesion, y no de las dictadas por la ordenanza. Sólo en un caso lo creo excusable, y es cuando el requisito de forma que el portero de estrados ha omitido está dictado por la costumbre del lugar donde la finca está situada, y que el portero es de una jurisdicción fuera de esta costumbre, como cuando un portero de estrado de Paris que ha emplazado á alguno para ante el Tribunal de Paris en virtud de la presentación de una demanda en retracto referente á una finca sita en Orleans, ha omitido en su emplazamiento la elección de domicilio prescrita por el art. 367 de la costumbre de Orleans; el portero en tal caso no debe responder de esta nulidad porque no es dable exigir á tal funcionario el estar al corriente de todas las costumbres del reino. Quien carga con la responsabilidad en este caso es el mismo retrayente, por no haberle proporcionado un formulario. Pero si fuese un portero de estrados de Orleans el que hubiese hecho el emplazamiento, no veo yo razón ninguna para que sea menos responsable de la falta de tal requisito de forma, que del prescrito por la ordenanza.

#### CAPÍTULO IX.

##### *De las obligaciones del retrayente.*

280. El principio general que rige sobre las obligaciones del retrayente es que debe indemnizar al adquirente todo lo perfectamente que le sea posible.

Esta obligación encierra, 1.º la de reembolsar al comprador del precio que satisfizo para adquirir la finca y exonerarle de la parte de mismo que que-

de en deber; 2.º la de indemnizarle de las cargas apreciables en una cantidad de dinero, que formen parte del precio de adquisición, que haya ya dejado libres, ó que tenga que hacerlo; 3.º la de indemnizarle de los gastos legales de la adquisición; y 4.º, la de abonarle las mejoras necesarias que haya introducido en la finca.

Trataremos en cuatro artículos de cada una de estas diferentes indemnizaciones. En un quinto artículo veremos lo que debe reembolsarse cuando el retracto se ejerce contra tercera persona. En el sexto nos ocuparemos del tiempo en que el retrayente está obligado á dar cumplimiento á estas obligaciones. Por último, en el séptimo hablaremos de las promesas y de la consignación que debe hacer en caso de denegación.

#### ARTÍCULO PRIMERO

##### *Del precio.*

281. El retrayente debe devolver al comprador el precio que pagó por la cosa adquirida y hacerle exonerar de lo que quede en deber.

##### § I. *Cual es este precio.*

282. El precio que debe devolverse es el que figura en el contrato. Sin embargo, si el retrayente sostuviese que se ha expresado en fraude del retracto un precio más subido que el convenido y ofreciese probarlo, no se le podrá negar esta pretensión, aun cuando lo quisiese justificar por medio de testigos; y si tal hiciera, no estará obligado á devol-