

que son especiales y hechas por los que sabian el justo precio de la cosa. Los oficiales de cantería, albañilería, carpintería y otros que toman obras á destajo ó en almoneda, no pueden alegar este engaño por la razon de ser espertos, *l. 4. d. tit. 4.* Cuya escepcion manifiesta claramente tener tambien lugar este remedio en los árriendos; porque de otra suerte seria inoportuna. Si el engaño no llega á ser de mas de la mitad, subsiste el contrato sin estar sujeto á rescision, *l. 3. d. tit. 4.*

37 Ahora que ya se tiene alguna nocion de lo que son contratos, nos parece oportuno hablar de dos cosas dignas de saberse, y que deben entenderse en todos. Es la 1., que en todo contrato han de considerarse algunas circunstancias, de las cuales unas son esenciales, otras naturales, y otras accidentales. De todas pondremos ejemplos en el contrato que acabamos de explicar. Circunstancia esencial ó perteneciente á la esencia ó ser del contrato, es el precio. Si esta falta, ya no hay venta sino donacion, aunque se usase de la palabra venta, como si dijera Pedro: *Te vendo mi caballo de balde.* Natural es aquella que pertenece á la naturaleza ordinaria del contrato, es decir, que aunque no se explique, se entiende; pero si falta ó se escluye por voluntad de los contrayentes, no tiene lugar, y permanece el contrato: tal es la de estar tenido á la eviccion el vendedor. Y accidental es la que no la exige la naturaleza del contrato, y solo está por la mera voluntad de los contrayentes; y por ello nada altera la naturaleza del contrato: cual seria que el precio se hubiese de pagar en moneda de oro ú de plata.

38 La II. cosa que queremos advertir, es á qué grado llega en cada contrato la obligacion de los contrayentes. Para ello conviene saber ántes, que son cinco las cosas de cuya prestacion puede dudarse, *l. 11. tit. 33. P. 7.*, y son, dolo, culpa lata, leve, levisima y caso fortuito ú ocasion que sucede por aventura, que no se puede precaver. Dolo, al que las leyes de la Partida llaman engaño, es *Maquinacion que se hace para engañar á otro.* Culpa, *Hecho con que se daña á otro sin razon; pero sin intencion de dañarle.* Y caso fortuito, *Aventura que no puede precaverse.* De la culpa hay tres especies, lata, leve y levisima. La lata es como grande y manifiesta culpa ó necesidad, que es seme-

jante al engaño, cuando uno deja de poner el cuidado que pone cualquier hombre regular. Leve es la mediana, cuando uno no cuida como los hombres diligentes. Y levisima es, no cuidar como cuidan los hombres diligentísimos. Esto supuesto, debe saberse, que esta locucion prestar el dolo, la culpa ó el caso fortuito, es figurada, y significa prestar el daño ocasionado por el dolo, ó la culpa, ó el caso fortuito. Bajo esta advertencia decimos, que en todos los contratos se presta el dolo, y en ninguno el caso fortuito. Y en cuanto á la culpa, se presta la lata tan solamente, cuando toda la utilidad es del que da la cosa; la leve, cuando la utilidad es de ambos, y la levisima, cuando es solo del que recibe, *l. 2. tit. 2. P. 5.*; de suerte que la lata se presta en todos. Segun ello, en este contrato de compra y venta se presta la culpa leve. Pero nótese, que si se hallare culpa ó tardanza en el que debe restituir, sea cual fuere el contrato, estará obligado á prestar el caso fortuito que viniere despues, y que la convencion de los contrayentes hace que á su tenor se preste mas ó ménos de lo que corresponde á la naturaleza del contrato, como lo advertiremos en alguno de los contratos en que halleemos apoyo de nuestras leyes. Solo no tiene lugar la convencion de que no se preste el dolo, que es nula por contraria á las buenas costumbres, á causa de que presta asa para delinquir.

TÍTULO XI.

DE LOS RETRACTOS.

Tít. 43. lib. 40. de la Nov. Rec.

1. *Qué sea retracto, y sus especies.*
2. *Qué sea retracto de sangre, y la razon de su introduccion.*
3. *A quién y contra quién compete.*
4. *Ahora, no queriendo ó no pudiendo usar de él el mas próximo pariente, pasa al que sigue hasta el cuarto grado, y cómo se cuentan estos.*
5. *Respecto de quién se considera la proximidad, y cómo hay lugar á la representacion.*

6. *Qué sucede cuando son muchos los que están en el grado mas próximo.*
7. *No da prelación el que sea doble el parentesco.*
8. *No puede cederse el derecho de retracto, ni competir á monasterios; pero compete á los hijos desheredados, á los naturales, y á los que renunciaron la sucesión.*
9. 10. 11. 12. 13. 14. *De la materia del retracto.*
15. *Cuáles son los títulos de enajenación que dan lugar al retracto.*
16. *Se conceden nueve días para retraer.*
17. 18. 19. *Desde cuándo se han de contar los nueve días.*
20. *De las solemnidades que se requieren en este retracto.*
21. 22. 23. 24. *Del retracto de los comuneros, y si tiene lugar en las cosas muebles.*
25. *De los retractos que competen al dueño directo y al superficiario, y de la prelación entre los retractos.*
26. 27. 28. *Del retracto convencional.*
29. *Efecto general de todos los retractos.*

4 El asunto de este título, como perteneciente á compras y ventas, podia muy bien haberse incluido en el antecedente; pero la grande estension de aquel, y las muchas útiles cuestiones que se ofrecen con frecuencia en los tribunales sobre retractos, nos han hecho creer ser mas conveniente tratar de ellos en título separado. Retracto en general es *Redención ó nueva compra de la cosa que se habia vendido, por el mismo precio que se vendió, hecha por alguno á quien esto se ha concedido por ley, costumbre ó pacto.* Son varias sus especies; pero el mas famoso y frecuente en nuestra España es el que suele llamarse *legítimo, gentilicio ó de sangre*, ó con mas frecuencia, *de abolengo*, á causa de concederle la ley por razon de la sangre ó parentesco. Su origen es antiquísimo y muy recomendable; pues ya estuvo en observancia en la ley de Moises, como se lee en el *Levitico, cap. 25. vers. 25. : Si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, et voluerit propinquus ejus, potest redimere quod ille vendiderat.* Los romanos le recibieron tambien, aunque

despues le reprobaron, como todos los otros retractos, segun puede verse en la brevisima historia que de ello ponemos al principio del apéndice *de retractibus* en nuestras *Instituciones romano-hisp.*

2 Se puede definir el derecho de este retracto diciendo ser *Derecho que compete á los mas próximos parientes del vendedor, constituidos dentro del cuarto grado, para redimir los bienes raices de sus abuelos ó padres, ofreciendo al comprador el mismo precio por el que les habia comprado.* La razon de su introduccion es socorrer á la grande afición que todos tenemos á las posesiones de nuestros antepasados, de la cual refiere considerables testimonios Manuel González (1). Nuestras leyes han atendido tanto á esta afición, que han establecido varias reglas en su razon. Ante todas cosas debe tenerse presente, que han concedido este derecho á los parientes dentro del cuarto grado del vendedor, que vendió á un extraño las posesiones de sus abuelos ó padres, *l. 1. tit. 13. lib. 40. de la Nov. Rec.* Pero adviértase, que solo compete á aquellos parientes que descienden del ascendiente de quien se deriva la cosa vendida, *d. l. 1.* que dice, *y alguno de aquel abolengo la quisiere.*

3 Por quanto la referida razon que introdujo el retracto, tanto es mas lléna, quanto es mayor la proximidad del parentesco, y nuestras leyes que le establecieron, prefieren manifiestamente los mas cercanos parientes á los mas remotos, nos parece muy bien lo que dicen Antonio Gómez en la *l. 70. con las cinco siguientes de Toro (9. 10. 11. 12. 13. y 14. d. tit. 13.)*, Hermos. en la *l. 55. tit. 5. P. 5. glos. 5.* y Matienz. en la *d. l. del tit. 13. glos. 5. desde el n. 8.*, que tambien compete este derecho á los parientes mas próximos del vendedor, cuando este vendió la cosa, no á un extraño, sino á un pariente mas remoto. Pero lo que añaden los mismos, que podrá un pariente retraer por la mitad la cosa vendida á otro pariente de igual grado, tiene mayor dificultad, como lo conoció Azeved. en *d. l. 1. n. 59.*, aunque no se atrevió á apartarse de su opinion. Respetamos la autoridad de tan insignes intérpretes; pero siempre nos ha parecido mas probable la contraria senten-

(1) In cap. 8 extra de in integr. restit.

cia. Porque ademas que la materia de los retractos no es favorable, sino odiosa, como citando á muchos lo confiesa el mismo Hermosilla en *d. l. 55. glos. 4.*, y de consiguiente no se debe ampliar sino estrechar; no hay cosa mas segura en el Derecho, de que en caso de duda es mejor la condicion del que posee (1), y mas cuando se disputa del lucro entre dos (2). Cuya sólida razon la comprueba claramente en esta misma materia de retractos la *ley 55. tit. 5. P. 5.*, cuando vendiendo uno á su comunero la parte suya, niega el retracto á los otros comuneros que le tendrian si la vendiese á un estraño, como enseñan muy bien el propio Hermosilla en *dicha l. 55.*, y Greg. Lóp. en el *mismo lugar*. Y con efecto, no es fácil señalar razon alguna de diferencia entre los dos casos. Por otra parte en esta sentencia, ni sale la cosa vendida de la parentela, ni se turba el orden del parentesco, de suerte que por ninguna parte que se mire da lugar á justa queja.

4 Antiguamente en el derecho de retraer no tenia lugar lo que los romanos llamaron edicto sucesorio, esto es, no queriendo retraer el pariente mas próximo, quedaba salva la venta, sin pasar el derecho al siguiente en grado, si no es que el mas próximo estuviese ausente del lugar del contrato, como lo dispuso la *ley del Fuero*, transcrita en la *d. l. 4. tit. 13.* Pero despues se corrigió esto por la *ley 7. tit. 13. (73. de Toro)* mandando, que no queriendo, ó no pudiendo retraer el pariente mas cercano, lo pudiese hacer el siguiente en grado hasta el cuarto. En el contar los grados juzgan comunmente nuestros autores que debe seguirse la computacion civil; porque la canónica solo se sigue en las causas de matrimonio, Azevedo en *d. l. 7. n. 6.* Matienzo en *d. l. 4. glos. 5. n. 7.* Pero Parlador. en la *diferencia* 109. §. 3. n. 14. y siguientes defiende con argumentos de tanto peso la contraria opinion, que nos parece muy probable. Si el mas próximo pariente está presente cuando se hace la venta á un estraño y calla, no se entiende por eso que renuncia el derecho de retraer, como lo prueba Gómez en *d. l. 73. de Toro n. 20.*

5 La proximidad del parentesco, por la que se concede el derecho de retraer, se ha de considerar con respecto al

(1) L. 128. de div. reg. jur. (2) L. 426. cod.

vendedor, *l. 2. tit. 13.* que dice, *Otro pariente propincuo del vendedor*. De ahí es, que si el hijo y el hermano del vendedor disputan para retraer una cosa, que ya fué del padre del vendedor, debe ser preferido el hijo, *d. l. 2.* Y de que la ley llame al mas próximo, no hemos de inferir que quiso escluir la representacion, Molin. *de Hispan. primog. lib. 3. cap. 8. n. 41.*, como en las sucesiones intestadas, que tambien se conceden á los mas próximos, no está escluida, y tiene lugar en la línea recta *in infinitum*, como suele decirse; y en la transversa hasta los hijos de los hermanos inclusive, segun dijimos en el *lib. 2. tit. 8. nn. 3. y 7.* Cuya doctrina aprobada allí por nuestras leyes, debe admitirse aquí en *d. l. 4.*, porque los derechos del retracto en admitir los parientes mas próximos, están conformes con los de las sucesiones intestadas, como lo advierte Azevedo en *d. l. 7. n. 4.*, Hermosil. en la *ley 55. tit. 5. P. 5. glos. 8. n. 56.* y otros. Dijimos en admitir los parientes mas próximos, porque en lo demas no lo están enteramente: á lo ménos no lo estaban ántes en que el derecho á la sucesion intestada llegaba hasta el grado décimo.

6 Si concurrieren á retraer dos ó mas parientes de igual grado, todos serán admitidos, y se partirán la cosa, *d. l. 4. tit. 13.* si no es que la cosa fuese indivisible, en cuyo caso habria lugar á la licitacion, y se la llevaria el que ofreciese mas, Azev. en *d. l. 4. nn. 50. y 51.* Y si uno solo acudiere á retraer, se la llevará toda, aunque sea divisible, sin que se le precise á requerir á los otros, si la quieren tambien, ni dar en su razon fiador alguno. Pero si los demas vinieren despues del retracto dentro del término legítimo, serán admitidos, y sacará cada uno su parte al que retraja, como lo prueba el mismo Azevedo en *d. l. 4. n. 46. y siguientes*. No es contraria esta sentencia á la que hemos abrazado arriba *n. 3. vers. Respetamos*; porque en aquella venta no estuvo la cosa sujeta á los derechos del retracto, y en esta quedó sujeta, y estándolo á ninguno se le puede quitar.

7 El doble vínculo de parentesco no da prelación entre los que están en igual grado. La solidez de esta sentencia se ve clara en el siguiente ejemplo: Pedro me tiene á mí, hermano de ambos lados de padre y de madre, y á Juan que solo lo es de parte de padre; y habiendo vendido á un es-

traño una cosa de nuestro abolengo, concurrimos los dos hermanos á retraerla; no tendré yo preferencia alguna. Nos mueve á pensar así la razon inductiva del retracto, manifestada arriba *nn.* 4. y 2., que concurre con igualdad entre nosotros dos, como lo observará cualquiera que lo considere. No nos embaraza la única razon, por la que Hermosilla en *d. glos.* 8. *n.* 58. y Matienzo en *d. l.* 4. *glos.* 4. *n.* 3. con otros defienden lo contrario, de que los derechos de retraer se gobiernan por los de la sucesion intestada; porque segun hemos indicado al *n.* 5. engaña alguna vez. Y en lo que tratamos, no puede tener lugar, por ser muy diferente en un caso y otro la consideracion que nos precisa á seguir nuestra opinion. En la sucesion intestada de Pedro seria yo preferido á Juan, porque sus bienes se considerarían como que eran de él, sin respeto alguno de si venian ó no de su padre; y de él soy yo mas estrechamente pariente, por serlo de ambos lados. Pero en el derecho de retraer se consideran, como que le vinieron de su padre; y este tanto era padre de Juan como mio. Por solo lo que llevamos dicho, nos plació por la primera vez nuestra opinion, cuando estábamos formando el apéndice de *retractibus*, que va en nuestra *Institucion romano-hispana*, y luego nos asustó haber tropezado con la *ley* 13. *tit.* 40. *lib.* 3. *del Fuero real*, que manifestamente da prelación al pariente de doble vínculo. Pero calmó presto el susto con mucha satisfaccion nuestra por haber observado, que *d. l.* 43. está transcrita en la 4. *del tit.* 43., variadas ó corregidas las palabras de prelación. Las de *d. l.* 43. son estas: *Y si dos ó mas la quisieren, que son en igual grado de parentesco, háyala el mas propincuo*; y las de *d. l.* 7. las que siguen: *Y si dos ó mas la quisieren, si son en igual grado de parentesco, pártanla entre sí; y si no fueren en igual grado, háyala el mas propincuo.* ¿Quién no ve, que por estas palabras solo se concede prelación al que es mas próximo en el grado?

8 Siendo la causa de este retracto, que la cosa no salga de la parentela, claro está que el que tiene este derecho no puede cederle á un extraño. Ni puede tenerle el monasterio en que hubiere profesado el pariente, porque la doctrina de que el monasterio sostiene y representa la persona del que profesó, no tiene lugar en las cosas personalísimas, que

resisten toda representacion, y no tiene cabida en la persona fingida, que es el monasterio, Azev. en *d. l.* 4. *n.* 26. Góm. en *d. l.* 73. *de Toro*, *n.* 8. Y ahora se añade en esclusion del monasterio la *pragmática del año 1792*, que es la *ley* 17. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que le escluye de la sucesion intestada, como vimos en este *lib.* 2. *tit.* 8. *n.* 12. Pero sí que compete á los hijos naturales y á los desheredados, como tambien á los que hubieren renunciado la sucesion de su padre, como lo prueba Góm. en *d. l.* 73. *de Toro*, *nn.* 4. 5. y 6.

9 La materia de este retracto son las cosas ó bienes raíces que estuvieron en el patrimonio de los abuelos ó padres comunes del que las vende, y del que las retrae, *d. l.* 4. y 3. *d. tit.* 13. Y no es menester lo hayan estado en los dos: basta en cualquiera de ellos, porque las leyes hablan disyuntivamente, *d. l.* 4. 2. y 5. *d. tit.* 13. que dice, *Patrimonio ó abolengo*. Gómez en *d. l.* 73. *de Toro* *n.* 3. en donde trata latamente la cuestion, resuelve, bastará que hayan estado en solo el del padre, si este las conservó hasta su muerte; pero cuando enajena durante su vida las que adquirió con su propio trabajo ó industria, no están sujetas al retracto. Hemos dicho que solo las cosas raíces ó inmuebles, son materia del retracto; pues aunque la *ley* 4. y siguientes *d. tit.* 13. usen de la palabra generalísima, *cosa*, que comprende tanto las muebles como las inmuebles; la 7. á la que se refieren las demas, usó de la palabra *heredad*, que segun el uso comun no se acomoda á las muebles, Matienzo en *d. l.* 4. *tit.* 13. *glosa* 4. *nn.* 4. 2. 3. Azev. en la *misma*, *nn.* 7. 8. 9. en donde lleva en comprobacion la *l.* 230. *del Estilo*, la cual dice, *Las heredades y otras cosas raíces*: y añade no haber duda en esto. Fuera de esto la razon de afeccion, en que estriba el derecho de retracto, no suele recaer sobre las cosas muebles, Azev. en el *lugar citado*, Hermosilla en *d. l.* 55. *tit.* 5. *P.* 5. *glos.* 4. *n.* 7.

10 La *l.* 3. *de d. tit.* 13. exige para que compete el retracto, que el vendedor hubiese heredado la cosa que vende, de sus padres ó de sus parientes, escluyéndole, cuando la hubiere comprado ó habido por trueque, donacion ó por otra manera. Pero meditada bien esta *ley* con respecto á la razon que ha introducido el retracto, juzgamos deberse en-

tender esta esclusión de adquisiciones por títulos singulares, cuando vienen estos de estraños y no de los ascendientes. Pongamos para mayor claridad ejemplos: Vende Pedro un campo que habia adquirido por venta ó donacion que le hizo Juan: no tiene Diego, hijo de Pedro, derecho para retraerle. Por lo contrario lo tendrá, si dicho su padre Pedro le hubo, porque su padre ó abuelo Francisco se lo legó ó dió en donacion *propter nuptias*, ó en mejoras, ó en dote, si fuere hembra. Así lo siente Gómez en *d. l. 73. n. 3. vers. Sed.* Y lo convence la consideracion de que en este caso el campo ya era familiar ó de parentela en la persona de Pedro, cuya cualidad no pudo alterar el título singular con que lo adquirió, como dimanante de un ascendiente suyo; y miéntras la conserva, siempre está sujeta al retracto. El hacer la ley mencion de solo el título de herencia, es por ser el regular de conseguir los hijos los bienes de sus padres. Esta misma razon de que cuando conserva la cosa la calidad de familiar, puede siempre ser retraida, dió justo fundamento á Matienz. para decir en *d. l. 1. glos. 8. n. 10.* que si un pariente retraia la cosa vendida á un estraño, quedaba esta sujeta al retracto, sin embargo de que el trayente no la adquirió de pariente suyo por título de herencia, sino por el singular de venta, como subrogado en lugar del comprador estraño de quien la retrajo. Le quiso censurar por esto Azev. en *d. l. 1. n. 77.*; pero sin razon, movido solo por la certeza de las palabras de *d. l. 3.*

11 En tanto son materia del retracto las cosas, en cuanto no han llegado á salir del patrimonio ó descendencia del ascendiente del que vende y el que retrae; porque si han sido ya vendidas á un estraño, sin que pariente alguno haya querido ó podido retraerlas, se pueden vender libremente sin sujecion á retracto, aunque hayan vuelto despues al pariente que las vendió al estraño: si no es que volviere por causa de la venta que él hizo, como por pacto de retroventa, ó de la ley comisoria. Es la razon, porque toda vez que la cosa se hizo ya de libre enajenacion, así permanece; y mudada la calidad de la persona, se muda la de la cosa (1). Así lo prueban con muchas razones Góm. en la *l. 70. de Toro n. 24.* Azev. en *d. l. nn. 75. y 76.* Matien-

(1) L. 90. § 4. de adq. v. om. her.

zo en *la misma l. 1. glos. 8.* y nadie lo duda. Pero si la cosa volvió al pariente que la vendió al estraño, por causa de esta venta hay lugar al retracto, como allí mismo prueban Azev. y Matienzo; porque vuelve á su prístina causa, sin considerarse haberse enajenado (1).

12 Si muchas cosas paternas ó patrimoniales fuesen vendidas por un solo precio para todas, no le será permitido al pariente retraer una sin las otras, sino que deberá retraerlas todas ó ninguna: pero si á cada una se le señaló su precio, retraerá las que quisiere, *l. 5. d. tit. 13.*; porque en el primer caso se considera una sola la venta, y en el segundo muchas (2). Y nos parecen bien dos limitaciones, ó ántes declaraciones del segundo caso, que traen Azev. en *d. l. 5. n. 6.*, y Matien. tratando latamente de estas ventas. en *d. l. 1. glosa 7.* desde el *n. 20. I.* Cuando constare, que el comprador no las hubiera comprado sino todas, y no unas sin las otras; porque entónces siempre se considera una sola venta (3); de otra suerte quedaria perjudicado el comprador. II. Semejante á esta: si dos cosas fueren dadas por el pariente á un estraño cada una por su precio, en pago de una deuda que le debia. Para esto es menester advertir, que el dar alguna cosa en pago de deuda tambien hace lugar al retracto; porque se reputa venta, como luego veremos. Pongamos ahora el ejemplo: Pedro, que me debia 300 pesos, me da en pago sus campos patrimoniales. A. B., aquel por 200, y este por 400. No podrá su pariente retraer el uno sin el otro, sino los dos al mismo tiempo; porque sin embargo de la diversidad de precios, deberá considerarse una sola venta, puesto que tambien es una sola la deuda; y se precisaria al acreedor á cobrar por partes.

13 Si de dos cosas vendidas, solamente la una fuese patrimonial, podrá el pariente retraer esta, dejando la otra en poder del comprador, tasándose por peritos el valor de la patrimonial para darlo al comprador. Pero juzgan Azev. y Molina en el *lugar arriba citado*, deberse permitir á este ofrecer las dos, restituyéndosele todo el precio con el efecto, y que por esta oblacion estará obligado el pariente á tomar las dos, ó ninguna. Hermosilla en *d. l. 55. tit. 5. P. 5.*

(1) L. 40. § ult. quib. mod. pign. v. hipot. solv. (2) L. 34. de ædil. edic.

(3) D. l. 54.