

no lo decide, pero sí la razon de la ley y su interpretacion recta.

223. Aunque las cosas patrimoniales cambien de poseedores, están sujetas al retracto por todo el término legal; porque la accion concedida á los parientes no les corresponde sólo en virtud de contrato, sino que naciendo directamente de la ley, imita á las reales y tiene lugar contra cualquiera que posee. A no admitirse esta doctrina, caeríamos en el inconveniente de que el primer comprador podria transferir sin restriccion un derecho que tenia limitado, y enajenando la cosa haria ilusoria la facultad de retraer, y superior su voluntad á la de las leyes (1).

224. Mas la expresada doctrina ha sido modificada por la *Ley hipotecaria*, segun la cual, no tendrá lugar el retracto legal en perjuicio de un tercero *que haya inscripto su derecho*, y si únicamente en el caso en que todavía no haya llenado esta formalidad (2).

225. Si la venta se rescindiere por una causa legítima, por ejemplo, por lesion, y en su virtud volviere la cosa vendida al pariente que la enajenó, cesará el derecho de retracto, aunque la demanda se hubiera interpuesto ántes de verificarse la rescision. Esta doctrina se halla establecida por la jurisprudencia; pero no será aplicable si se prueba que ha mediado fraude por parte del vendedor y comprador, con objeto de perjudicar al pariente á quien la ley concede el derecho de retraer (3).

226. *Término concedido para retraer*.— Las leyes (4) conceden á los parientes nueve dias para retraer (5), contados desde

(1) *Aragon*.—Hállase establecido expresamente en *Aragon* (Obs. 8.º, *De consort. ejusdem rei*) que el comprador de la cosa sujeta á retracto no la pueda vender dentro del término legal para retraer.

(2) Artículo 38 de la LEY HIPOTECARIA.

(3) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1859. Tambien tiene declarado que despues de otorgada la escritura de venta, el derecho de retraer no se inutiliza por el voluntario desistimiento del comprador y vendedor, ó sea el convenio de dejar sin efecto la venta, sin causa legítima. (Sentencia de 3 de Julio de 1867.)

(4) Leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª, 6.ª y 7.ª, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(5) *Aragon*.—Diez dias concede el derecho aragonés para retraer si los parientes tuvieron noticia del contrato, y un año y un dia si lo ignoraron. (Fuero V, *De commun. divid.*, lib. III.)

*Navarra*.—El retracto gentilicio debe en Navarra intentarse dentro del

el otorgamiento de la escritura de venta; mas si el que intenta el retracto no reside en el pueblo donde se ha otorgado la escritura, tendrá para deducir la demanda, además de los nueve dias, uno por cada 30 kilómetros que distare de dicho pueblo el de su residencia (1).

227. Si en la escritura se hubieren establecido algunos pactos ó gravámenes, y para hacerlos desaparecer ó para modificar las condiciones del contrato se otorgare otra entre los mismos vendedor y comprador, no por eso dejarán de contarse los nueve dias del retracto desde el otorgamiento de la primera, pasados los cuales, cesará la accion del pariente ó comunero (2).

228. Este término es perentorio como toda dilacion legal, y corre sin que les competa restitucion, contra los pupilos, menores y ausentes (3), y con mayor razon contra los ignorantes, á quienes daña la prescripcion que no perjudica á los primeros. Aunque no vemos que nuestras leyes exceptúen caso alguno de esta regla general, lo que se acomoda á que debe limitarse el retracto como odioso, dicen algunos (4) que no ha de tener lugar,

---

año y dia. (Ley 1.ª, tit. III, lib. III de la Novísima Recopilacion de Navarra.)

Mas considerando que la *Ley de Enjuiciamiento civil* tiene tambien fuerza legal en estas provincias, juzgamos que el término para retraer será el señalado en la expresada ley; y en efecto, así está declarado por decision del Tribunal Supremo de 20 de Octubre de 1858, en un recurso interpuesto contra una sentencia de la Audiencia de Pamplona. En otra de 18 de Junio de 1875, relativa al derecho de retracto en la enfitéusis, se la reconoce igual autoridad en todo el antiguo principado de Cataluña.

(1) Artículos 1618 y 1619 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*. La escritura se entiende la autorizada por notario en forma legal. (Sentencia de 5 de Marzo de 1877.)

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 22 de Setiembre de 1859. Cuando no se ha otorgado escritura y se ha consumado el contrato con la entrega de la cosa vendida, el retracto puede intentarse dentro de los nueve dias despues de hecha la venta. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 31 de Diciembre de 1869.)

(3) Ley 2.ª, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

*Navarra*.—Lo mismo se halla establecido en Navarra. (Ley 1.ª, título III, lib. III de la Novísima Recopilacion.)

(4) Entre ellos Hermsilla, y Sala.

cuando por fraude de los contratantes ignoró el pariente la venta. Esta opinion no nos desagradó, pues que de otro modo estaria en manos de la malicia eludir el efecto de las leyes. La Ley de Enjuiciamiento civil, conforme con estos principios, dice que si la venta se hubiere ocultado con malicia, no empezará á correr el término hasta el dia siguiente al en que se acreditare que el retrayente ha tenido conocimiento de ella (1).

229. La antigua cuestion de si este término debia contarse de dia á dia, ó de momento á momento (2), está tambien resuelta, en nuestra opinion, por la Ley de Enjuiciamiento civil, que convirtiendo este término en judicial, implícitamente lo sujetó á las

---

(1) Artículo 1620 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*. Antes era cuestionable desde cuándo debian empezar á contarse los nueve dias, si desde el de la convencion ó el de la tradicion. Covarrubias, Matienzo, Acevedo, y Sala, sostenian que desde el de la convencion, fundándose, en que las leyes (ley 1.<sup>a</sup>, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion) conceden el retracto desde el dia de la venta, y la venta queda perfeccionada por el consentimiento; en que en las ventas judiciales se cuentan los nueve dias desde el remate, y el remate equivale á la convencion en las demás ventas, y por último, en que, como odioso, debe limitarse este retracto. Gomez sostenia que debian contarse desde el dia de la tradicion, porque hasta entónces no salen los bienes de la familia, y porque lo contrario daria lugar á ocultaciones de ventas en perjuicio de los parientes que tuvieran derecho á retraer. Nosotros hablamos adoptado la opinion de los primeros; mas la *Ley de Enjuiciamiento civil* ha dictado la regla que se ha de seguir en este punto, como manifestamos en el texto.

Respecto á las ventas judiciales, decíamos en algunas ediciones anteriores, parece que tambien empezará á correr el término para la interposicion del retracto desde el dia del otorgamiento de la escritura, si tenemos en cuenta que ninguna distincion ha hecho en este punto la *Ley de Enjuiciamiento civil*. Así se ha declarado despues por el Tribunal Supremo de Justicia. (Sentencia de 14 de Mayo de 1867.)

(2) En varias ediciones emitimos nuestra opinion de que debia contarse de momento á momento, fundándonos en que la ley 1.<sup>a</sup>, tit. XIII, libro X de la Novísima Recopilacion, mencionaba el tiempo y no el dia, y en que el retracto, como odioso, debia restringirse. Confesamos, sin embargo, que las leyes 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del mismo título y libro hablan del dia y no del tiempo. Por esta razon nuestros jurisconsultos no estaban acordes en el particular. Sala, que en un principio creyó que debian contarse los nueve dias de momento á momento, reformó su opinion y lo confesó francamente; no

reglas de los de su clase (1). Pasado el término, no podrá intentarse el retracto y la cosa se hará de libre enajenacion.

230. *Requisitos que deben intervenir en el retracto*.—Para que se pueda dar curso á las demandas de retracto, se requiere:

1.<sup>o</sup> Que se interpongan en el juzgado competente en el término señalado.

2.<sup>o</sup> Que se consigne el precio si es conocido, ó si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea (2).

3.<sup>o</sup> Que se acompañe justificacion, aunque no sea cumplida, del título en que el retracto se funda.

4.<sup>o</sup> Que se contraiga el compromiso de conservar la finca retrainda dos años á lo ménos, á no mediar alguna desgracia que, disminuyendo la fortuna del retrayente, le obligare á la venta (3): segun la ley de Enjuiciamiento, de este compromiso se tomará razon en el registro de la Propiedad. Mas el mismo comprador en cuyo perjuicio se ejercitó el derecho de retracto, podrá librar al retrayente de la obligacion de contraer este compromiso, y aún despues de haberle contraído, podrá libertarle de este gravámen en cualquier tiempo (4). La enajenacion que de la cosa retrainda se hiciere ántes del vencimiento del expresado plazo sin la conformidad del comprador, será nula (5).

---

obstante, no nos parecieron bastante poderosos los motivos que á ello le impulsaron. Pero añadimos además, que si el modo de contar los dias fuera como querian Gomez, Acevedo y Sala, incluyendo el primero y el último, entonces seria favorable su opinion al principio de que debian acortarse los términos del retracto, porque los nueve dias, segun este sistema, concluirían ántes que los nueve contados de momento á momento.

(1) Artículos 303, 304 y 1618 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(2) El Tribunal Supremo ha declarado que basta que el retrayente consigne el precio realmente entregado por el comprador, para que no se reputé infringido el art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento, (hoy 1618), en su número 2.<sup>o</sup> (Sentencia de 29 de Enero de 1872.) Habiendo imposibilidad material de obtener firma de letrado, no es circunstancia imprescindible el que la lleve la demanda. (Sentencia de 24 de Mayo de 1861.)

(3) Artículo 1618 citado.

(4) Artículos 1628 y 1629. Aunque este último artículo habla sólo del caso en que el comprador haya sido vencido en juicio, sin duda es tambien aplicable al en que se conformara desde luego con la reclamacion del pariente, sin dar lugar á la vía judicial.

(5) Artículo 1630.

231. La ley recopilada considera igualmente como indispensables requisitos, que pague el retrayente todo el precio que al pariente vendedor haya satisfecho el comprador, y que jure que quiere para sí la cosa y que procede sin fraude (1). Los gastos y tributos que el comprador hubiese satisfecho por la cosa, deben serle indemnizados por el retrayente al mismo tiempo que el precio, lo que es una consecuencia necesaria de la ley, aunque expresamente no lo previene sino para el caso en que la venta se hiciera en almoneda pública (2).

232. La paga debe ser real, verdadera y por entero: en caso de que el comprador no quisiera recibirla, el juez mandará hacer el depósito de la cantidad consignada, en el establecimiento público destinado á este objeto; consignacion que se reputa paga y produce sus mismos efectos.

233. La consignacion del precio, ó la prestacion de la fianza en la forma y en el término prescritos por la ley, son requisitos tan necesarios, que sin ellos no se debe dar curso á la demanda de retracto (3).

234. La ley dispone tambien que si la venta es al fiado, cumpla el pariente dando fiadores abonados ante el juez, dentro del término referido, de que pagará lo mismo al tiempo en que estaba obligado el comprador (4). Pero, publicada la ley de Enjuicia-

(1) Ley 1.<sup>a</sup>, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Aragon.—Debe tambien, por derecho de Aragon, prestar este juramento el retrayente. (Fuero IV, *De commun divid.*, lib. III.)

(2) Ley 4.<sup>a</sup>, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Navarra.—La ley 3.<sup>a</sup>, tít. III, lib. X de la Novísima Recopilacion de Navarra, dispone que, cuando la heredad objeto del retracto es de tierra blanca ó panificada, y el retracto se verifica ántes del día 25 de Marzo inclusive, los frutos son del retrayente, y del poseedor si despues; en viñas y olivares, el 24 de Junio es el día señalado en lugar del anterior: esto es extensivo á los arrendamientos de las expresadas clases de fincas; pero es claro que cuando los frutos son del retrayente, éste deberá satisfacer al poseedor los gastos de cultivo y demás que haya hecho con motivo de la finca.

(3) Artículo 1618 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*, y sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 22 de Setiembre de 1859.

(4) Ley 6.<sup>a</sup>, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

miento civil, llegó á suponerse que aquella disposicion habia dejado de estar vigente, y así se consideró en efecto por el Tribunal Supremo (1).

§ IV.

Retracto de comuneros (2).

235. *Retracto de comuneros* es el derecho que compete á cada uno de los que tienen en comun una cosa, para redimir la parte que de ella se ha vendido á un extraño, entregando á éste el mismo precio que habia satisfecho. Para que tenga lugar, es preciso que la cosa esté *pro indiviso*, porque si demostrativamente se halla hecha la particion, no hay verdadera comunidad de bienes, y por lo tanto no puede tampoco haber retracto. Así es que la simple falta de la línea divisoria de dos propiedades, cuya cabida, situacion y linderos estén determinados, no es suficiente para reputarlas *pro indiviso* (3).

236. Esta facultad se concedió á los condueños por las leyes de Toro (4), pues las de Partida (5) les daban solamente el derecho de tanteo ó de prelacion al tiempo de la venta, y no el de retraer los bienes despues que se habia verificado. El objeto de

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 11 de Enero de 1860. No obstante, el mismo Supremo Tribunal ha establecido posteriormente una doctrina, al parecer opuesta y que no guarda conformidad con la enunciada en el texto, al considerar «que la fianza que asegura el precio (en las ventas al fiado) en los plazos y forma convenida, equivale á la consignacion del mismo, cuando desde el momento no es exigible, puesto que por el espíritu y letra, así de la antigua como de la novísima legislacion, el retrayente queda subrogado al comprador con las mismas obligaciones que contrajo.» (Sentencia de 12 de Junio de 1866.) Y en otra sentencia, publicada en 20 de Diciembre de 1877, se declaró tambien que, subrogándose el retrayente en las mismas obligaciones que el comprador en las ventas á plazos, no se puede exigir la consignacion de todo el precio, ni más de aquello á que se habia comprometido el comprador. Doctrina confirmada todavia por otra sentencia de 6 de Febrero de 1880.

(2) En Navarra es desconocido el retracto de comuneros. (Alonso.)

(3) Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1857.

(4) Leyes 8.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(5) Ley 55, tít. V, Part. V.

su introduccion fué limitar la comunión, perenne manantial de discordias, y mover á los hombres á mejorar la propiedad; lo que es más de esperar de los que son dueños absolutos y exclusivos de ella.

237. Corresponde este retracto á todos los comuneros, áun en caso de que lo sean en partes desiguales; pero si concurrieren varios, cada uno retraerá una parte proporcionada á la que tiene: interpretacion conforme al espíritu de la ley, arreglada á la equidad (1).

238. Solamente tiene lugar contra los extraños, y nunca contra los condueños, porque las leyes que le introdujeron, sólo prefieren los comuneros á los extraños y nunca á aquéllos entre sí; á lo que se agrega, que en tal caso no concurre la causa que motivó esta institucion, que como odiosa debe limitarse. Tampoco tendrá lugar en perjuicio de tercero que haya inscripto su derecho (2).

239. Las cosas inmuebles son su objeto, pues la ley de Toro, que propiamente es la que ha establecido este retracto (3), dispo-

---

(1) Así opinan Gregorio Lopez, Acevedo, Matienzo, y Sala. No se sigue esta doctrina en las enajenaciones que verifica el Estado de la parte que le corresponde en fincas cuyo dominio se halla dividido, sino que, por el contrario, en el art. 9.º de la ley de 15 de Junio de 1866, se da preferencia para ejercitar el derecho de tanteo en el caso de que hubiese varios condueños, al que lo fuere de mayor porcion, pasando, en el caso de no ejercitarlo, al inmediato porcionero. Desde luego se comprende que en este caso no hay verdadera comunión, puesto que se trata de enajenacion de fincas, en que está deslindada y bien conocida la parte que á cada uno de los llamados condueños corresponde. De conformidad con esta ley, se dictó sentencia por el Tribunal Supremo en 20 de Enero de 1880. En el pleito que dió lugar al recurso, se trataba de una finca en que el suelo pertenecía á una de las partes (que era el Estado), y el arbolado era propiedad de la otra.

(2) Artículo 38 de la LEY HIPOTECARIA.

(3) Ley 9.ª, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. El derecho que la ley 55, tít. V, Part. V concedía al comunero, era meramente de tanteo ó de prelacion, y de ningun modo de retracto; las palabras de la ley autorizan esta interpretacion, en la que estamos conformes con algunos jurisconsultos, entre los que se cuenta Llamas y Molina. Las acciones de sociedades mineras no tienen otro carácter que el de bienes muebles, y no pueden ser objeto del retracto. (Sentencia de 22 de Junio de 1877.)

ne sólo para el caso en que se vendiere *la parte de alguna heredad*; y aunque usa tambien de la palabra *cosa* y ésta es genérica, aquí no comprende más que las inmuebles, y en la expresada ley se refiere á la heredad vendida. De otra suerte, habríamos de convenir en que el retracto gentilicio tenia tambien lugar en las cosas muebles, pues varias leyes recopiladas únicamente emplean al hablar de él la palabra *cosa*, sin mencionar siquiera la de *heredad* (1). De ningun peso son las razones que alegan los defensores de la opinion contraria (2), fundados principalmente en una ley de Partida (3) que, hablando, no del retracto sino del tanteo, usa de la palabra *cosa*, y alegando además en su apoyo que este retracto, como favorable, debe ampliarse, sin considerar que aunque ménos odioso que el gentilicio, no deja de serlo tambien, pues que limita la natural libertad de los dueños y contratantes (4).

240. Finalmente, en el retracto de comuneros deben intervenir las mismas diligencias, solemnidades y término que en el gentilicio (5), con la diferencia de que el retrayente se ha de comprometer á no vender la participacion del dominio que retraiga,

---

(1) Varias veces usan en general de la palabra *cosa* y ninguna de la de *heredad*, las leyes 4.ª, 5.ª, 6.ª y 7.ª, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, que, sin embargo, se refieren al retracto gentilicio, y áun lo mismo decimos de la 8.ª en la parte que á él hace referencia. Seria, no obstante, un error grave, sostener que el retracto gentilicio tenia lugar en las cosas muebles.

(2) Gregorio Lopez, Matienzo, Hermosilla, y Sala.

(3) Ley 55, tít. V, Part. V.

(4) El mismo Gregorio Lopez, aunque sostiene que la ley 55 es aplicable tanto á las cosas muebles como á las inmuebles, y afirma que no milita igual razon en el retracto gentilicio que en el de comuneros, no puede ménos de confesar que á su opinion se opone la 75 de Toro, ó sea la 9.ª, título XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, y de reconocer que nunca tuvo noticia ni de un solo litigio sobre retracto de cosas muebles. (Glosa 1.ª á la ley 55, tít. V, Part. V.) Pero áun concediendo que la citada ley 55, bajo el nombre genérico de *cosa* signifique las muebles y las inmuebles, lo que nos parece dudoso, resultará á lo más, que el tanteo tiene lugar en las unas y en las otras, pero no el retracto.

(5) Ley 9.ª, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, y arts. 1618, 1619 y 1620 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

durante *cuatro* años, en lugar de los dos que se exigen en el gentilicio, y de cuyo gravámen puede librarse el comprador; disposiciones consignadas en la ley de Enjuiciamiento civil (1).

§ V.

**Retracto de los dueños directo y útil.**

241. Ya hemos expuesto en el libro segundo la diferencia que existe entre los dominios directo, útil y superficiario; ahora hablaremos de la facultad de retraer que tanto al señor del dominio directo como al de la superficie han concedido las leyes, á fin de facilitar, considerándola con fundamento como muy ventajosa, la union de estos diferentes derechos (2).

242. El término por que corresponde es el de nueve dias (3); y aún antes de ahora opinaban así nuestros intérpretes, ajustándose á la ley que fija este tiempo en el retracto gentilicio. Algunos hacian diferencia del caso en que el superficiario ó enfiteuta pagase ó no pension anual; pero en realidad, puede decirse que no interviniendo ésta, queda despojado el contrato de superficie de una de sus partes esenciales.

243. No es incompatible el derecho de retracto en que en este lugar nos ocupamos, con el de tanteo de que por dos meses goza el señor directo (4), y del cual oportunamente hemos hablado. El no establecer esta diferencia fué lo que hizo incurrir á autores de buen juicio en el error que ántes desechamos.

244. Las solemnidades en este retracto son las mismas que las que se observan en los anteriores; pero el retrayente, bien sea el

(1) Artículos 1618, 1629 y 1630 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(2) Ley 8.<sup>a</sup>, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilación.

(3) Artículo 1619 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(4) Párrafo XI de la ley 12, tít. XV del mismo libro; ley en que se dictan reglas para el pago de los censos perpétuos en las ventas y fábricas de casas de Madrid.

En confirmación de esta doctrina, puede verse lo que decimos en una de las notas de la seccion II, título *De los censos*, tomo I de esta obra. Y ahora añadiremos, que así Antonio Gomez, como Molina, Escriche y algunos autores modernos reconocen esta diferencia de términos de dos meses y nueve dias, concedido el primero para adquirir la cosa ántes de celebrada la venta, y el segundo despues de su celebracion.

dueño directo ó el útil, ha de contraer el compromiso de no separar ambos dominios durante *seis* años (1); de él se tomará razon, segun la ley, y de este gravámen puede libertar el comprador al retrayente, en los términos que hemos manifestado al hablar de los demás retractos (2).

245. Contra el tercero que haya inscripto su derecho en el registro no tiene lugar este retracto (3).

§ VI.

**Retracto convencional.**

246. El retracto convencional, conocido más comunmente y con mayor propiedad con el nombre de *pacto de retroventa*, es el *rescate de la cosa vendida, hecho por el vendedor en virtud de la reserva que hizo al tiempo del contrato*. Más que retracto, es una condicion espontánea de la compra y venta, y fué sancionado en la legislacion de los romanos, de la que se trasladó á la nuestra de Partidas. A las ventas que se hacen con el pacto de retroventa se les da tambien el nombre de *ventas á carta de gracia*, y en ellas no se transfiere el dominio al comprador de una manera irrevocable (4).

247. Su justicia y utilidad son evidentes, puesto que es lícito poner en los contratos las condiciones posibles y honestas que quieran los contratantes, á lo que se agrega que por él encuen-

(1) Artículo 1618 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(2) Artículos 1629 y 1630.

(3) La LEY HIPOTECARIA, en su art. 38, sólo hace mencion expresa del tanteo en las enfitéusis, pero juzgamos que la restriccion que impone á este derecho es tambien aplicable al retracto, por razones poderosas de analogía. Por otra parte, en la Exposicion de motivos de la expresada ley se viene á reconocer la misma restriccion.

(4) Así está declarado tambien por el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de Abril de 1872.

*Cataluña.*—En Cataluña, segun una pragmática dada en Gerona en 18 de Octubre de 1384, las ventas que se hacen á carta de gracia quedando los vendedores en posesion de la finca, se reputan simuladas y hechas en fraude de los acreedores.

tra el propietario desgraciado, recursos de que seria duro despojarle.

248. Su cumplimiento, que de parte del comprador se llama *retroventa*, y *redencion* de la del vendedor, se ha de llevar á efecto en los términos en que se haya estipulado (1). En virtud de esta obligacion, el vendedor ó sus herederos no pueden demandar más que al comprador ó á los herederos de éste (2) y no al tercer poseedor, porque la accion que nace de ella, como todas las personales, sólo se da contra el que está obligado: el comprador deberá resarcir los daños y perjuicios que por su causa se originaren al vendedor (3). Pero esto se entiende, siempre que la condicion resolutoria de la venta no esté inscrita en el registro, pues esta omision no debe perjudicar al tercero que ignoraba la existencia de semejante condicion, y que hizo la compra en la seguridad de que no existia tal pacto. Mas si la venta hecha con el pacto de *retro* está inscrita en el registro, la condicion resolutoria del contrato aparecerá tambien en él, y el retracto podrá verificarse sin dificultad alguna, puesto que el tercero no puede alegar ignorancia (4). Doctrina conforme al artículo de la *Ley Hipotecaria* que establece el principio de que las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten explícitamente en el registro, se darán contra tercero, aunque éste haya inscripto el título de su derecho (5).

249. Puede establecerse este pacto sin limitacion de tiempo, ó señalando plazo para la redencion, ó diciendo que cuando quiera que se devuelva el precio, volverá á adquirir la cosa el

(1) Ley 42, tít. V, Part. V. Esta ley no exige que cuando el comprador se niegue á recibir el precio, tenga el vendedor la obligacion de consignarlo dentro del plazo vencido para no perder su derecho, ni exige tampoco que el vendedor reclame para sí la cosa, lo cual no entra, como en los retractos de ley, en la naturaleza de estos contratos, á no ser que así se haya pactado en ellos.... (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1873.)

(2) Este pacto, como todos los de su clase, produce acciones y obligaciones transmisibles á los herederos, á no haberse estipulado lo contrario. (Sentencia de 24 de Febrero de 1874.)

(3) Ley 42 del tít. V y Part. V.

(4) Exposicion de los motivos de la LEY HIPOTECARIA.

(5) Artículo 37 de dicha ley.

vendedor. En el primer caso, parece que la accion para deshacer la venta debe durar por espacio de veinte años, término de las acciones personales, segun la ley 63 de Toro; en el segundo, por el tiempo prefinido en el contrato, y en el tercero, por tiempo ilimitado, pudiendo por consiguiente el comprador reclamar este derecho siempre que lo juzgue oportuno (1).

## § VII.

### Prelacion entre retrayentes de diferente clase.

250. Algunos de los intérpretes de las leyes de Toro han dicho que éstas, en el caso de concurrir varios con derecho á re-

(1) La ley 42, tít. V, Part. V, sólo hace expresion de este último caso en los términos siguientes: *poniendo tal pleito entre sí en la vendida, que cuando quier que el vendedor ó sus herederos tornasen el precio al comprador ó á los suyos, que fuesen tenudos de tornarle aquella cosa que así vendiese.* De las palabras *cuando quier*, se ha deducido que ha de ser perpétua esta accion; sin embargo, Gregorio Lopez, en la glosa 1.<sup>a</sup>, manifiesta que si bien algunos opinaban así, habia otros que señalaban el término de treinta años para ejercitar este derecho, y varios el de cuarenta. Debemos tambien advertir que el Tribunal Supremo tiene declarado, que «sobre este punto no puede ni debe estarse á lo que dispone la ley citada, sino á lo establecido en la ley 63 de Toro que fijó veinte años para la prescripcion de las acciones personales.» (Sentencia de 7 de Abril de 1866.) Mas si consideramos que en el pacto de retroventa, como en todos los contratos, es lícito á los contratantes poner las condiciones posibles y honestas que crean oportunas (principio de derecho incontestable), y entre ellas la de establecer el término que las convenga, segun declaracion del mismo Tribunal Supremo (sentencia de 3 de Diciembre de 1864), podria deducirse que la expresada ley 42, tít. V, Part. V no habia perdido su fuerza, sino que todavia conservaba toda su autoridad. Pero aun hay otra sentencia posterior del Tribunal Supremo en la que declara; que el pacto de retroventa, como todos los de su naturaleza, sólo produce acciones personales, que pueden convertirse en mixtas, anotadas en el Registro de la Propiedad; que todos los pactos que producen acciones personales están sujetos á las reglas establecidas por el derecho para la prescripcion; y que los pactos perpétuos de retroventa serán siempre nulos, como todos los opuestos á las leyes, y más á las que regulan la prescripcion. (Sentencia de 12 de Mayo de 1875.)

traer, establecian prelacion, primero á favor del dueño directo ó del superficiario, despues á favor del socio, y últimamente, del pariente (1). Estos autores las entendieron ordinalmente, siendo así que hablando de un modo disyuntivo, sólo prefieren á cualquiera de los mencionados en concurrencia con parientes (2).

251. En concurrencia, pues, cualquiera será preferido al pariente (3), y así lo que nos resta averiguar en este caso es la preferencia que tienen entre sí el señor del dominio directo, el superficiario y el comunero. Omitiremos establecer reglas para el caso imposible en que concurra el comunero, esto es, el que tiene el dominio pleno y absoluto en union de otro, con el señor directo ó superficiario, pues implica que el mismo que tiene el dominio pleno de la cosa, carezca del directo ó del útil.

252. Vendida la cosa por el superficiario, no puede haber lugar á la duda de si deberá ser preferido en el retracto su consocio en la superficie ó el señor directo, porque éste, áun ántes de la perfeccion de la venta, goza del derecho de tanteo, por el que puede excluir al primero (4).

253. Pero si acude á retraer un consocio del dominio directo con el superficiario, nos parece que éste tendrá la preferencia. La razon es la más íntima correlacion que tienen de unirse mutuamente el dominio directo y útil, que no cualquiera de ellos á otro de su mismo género, supuesto que la division de aquéllos separa las partes esenciales de un todo, y la de éstos solamente las integrales. Conviene explicar más esto: por la separacion del do-

(1) Ley 8.<sup>a</sup>, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Así opinan Albornoz, y Llamas y Molina.

(3) Ley 8.<sup>a</sup>, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. En el considerando de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, se dice que esta ley «sólo trata de la preferencia que debe darse al dueño del dominio útil, cuando concurre para retraer á la vez un pariente por retracto gentilicio.» (Sentencia de 1.º de Junio de 1869.) Mas, ó aquí ha habido una falta de expresion, ó una equivocacion material, pues la ley, no sólo hace mencion del dueño de la superficie, sino tambien del que tiene el dominio directo ó parte en la cosa comun, como decimos en el texto.

*Vizcaya.*—Concurriendo á retraer el comunero y consorte, con el pariente dentro del cuarto grado, es preferido el pariente. (Ley 3.<sup>a</sup>, tít. XVII del Fuero.)

(4) Así opinan tambien Antonio Gomez, Molina, y Llamas y Molina.

minio directo y útil, constitutivos intrínsecos del señorío absoluto, sufren las cosas una violencia contraria á su naturaleza, segun la cual, sus productos deben ceder en beneficio de su dueño; y por el contrario, la relacion de dos socios del dominio directo se funda sólo en la union de las partes ántes de la division, por la cual cada una de ellas se considera un todo separado con independencia de la otra (1) (a).

## TÍTULO V.

### De la permuta.

254. Uno de los contratos en que debemos ocuparnos es la *permuta*, llamada tambien *permutacion*, *trueque* y *cambio*, aunque esta última palabra se aplica con especialidad á operaciones mercantiles. Primitivo entre los contratos y precursor principalmente del de compra y venta, al que es muy semejante (2), dió extension y eficacia al derecho de propiedad, facilitando que los hombres pudieran adquirir lo que necesitaban, y dando á otros lo que les era supérfluo ó ménos útil.

255. Podemos definirle, *un contrato bilateral en el que los contratantes se dan reciprocamente una cosa por otra, con tal que no sea dinero*. Si por una de las partes mediara dinero, seria contrato de compra y venta y no de permuta. Infírese de la definicion, que en la permuta hay dos enajenaciones, cada una de las cuales

(1) Defienden esto los mismos Antonio Gomez, Molina, y Llamas y Molina. Albornoz los impugna, no con bastante fundamento á nuestro juicio.

(a) No juzgamos inútil advertir al terminar esta materia, que por Real órden de 27 de Abril de 1860 está declarado que no tienen lugar el tanteo ni el retracto en la venta de fincas pertenecientes al Estado, y que en su consecuencia son inadmisibles las reclamaciones que con este objeto se hicieren.

(2) Proemio del tít. VI, Part. V.