

anotado el mismo en el Registro, según indica la jurisprudencia citada, y aumentarse á treinta á título de acción mixta, porque no hay razón alguna para que tuviera esta naturaleza, y aun supuesto el carácter hipotecario, no cabía sostener la prescripción de treinta años, pues sabido es que la ley Hipotecaria (1) derogó en este punto la 63 de Toro, y 5.^a, tít. 8.^o, lib. XI Nov. Rec., reduciendo á veinte años el término de prescripción de la acción hipotecaria. Sólo en el caso, pues, de tratarse de la venta de bienes inmuebles con pacto de retro, una vez inscrita en el Registro, tendría el carácter de real y personal, y en este concepto de *mixta*, y sería eficaz contra terceros adquirentes, por virtud de lo dispuesto en el núm. 1.^o del art. 37 de la ley Hipotecaria.

2.^a La acción de retroventa, como personal que es, por regla general, sólo puede intentarse por y contra los que han sido parte en el contrato de compra-venta ó sus herederos; y sólo en el caso de tratarse de inmuebles y de constar, según se ha dicho, en el Registro de la Propiedad el referido pacto podrá ser eficaz la acción, que nace contra terceros adquirentes.

3.^a En su consecuencia, por la acción de retroventa podrían ser compelidos el comprador ó sus herederos á la devolución de la cosa al vendedor ó á los suyos que ejercitaran aquélla dentro del tiempo señalado al efecto ó antes de los veinte años de la prescripción, si no se fijó plazo, siempre que dicho comprador ó sus herederos conservaran la cosa en su poder, ó siendo inmueble, aunque la hubiesen enajenado, con tal que constara el pacto de retroventa en el Registro.

4.^a Si al pacto de retroventa se agregó una obligación subsidiaria ó cláusula penal y el comprador ó sus herederos optaren por pagar la pena, será potestativo en el vendedor ó en los suyos aceptar el cumplimiento de la obligación penal, en lugar de la de la devolución de la cosa; á no ser que la obligación penal fuese de carácter conjunto, en cuyo caso el comprador y sus herederos deberán devolver la cosa y cumplir la obligación penal.

5.^a Si tratándose de inmuebles no consta en el Registro el pacto de retro ó si se trata de muebles ó semovientes, y al tiempo de ejercitar la retroventa no tienen ya en su poder el comprador ó sus herederos la cosa vendida, por haberla enajenado á un tercero, los efectos de la retroventa quedarán limitados á la indemnización de perjuicios debida al vendedor ó á los suyos, por los que le ocasionaran por la no devolución de la cosa vendida con dicho pacto de retro.

6.^a Si el comprador hubiere dejado muchos herederos, la acción de

(1) Art. 134.

retroventa no podrá ejercitarse contra cada uno sino por su parte respectiva, ya esté indivisa la cosa vendida, ya se hubiere distribuido entre aquéllos; pero si en la partición de la herencia del comprador la cosa que fué vendida con pacto de retro se hubiera adjudicado entera á uno de los herederos, contra él sólo podrá dirigirse la retroventa (1).

7.^a Vendida por varios condueños conjuntamente una cosa indivisa ó vendida por uno sólo que dejó muchos herederos, ninguno de aquéllos ni de éstos podrá ejercitar la retroventa más que por la parte que su derecho represente, pudiendo exigir el comprador de todos los condueños ó coherederos que lleguen á un acuerdo para la redención total de la finca, teniendo el derecho de resistir mientras tanto la redención parcial (2).

8.^a En el caso de que cada uno de varios condueños de una misma cosa vendiere separadamente su parte, sólo podrá ejercitarse la retroventa contra el comprador, con la misma separación de partes (3).

9.^a El comprador con pacto de retro, vencido que sea el plazo señalado para el mismo, ó transcurrido el de la prescripción, si fuere demandado por la retroventa, podrá excepcionar el plazo de lo pactado ó de la prescripción, ó tomar la iniciativa como demandante y pedir al vendedor ó á sus herederos que, ó rediman la cosa vendida ó le confirmen con el carácter de definitiva ó sin pacto de retro la venta, antes celebrada con él. Si hubiere sido comprador con retro de bienes inmuebles, y así constase en el Registro, podrá convertir en definitiva la adquisición por el medio más sencillo y expedito del artículo 16 de la ley Hipotecaria y Real orden de 27 de Septiembre de 1867, antes citados.

10.^a Mientras no cumple el plazo señalado ó el de la prescripción para que se extinga la retroventa, el dominio que gana el comprador tiene el carácter de *revocable*, y no es título bastante para adquirir por prescripción el dominio de lo vendido, según notamos en otro lugar (4).

11.^a Para que pueda prosperar la acción de retroventa ejercitada por el vendedor ó sus herederos, es necesario que éstos reintegren al comprador ó á los suyos del precio de la venta, de los gastos del contrato, tales como los de otorgamiento de escritura, impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, premio de liquidación y honorarios de inscripción, así como de todos los demás que se hubieren pactado,

(1) Antonio Gómez, *Var. resol.*, t. II, cap. II, núm. 29.

(2) *Idem id.*

(3) *Idem id.*

(4) Núm. 22, Cap. X, Tom. II.

y, por último, del importe de las mejoras *necesarias* y *útiles* hechas en la cosa, permitiéndole detraer las voluntarias sin perjuicio de la misma; y si se quiere prever el caso de que se dificulte la retroventa con mejoras excesivas, puede tomarse la precaución de consignar en el primitivo contrato de compra-venta la cantidad máxima á que pueden ascender las mejoras, la forma de reintegrarlas y hasta la prohibición de que se hagan sin consentimiento del vendedor, bajo la pena de perderlas, cediendo en beneficio de éste, sin derecho á reintegro para el comprador ó sus herederos, llegado el caso de la retroventa (1). Claro es que la resistencia del comprador ó sus herederos á recibir estas cantidades será suplida por las reglas de la consignación en pago.

12.^a Los aumentos ó menoscabos que la cosa vendida con retro hubiese sufrido, sin causa ni culpa del comprador, ceden en beneficio ó son de sufrir en perjuicio del vendedor que utiliza la retroventa. En cambio, los menoscabos que la cosa hubiere sufrido por causa del comprador, son de indemnizar por éste al vendedor al tiempo de la retroventa (2).

13.^a Respecto á frutos de la cosa objeto de la retroventa, hay que distinguir: 1.^o Los pendientes al tiempo de perfeccionarse la compra-venta en que intervino el pacto de retro, respecto de los cuales algunos escritores (3) opinan que habiéndose calculado el precio por el valor que la cosa tuviera con aquellos frutos pendientes y devolviéndose aquél en totalidad al tiempo de la rendición, es justo que de su importe sea reintegrado el vendedor que utiliza el retro, y, por el contrario, otros (4) creen, á nuestro juicio con mayor fundamento, que si el comprador á retro percibió los frutos pendientes al perfeccionarse la venta, el vendedor percibió por compensación los intereses del capital que el precio representaba. 2.^o Los frutos pendientes y manifestos ó mostrados al realizarse la retroventa, respecto de los cuales la solución varía entre los que opinan que sean del vendedor que utiliza el retro, reintegrando al comprador de los gastos hechos para su producción y la de los que creen que deben prorratearse, según su calidad de industriales ó civiles entre vendedor y comprador. Nos parece más aceptable el criterio seguido en el usufructo que puede aplicarse á este caso por analogía (5). 3.^o Los frutos que no estuvieren mostrados, aunque si

(1) Espíritu general de nuestras leyes en casos análogos. Derecho científico. Proyecto de Cód. civ. de 1851, en su art. 1.447, y Cód. civ. en su art. 1.518.

(2) LL. 42, tit. 5.^o; 23, tit. 5.^o; 8.^a, tit. 8.^o, y 20, tit. 13, Part. V.

(3) Como Pothier.

(4) Como Gutiérrez.

(5) Núms. 10 y 11, Cap. XVII, Tom. III. El art. 1.519 del Cód. civ. lo resuelve ya en los términos que puede verse en su texto inserto en el Art. final de este Cap.

preparada su producción, los cuales deben ser para el vendedor que ejercita el retro, con obligación de abonar los gastos preparatorios, como los de labor de las tierras y sementeras. 4.^o Los frutos percibidos por el comprador desde la perfección de la compra-venta con retro hasta su rescisión por esta causa, los cuales corresponden al comprador, así como el vendedor no debe los intereses que la cantidad objeto del precio hubiere podido devengar en este tiempo.

14.^a El vendedor ó sus herederos que utilicen el retro deben recobrar la cosa vendida en las mismas condiciones de libertad en que fué enajenada, no afectándoles los nuevos gravámenes á que sin derecho hubiera sometido la cosa el comprador, el cual, según se ha dicho, no tuvo más que un dominio revocable en la misma mientras estuvo pendiente el retro.

Claro es que todas las anteriores reglas podían ser modificadas por los pactos especiales, que para cada uno de sus supuestos hubieren estipulado los contratantes.

42. Séptima. *Compra-venta con pacto prohibitivo de enajenación de la cosa á ciertas personas, y con estipulación de pena para el caso de ser infringido aquél.* Según la ley (1), si en la compra-venta medió pacto prohibiendo al comprador ó á sus herederos que enajenasen la cosa á determinadas personas y que en el caso de infringirse esta prohibición, se entendiera rescindida la compra-venta primitiva, debiendo volver la cosa vendida al vendedor ó sus herederos, dicho pacto será *nulo*. Pero si establecido este pacto se hubiera estipulado que por infringir aquella prohibición debiera el comprador ó sus herederos pagar cierta pena al vendedor ó los suyos, esta obligación penal *subsidiaria* será válida, debiendo satisfacerse por el comprador ó sus herederos con la indemnización de daños y perjuicios que se hubieren ocasionado al primitivo vendedor y los suyos, por realizar la enajenación prohibida. La estimación de esos perjuicios habrá de hacerse por juramento del que los sufriera y apreciación judicial.

43. Octava. *Compra-venta de cosa sujeta á retracto gentilicio del señor del dominio directo ó del útil y del comunero.* Ya en otra ocasión (2), con motivo del *derecho real de censo enfiteutico*, nos ocupamos de los derechos llamados de *tanteo* y *retracto*, remitiendo á este lugar las doctrinas que sobre las diversas especies de retracto deben ser conocidas cuando la condición de la cosa enajenada está sometida á la influencia de alguna de sus especies.

44. Ciertamente es que ofrecen, también, el aspecto en que algún escri-

(1) 43, tit. 5.^o, Part. V.

(2) Núm. 10, letra b, Cap. XVIII, Tom. III.

tor (1) considera estos derechos, estimándolos como *reales limitativos del dominio*, en cuanto se imponen al poder de libre disposición del dueño en lo relativo á la facultad de enajenar; aspecto que no ha pasado desapercibido para nosotros, como lo demuestra haberlos incluído en alguna *clasificación* de los *derechos reales* (2). Nos parece, sin embargo, que, si bien se limita la facultad de enajenar ciertas cosas, cuando éstas pueden ser objeto de tanteo ó de retracto, constituyendo una preferencia en favor de ciertas personas respecto de ellas, es decir, imponiendo por este privilegio un comprador determinado con exclusión de otro libremente elegido, su influencia no trasciende más allá del momento de la adquisición de la cosa retraída ó tanteada, y no constituye una nueva relación de derecho real, que subsista *después*, con fines peculiares y funcionalidad propia, como sucede con cualquiera de las otras verdaderas especies de derecho real, como los de servidumbre, censo, hipoteca, etc.

Hijos del privilegio, los derechos de *tanteo* y de *retracto*, á lo que esencialmente afectan es al principio de libertad de contratación, en cuanto ésta puede ser una de las formas de enajenación, mediante la cual el dueño ponga en ejercicio su poder de libre disposición en las cosas que le pertenecen.

El *tanteo* se halla hoy limitado, desterrados ya como lo están todos los errores económicos que le dieron una extensión indebida en multitud de leyes ya derogadas (3) á dos casos, estudiados en sus respectivos lugares: el del condominio, á favor del condueño por la parte que otro enajena de la cosa poseída en común (4); y el del censo enfitéutico (5), á favor del señor del dominio directo ó del dominio útil, en los casos de enajenación respectiva de ambos dominios.

Descartado el derecho de tanteo, y conocido ya de antemano el concepto general del retracto, tratemos con separación de cada una de sus *especies*, con aplicación á la compra-venta, que es la forma-tipo de la enajenación de bienes, que pueden estar influidos por causa de *retracto*.

45. Distinción usual entre los escritores suele ser (6) la que diferencia el retracto en *convencional* y *legal*; entendiéndose por el primero el contrato de compra-venta en que interviene pacto de retro, del cual

(1) Falcón, *Derecho civil*, t. II, pág. 248 y sigs.

(2) Núm. 12, Cap. I, Tom. III.

(3) Las del tít. 13, lib. x de la Nov. Rec.

(4) L. 55, tít. 5.º, Part. V; Núm. 3, reg. 3.ª, Cap. VI, Tom. II.

(5) L. 29, tít. 8.º, Part. V; reg. 11 de la L. 12, tít. 15, lib. x Nov. Rec.; Núm. 10, Capítulo XVIII, Tom. III.

(6) Y es también la del Cód. civ., cap. vi, tít. 4.º, lib. IV.

acabamos de ocuparnos; y por el segundo, aquel retracto que tiene su origen en la ley, nacido de la calidad ó de la situación de derecho en que las cosas susceptibles de retracto se encuentran.

46. Las especies del retracto *legal* eran, en el Derecho anterior al Código civil, tres: el *gentilicio*, el del *señor del dominio directo ó del útil*, y el de *comuneros*.

47. A. RETRACTO GENTILICIO.—Era el derecho que tenían los parientes más próximos del vendedor dentro del cuarto grado, para dejar sin efecto la venta de la cosa inmueble verificada á un extraño, y ser preferidos en la adquisición de la misma, siempre que ésta procediera de un ascendiente común al vendedor y al retrayente (1).

48. El origen del retracto gentilicio alcanza á los tiempos de las leyes mosaicas (2); no puede decirse que se estableciera en el Derecho romano por las disposiciones que se registran en algunas de sus leyes (3), las cuales se referían á casos de derecho de tanteo, pero completamente extraños á los motivos de parentesco, que inspiran exclusivamente el retracto gentilicio, llamado también por este motivo de *abolengo ó de sangre*.

La institución del retracto gentilicio es coetánea del principio de troncalidad; corresponde á la época feudal y municipal, y aunque figura lo mismo en las leyes municipales que nobiliarias, su verdadera esfera de acción se encuentra dentro del régimen municipal como uno de los medios de impedir que la propiedad saliera de la familia ó, al menos, á veces, de los vecinos de un término municipal; y sobre todo para conseguir que no pasara del patrimonio del estado llano al feudal de la nobleza. Ese carácter de institución municipal lo acreditan bien los Fueros municipales, como el de Baeza, Cáceres, Salamanca y Zamora. Este *juris initium* del retracto gentilicio lleva á esta institución á un asiento legal más definitivo, en la ley 13, tít. 10, lib. III del Fuero Real; aparece también en la 4.ª, tít. 1.º, lib. IV del Fuero Viejo; es objeto de varias aclaraciones en el Ordenamiento de las Cortes de Nieva y, sobre todo, en las leyes 70, 71, 72, 73 y 75 de las de Toro, y toda esta colección de preceptos se traslada al tít. 13, lib. x de la Novísima Recopilación, que era el *Derecho vigente* en Castilla anterior al Código civil, que no admite este retracto, en unión de algunos preceptos de la ley Hipotecaria (4) que limitan sus efectos; reglamentándose su ejercicio en la esfera procesal, por el tít. 12, lib. II de la ley de Enjuiciamiento civil.

(1) LL. 1.ª y sigs., tít. 13, lib. x Nov. Rec., y 13, tít. 10, lib. III F. R.

(2) Levítico, cap. XXV, vers. 25.

(3) 16. tít. 5.º, lib. XLVI Dig., y 14, tít. 38, lib. IV Cod. Just.

(4) Art. 36 y caso 2.º del 38.

49. No es ya dudoso el desfavorable juicio que la institución del retracto gentilicio merece para los tiempos actuales. Nacida en medio de una constitución política completamente distinta, no tiene ninguna razón de ser social en la época moderna, y enfrente de la discutible ventaja y escasa aplicación de servir para evitar que los bienes salgan de las familias, bajo cuyo punto de vista, extendido, como lo está, hasta los parientes del cuarto grado, pierde mucho la razón afectiva y familiar, constituye una injustificada traba á la libertad de la contratación y un motivo fraudulento, tal vez en algunos casos, así como en otro aspecto un recurso estéril, fácil de eludir ó de hacer inconveniente su empleo, figurando en la venta primitiva, contra la cual se temía la invocación de un derecho de retracto gentilicio, un precio superior al que intervino é inaceptable para el retrayente por excesivo, atendido el valor verdadero de la cosa.

50. Sus reglas de Derecho, conforme á las fuentes legales antes indicadas, se refieren á los elementos *personales, reales y formales*, en los términos que separadamente exponemos á continuación.

a. *Elementos personales del retracto gentilicio.*—Hace relación esta doctrina á la de las personas que podían ó no utilizar este retracto, y cuáles eran las que entre las primeras tenían preferencia, así como aquellas contra quienes pudiera intentarse.

He aquí las reglas, acerca de cada uno de estos particulares: 1.^a Competía el derecho de retracto gentilicio á los parientes consanguíneos del vendedor en la línea recta, y en la colateral hasta el cuarto grado (1). 2.^a Entre los parientes comprendidos dentro del grado legal, el más próximo excluía al más remoto. 3.^a Se consideraban parientes, para los efectos del retracto gentilicio, todos los consanguíneos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio. No creemos que pudieran utilizar el retracto, como opinan algunos escritores (2), los parientes de la clase de los *naturales*, ni aun con la distinción de corresponderles ese derecho en los bienes pertenecientes á la línea materna, y no en los de la paterna, porque ninguna de las leyes que regulan el retracto lo autorizaba, y es esta materia de índole excepcional y de interpretación restrictiva, en buenas reglas de hermenéutica jurídica. Tampoco serviría, para utilizar este retracto, el parentesco de afinidad. 4.^a Entre los parientes de grado legal para retraer, no había preferencia por doble vínculo. 5.^a Este derecho, como

(1) Así lo precisó la ley 65 de Toro, 9.^a, tit. 13, lib. x de la Nov. Rec., resolviendo la duda á que daba lugar la ley 13, tit. 10, lib. III del F. R., que no fijó límite al grado de parentesco para retraer.

(2) Matienzo, Escriche, Viso, Gomez de la Serna y Montalbán.

personalísimo, no era transmisible por uno que le tuviera en favor de otro que careciera de él, á no ser que el que le tuviera hubiera ya enablado la demanda y creado el cuasi contrato de *litis* antes de fallecer, en cuyo caso parece justo que sus herederos le sucedieran en sus derechos litigiosos y en el resultado que el pleito de retracto pueda ofrecer. 6.^a Tampoco era susceptible el retracto gentilicio del *derecho de representación*; pero sí de la *representación del derecho*, que son cosas distintas. Quiere esto decir, en cuanto á lo primero, que el pariente que careciera por sí y por su grado de parentesco, del derecho de utilizar el retracto gentilicio, no podría hacerlo invocando el que tuviera su causante premuerto, aplicando la doctrina del derecho de representación que pudiera gozar en la sucesión hereditaria; ó lo que es lo mismo, que siempre que del derecho de retracto gentilicio se tratara es indispensable que correspondiera personalmente ó *pro jure proprio*, á quien lo intentara; y en cuanto á lo segundo, que si aquel á quien correspondiera por su grado de parentesco el derecho de retracto gentilicio, tuviese defecto de capacidad civil, por falta de la de obrar, el que la supliera ó representara podría, sin mandato especial, en representación de dicho pariente incapaz, utilizar el derecho de retracto que le correspondía. Tal sucedería con el padre á nombre del hijo, el marido en el de la mujer, el guardador en el del menor. 7.^a Concurriendo dos ó más parientes de igual grado á retraer la cosa vendida, la dividirían entre ellos, salvo el caso de que fuera indivisible, en el cual procederá la licitación entre los retrayentes. 8.^a La computación de parentesco, para los efectos del retracto, había de ser la civil y no la canónica, aunque el texto de la ley (1) y la opinión de algunos comentaristas (2) hace creer aplicable la canónica, precisamente por los términos del texto legal, porque el número de parientes á que parece referirse es superior á los que podrían comprenderse dentro del cuarto grado civil. 9.^a Que aun los parientes comprendidos dentro del dicho cuarto grado civil, no podrán utilizar el retracto gentilicio, respecto de la venta que se hubiere hecho en favor de otro pariente, aunque fuera de grado ulterior al cuarto, puesto que la ley se refiere á la venta de cosa de abolengo, hecha á un extraño. 10.^a No procede el retracto contra el tercero que hubiere inscrito su título en el Registro de la Propiedad (3).

b. *Elementos reales del retracto gentilicio.*—Es relativa esta doctrina á las circunstancias que habían de reunir las cosas para ser objeto del

(1) 7.^a, tit. 13, lib. x Nov. Rec.

(2) Parladorio y Sala.

(3) LL. 1.^a, 2.^a, 4.^a, 7.^a y 9.^a, tit. 13, lib. x Nov. Rec., y causa 2.^a, art. 38 L. Hip.

retracto gentilicio, cuando pierden esa cualidad, y qué criterio legal ha de aplicarse cuando la venta que ha de rescindirse por el retracto fué de varias cosas.

Son sus reglas: 1.^a Las cosas objeto del retracto gentilicio habían de ser *raíces ó inmuebles*, puesto que todos los motivos sociales, políticos y económicos que ocasionaron la introducción del retracto, sólo respecto de ellas tienen explicación, y así se deduce del lenguaje de las leyes, que con excepción de una (1) que emplea la palabra *cosa*, en general usan siempre la palabra *heredad* (2). 2.^a Habían de ser, también, de *patrimonio ó abolengo*, entendiéndose por tales las que procedían del caudal ó patrimonio del ascendiente común al vendedor y al retrayente, y pasaron á ser propiedad del vendedor por título de sucesión *mortis causa*, de herencia, mejora, legado, donación *mortis causa* ó donación *propter nuptias* (3). Verdad es que la ley emplea siempre la palabra *heredados*, cuya dicción legal y la índole excepcional del retracto gentilicio han dado lugar á que algunos escritores restrinjan la calidad de los bienes que podían ser objeto de él, á los que, procedentes del padre ó ascendiente común, fueron adquiridos por el vendedor, en virtud de institución de heredero; pero no por título de mejora, ni menos de legado ó de donación *mortis causa*. Nos parece más aceptable la opinión contraria, que considera servida la dicción legal de *heredados* por cualesquiera de estos medios ó formas de la sucesión *mortis causa*. Dos son, pues, en realidad las condiciones que determinaban la calidad *patrimonial ó de abolengo* de las cosas para que pudieran ser objeto del retracto gentilicio, á saber: que hubieran figurado en el caudal del ascendiente común al tiempo de su muerte, y que hubiesen pasado al del vendedor por cualquier título de sucesión *mortis causa* ó por donación *propter nuptias* ó dote; siendo de advertir que una cosa no perdía el carácter de abolengo ó patrimonial porque se reedificara á *cimentis*, ni tampoco cuando vendida con pacto de retro se recobrara, según tiene declarado la jurisprudencia (4). 3.^a En su consecuencia, no eran cosas patrimoniales ó de abolengo, susceptibles de retracto gentilicio, aquellas que, aunque figuraron entre las de

(1) La 4.^a, tít. 13, lib. x de la Nov. Rec., la cual debe entenderse en armonía con las anteriores.

(2) L. 230 del estilo, que dice *alas heredades é las otras raíces*; lo mismo que la 1.^a, título 13, lib. x Nov. Rec.; la 4.^a, tít. 1.^o, lib. iv del Fuero Viejo, y las de algunos Fueros municipales.

(3) Este último título lo considera la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 1872 suficiente para que los bienes tengan el carácter de familiares, bajo la idea de que es un anticipo con cargo á la legítima de los hijos. La misma razón existe tratándose de los bienes entregados por vía de dote.

(4) Sent. 5 Abril 1872 cit.

su propiedad, fueron antes de su muerte enajenadas á un extraño; y según parece deducirse de alguna otra sentencia (1), para que se entendieran *hereditarias* las fincas sujetas á retracto, era indispensable que hubieran pertenecido en pleno dominio y propiedad al ascendiente ó ascendientes hasta el tronco común del vendedor y del retrayente, de donde deduce con razón algún escritor moderno (2) que si se vendía sólo el dominio directo ó el dominio útil de una finca sujeta á retracto, no procedía, sin embargo, utilizar este derecho, y que tampoco eran susceptibles de este retracto los bienes vinculados ó que lo fueron hasta tanto que transmitidos como libres, hubiesen adquirido el carácter de *patrimoniales y de abolengo*, en el sentido legal, no siéndolo en la primera adquisición de la venta libre reservada al inmediato sucesor, porque es debida al ministerio de la ley. 4.^a Las cosas perdían la calidad de patrimoniales ó de abolengo para ser objeto de retracto gentilicio, cuando, aunque tuvieran todas las condiciones para ello, las perdieron por haber sido enajenadas á un extraño y no retraídas por ningún pariente que tuviere derecho á retraer, á no ser que la cosa volviera á poder del vendedor por resultado del ejercicio de una acción rescisoria nacida del mismo contrato de enajenación al extraño, como la que produce el pacto de retro-venta y el de la ley comisoria, puesto que no llegó á salir definitivamente del patrimonio familiar que la hacía objeto del retracto, una vez que al extraño le transmitió sólo un dominio revocable y el ascendiente que enajenó utilizó la reserva para revocarlo, es decir, dejó *sin efecto* el acto por virtud del cual la cosa hubiera perdido, á consumarse definitivamente la enajenación, la calidad de susceptible para el retracto gentilicio. 5.^a También perdían dicha calidad de patrimoniales ó de abolengo las cosas cuando enajenadas á un extraño eran retraídas por un pariente, en cuyo poder ya se hacían libres de esa condición, ó lo que es lo mismo, que no cabían dos ni más retractos sucesivos respecto de una misma cosa (3). 6.^a Vendidas diferentes cosas de patrimonio ó de abolengo por un solo precio, debería utilizarse el retracto gentilicio respecto de todas, ó no se podría utilizar respecto de ninguna. 7.^a En el mismo caso, pero

(1) La de 4 de Diciembre de 1856.

(2) Falcón, t. II, pág. 256.

(3) No opinan así todos los escritores, pues, por ejemplo, Sala cree que la finca retraída por un pariente ingresa en su caudal con el carácter de patrimonial y sujeta á nuevo retracto, si el primitivo retrayente la vuelve á enajenar. Lo contrario opinan Llamas, Albornoz y los Sres. La Serna y Montalbán, porque falta una condición esencial del retracto, cual es la de que el vendedor la hubiere obtenido inmediatamente por herencia de su padre ó abuelo, y porque el retrayente primero debe entenderse subrogado en el lugar del comprador extraño, en cuyo poder, á no haber mediado el retracto, la finca hubiera adquirido la condición de libre.

venta cada una con precio separado, se aplicaría el criterio opuesto, á no ser que el comprador probase que no hubiera comprado las unas sin las otras ó cuando las dos cosas hubieran sido dadas ó adjudicadas en pago de una sola deuda, aunque á cada una se le hubiera señalado un precio. 8.^a Ventas de dos cosas de las cuales la una sea susceptible del retracto gentilicio y la otra no, tendría aquél lugar respecto de la primera, fijándose su precio por tasación pericial, si no estuviere determinado con separación (1). Esta solución no ofrecería ninguna duda cuando el comprador se prestase á ella: pero en el caso contrario y habiéndose vendido ambas cosas por un solo precio, resultaba la violencia de destruir la unidad de la venta que comprendió á ambas en un precio, obligándose sin razón á que el comprador que prestó su consentimiento para la adquisición de las dos, se someta á la de una tan solamente; ó el exceso de ampliar el retracto gentilicio, que es de índole bien excepcional, á cosas libres, por el solo accidente de haber figurado unidas en la venta á otras sujetas á retracto. Por eso entre dos males, la mayoría de los escritores (2) se inclina á que el comprador pueda obligar al retrayente á retraer las dos ó ninguna. 9.^a Las cosas sometidas á retracto no quedan libres de su influencia por posterior enajenación que el comprador hiciera en favor de otras personas, á no ser que éstas hayan inscrito el título de su derecho en el Registro de la Propiedad (3).

c. Elementos formales del retracto gentilicio.—Dice relación este epígrafe á la clase de enajenación que permitía el retracto, al término y á los demás requisitos *procesales* para utilizar este derecho (4).

(1) LL. del cit. tít. 13, lib. x Nov. Rec.

(2) Como Molina, Acebedo, Gutiérrez, Morató, etc.

(3) Arts. 36 y 38 Ley Hip.

(4) Son sus reglas bajo este aspecto: 1.^a El acto de enajenación que permitía utilizar el retracto, cuando las cosas eran susceptibles de él, es la compra-venta, aunque se verificara en subasta pública, judicial ó extrajudicial (L. 4.^a, tít. 13, lib. x Nov. Rec.); por analogía de interpretación se consideraba para este efecto de igual naturaleza que la compra-venta, la dación ó adjudicación en pago, la constitución de dote estimada *venditionis causa* y las ventas á censo reservativo. 2.^a No procedía el retracto cuando la enajenación se haya verificado por permuta. (L. 1.^a, tít. 13, lib. x Nov. Rec.) 3.^a El término para utilizar el derecho de retracto era el de *nueve días*, dentro de los cuales debía interponerse la demanda, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta. (LL. del citado tít. 13, lib. x Nov. Rec.; núm. 1.^o, art. 1.618 L. de Enj. civ.) Si el que intentare el retracto no residía en el pueblo donde se haya otorgado la escritura que diera causa á él, tendría para deducir la demanda, además de los nueve días, uno por cada treinta kilómetros que distase de su residencia dicho pueblo. (Art. 1.619 L. de Enj. civ.) Si la venta se hubiere ocultado con malicia, el término de los nueve días no empezaría á correr hasta el siguiente al en que se acreditase que el retrayente ha tenido conocimiento de ella. Para dicho efecto, se tendrá por maliciosa la ocultación de la venta, cuando no se hubiese inscrito oportunamente en el Registro de la Propiedad. En este caso se contaría el término desde la presentación de la escritura de venta en el Registro. (Art. 1.620 L. de Enj. civ.)

51. *B. RETRACTO DE COMUNEROS.*—Consiste en el *derecho que corresponde á cada uno de los que tienen una cosa en común y proindiviso con otros, para rescindir la venta que de su parte haya hecho alguno de los comuneros ó condueños, siendo preferidos al comprador por el mismo precio, en la porción vendida* (1).

52. Este retracto, por el contrario del *gentilicio*, es de introducción plausible y evidente utilidad. En primer lugar es un desarrollo lógico del derecho de tanteo, establecido (2) en favor del condueño ó comunero, que permite llegar fácilmente á la unidad de dominio, por la más probable desaparición de la comunidad, con todas las ventajas que en favor de la buena conservación y administración de la cosa produce el estímulo del interés individual de un solo dueño, y sin los inconvenientes, por tanto, de desavenencias, cultivo descuidado y todo el cortejo de complicaciones que trae consigo el estado, siempre algo excepcional, de la *pluralidad* de dueños. Claro es que para eso es preciso que el estado sea de verdadero condominio, ó sea que la cosa no esté físicamente dividida, sino mentalmente. Estas ventajas pesan más en la crítica de esta institución, que los inconvenientes generales de todo retracto, que son la inseguridad en la firmeza de la venta de una cosa sujeta á este recurso rescisorio, consiguiente retraimiento que entre los compradores engendra semejante circunstancia y, por tanto, la más difícil enajenación y la posible depreciación de las cosas que se hallan en tal estado.

Convertido en término judicial este plazo, desaparece la antigua dificultad de si debía contarse de día á día ó de momento á momento, y queda sometido á las reglas de todos los términos judiciales. (Arts. 303 y 304 L. de Enj. civ.) 4.^a Eran, además, requisitos de carácter procesal, desde que forman parte del enjuiciamiento: que se consigne el precio, si es conocido, ó si no lo fuere, que se diera fianza de consignarlo, luego que lo sea (Número 2.^o, art. 1.618 L. de Enj. civ.); que se acompañara alguna justificación, aun cuando no fuera cumplida, del título en que se funde el retracto (Núm. 3.^o, art. 1.618 L. de Enjuiciamiento civ.); que se contrajera el compromiso de conservar la finca retraída á lo menos dos años, á no ser que alguna desgracia hiciese venir á menos fortuna al retrayente y le obligase á la venta (Núm. 4.^o, art. 1.618 L. de Enj. civ.), de cuyo compromiso, luego que sea firme la sentencia que declarara haber lugar al retracto, ó si el comprador se allanase á la demanda del mismo, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, expidiéndose al efecto mandamiento por duplicado al Registrador. (Art. 1.628 L. de Enjuiciamiento civ.) El comprador que haya sido vencido en el juicio de retracto ó reconocido el derecho del retrayente, podía, en cualquier tiempo, librar á éste del compromiso de no enajenar en el plazo indicado de los dos años y en dicho supuesto, ó pasado el referido plazo, se podría proceder á cancelar la anotación, hecha en el Registro de la Propiedad, del compromiso contraído por el retrayente. (Arts. 1.629 y 1.630 L. de Enj. civ.) La enajenación que se hiciese antes del vencimiento de los respectivos plazos sin la conformidad del comprador vencido ó allanado, sería nula, quedando también sin efecto el retracto si dicho comprador lo solicitase. (Art. 1.630, L. de Enj. civ.)

(1) L. 9.^a, tít. 13, lib. x Nov. Rec.

(2) Por la L. 55, tít. 5.^o, Part. V; núm. 3.^o, regla 3.^a, Cap. VI, Tom. III.