

APENDICE

A LA LECCION OCTAVA.

CODIGO CIVIL.

LIBRO TERCERO.

TITULO DECIMO NOVENO.

DE LA PERMUTA.

Art. 3062. Cambio ó permuta es un contrato por el que se da una cosa por otra.

3063. Dándose cosa y dinero por otra cosa, será venta ó permuta, segun lo dispuesto en el artículo 2940.

3064. Si uno de los contratantes ha recibido la cosa que se le prometió en permuta, y acredita que no era propia del que la dió, no puede ser obligado á entregar la que él ofreció en cambio, y cumple con devolver la que recibió.

3065. El permutante que sufra evicción de la cosa que recibió en cambio, podrá revindicar la que dió, si se halla aún en poder del otro permutante, ó exigir su valor y los daños y perjuicios.

3066. Lo dispuesto en el artículo anterior no perjudica los derechos que á título oneroso haya adquirido un tercero sobre la cosa que reclama el que sufrió la evicción.

3067. Con excepcion de lo relativo al precio, son aplicables á este contrato las reglas del de compra-venta, en cuanto no se oponga á los artículos anteriores.

LECCION NOVENA.

DE LOS RETRACTOS.

Origen del retracto.

1. El derecho de retracto tuvo principio en el derecho divino positivo ó ley escrita de los hebreos, segun se echa de ver en el Levítico; en cuyo lib. cap. 25 v. 25 se dice: *Si tu hermano viniendo á menos, vendiere su corta heredad; puede su pariente, si quisiere, redimir lo que el otro habia vendido.* En la jurisprudencia romana tambien llegó á reconocerse este mismo derecho, pero duró por poco tiempo. Finalmente el derecho de retracto fué introducido en España por el Fuero Viejo de Castilla estando en las leyes 2ª, 3ª y 4ª del Tít. 1º Lib. 4º (1) estableci-

1. LEY 2 Tít. 1 lib. 4 del F. V.—De las vendidas, e de las compras.

Ninguna eredit non se deve vender de noche, nin de dia a puertas cerradas. El la vendida, que ansi fuer fecha non puede toller suo derecho al pariente, o a quien pertenesce la eredit por raçon del patrimonio, o del avolengo, maguer quel cambio sea fecho.

3 Todo ome, que vende sua eredit, que ha de patrimonio, o de avolengo, e vinier otro suo pariente, e dis: yo me la quiero la eredit tanto por tanto,

das y reunidas todas las disposiciones principales que obran en la materia del retracto, cuyas disposiciones fueron trasladadas por el rey D. Alonso el Sábio á su Fuero Real en la ey 13 tít. 10 lib. 3 que es hoy la 1.^a tít. 13 lib. 10 de la N^ovísima. (2.)

Definicion y divisiones del retracto.

2. El retracto tomado generalmente, es un derecho que por ley, costumbre, ó pacto compete á alguno para anular alguna venta y tomar para sí por el mismo precio la cosa vendida á o-

que a mi pertenesce, si camino de pasada ouier dado el comprador, e pagados los dineros, non la puede auer el pariente; mas si camino nonouier dado el comprador, maguer carta aya fecha, e el comprador ouiese pagado a este a tal, e veniese el pariente mostrando el auer derecho, e contandolo delante testigos, deve auer la eredat, jurando que para sí quier la eredat, e non para otro ome ninguno: e si el pariente podier venir ante del camino a dar el camino, e los sueldos, puede auer la eredat.

4 Si un ome vende eredat a otro ome, e la venta fuer fecha en cementerio de Iglesia, que vala: mas si vinier algund pariente, e la demandare fasta nueve dias, dando lo que costó, puedela auer por la pasada, que non puede auer el cementerio, nin la Iglesia.

2 LEY 1 Tit 13 lib. 10 N. R.—Ley 13 tit 10 lib. 3 del Fuero Real.—Modo de retraer la heredad vendida de patrimonio ó abolengo.

Todo hombre que heredad de patrimonio ó abolengo quisiere vender, y alguno de aquel abolengo la quisiere comprar tanto por tanto, háyala él ántes que otro alguno, y si dos ó mas la quisieren, si son en igual grado de parentesco, partanlo entre sí; y si no fueren en igual grado háyala el mas propinquo: mas si antes que la heredad fuere vendida, no viniere el mas propinquo á la retraer, y despues que fuere vendida, hasta nueve dias viniere, si diere el precio por que es vendida la heredad, háyala: y si el pariente mas propinquo no la quisiere demandar otro pariente no la pueda demandar: y si el mas propinquo no fuere en el lugar, puedala demandar otro de su linage: mas si la quisiere por otra heredad trocar no le pueda ningun pariente contradecir: y aquel pariente que quiere la heredad que es á otro vendida, dé el precio que costó y jure que la quiere para sí, y que no lo hace por otro engaño. (ley 7 tít. 11 lib, 5 R.)

tro. Las especies principales de retractos son dos; una del que se llama de consanguinidad, conocido con los nombres de *gentilicio* y de *patrimonio ó abolengo*; y otra del llamado de *sociedad ó comunión*; éste último se divide en varias clases, segun que pertenece al sócio, comunero ó participe en el dominio de alguna cosa, al Sr. del dominio directo al superficiario ó al enfiteuta.

3. No debe confundirse el derecho de tanteo con el de retracto; pues aquel es el derecho que tienen ciertas personas de ser preferidas á otras para comprar la cosa por el tanto antes de consumarse la venta, esto es, al tiempo de celebrarse el contrato, y el retracto tiene lugar despues de efectuada la venta.

Del retracto gentilicio, y de las personas á quienes, y contra quienes compete.

4. El retracto gentilicio se define, un derecho que compete á los mas próximos parientes del vendedor dentro del cuarto grado para redimir los bienes inmuebles de su patrimonio ó abolengo ofreciendo al comprador el mismo precio por que él los habia comprado. Compete éste retracto á los hijos, nietos y parientes legítimos por su orden dentro del cuarto grado del dueño de los bienes que se venden sin distincion de agnacion, cognacion, sexo ni edad.

5. Por los menores pueden usar del derecho de retracto sus tutores ó curadores; y por los ausentes sus apoderados con poder que contenga esta especialidad, y no de otra suerte. [v. N. 13 Lec. 22 Curso 1^o] Tambien tienen facultad para retraer los hijos naturales, pues la disposicion legal apoyada en el derecho natural, en la sangre y en la equidad, los comprende.

6. De ninguna manera compete el retracto á los espúreos, incestuosos y de dañado y punible ayuntamiento, por que como no son consanguíneos ciertos, no se reputan por tales, ni por persona de la familia de los que dicen ser sus ascendientes. Igualmente puede usar del derecho de retracto el hijo ó descendiente desheredado legítimamente, pues por la desheredacion no pierde el derecho de la sangre, en virtud del cual le compete el retracto. Lo mismo ha de decirse del hijo que renunció la herencia de su padre con juramento.

7. Los parientes que pueden retraer no pueden ceder á otros este derecho, que es intrasmisible y personalísimo; por lo cual será nula la cesion que de él haga á un extraño el consanguíneo del vendedor, pero valdrá la que se haga á pariente dentro del cuarto grado sin perjuicio del mas cercano.

8. Si dos parientes de un mismo grado quieren retraer la cosa deben dividirla; y siendo de diversos grados, pertenece al mas propinquo. Hallándose imposibilitado de retraer el pariente mas cercano, ó estando ausente, ó no queriendo hacerlo, podrá usar del derecho el siguiente en grado, dentro del término en que podría haberlo verificado el primero. (3.) Mas no podrá retraer una finca aquel que habiéndolo sido requerido para ello, contestó que no la quería; pues perdió su derecho y la adquiere el pariente mas inmediato en grado.

9. Vendiéndose la finca á un pariente no puede retraerla otro mas cercano segun D. Sancho Llamas por cuanto el derecho de retracto es odioso y debe restringirse; y tambien porque no sale de la familia que fué el fin porque se estableció. (*)

3 LEY 7 Tit 13 lib 10 N. R.—Ley 73 de Toro.—Derecho del pariente inmediato a retraer la cosa vendida, quando el mas propinquo no quiera sacarla.

Quando el pariente mas propinquo no quisiere ó no pudiere sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinquo siguiente en grado la pueda sacar; y así vayan de grado en grado por todos los parientes dentro del quarto grado, con tanto que sea dentro de los dichos nueve dias, y con las otras diligencias contenidas en la dicha ley del Fuero y ordenamiento. [ley 12 tit. 11 lib. 5 R.]

* D. Sancho Llamas comentario á la ley 70 de Toro

86. Tercera duda: si cuando la cosa se vende á un pariente en grado mas remoto en la linea de padre ó abuelo, podrá retraerla otro de grado mas próximo como por ejemplo, si un hijo del testador vendió á un nieto del mismo por otra linea la finca que heredó de su padre, podrá usar del retracto contra dicho nieto otro hijo del mismo del testador.

87. Antonio Gomez en el numero 13 Albornoz al folio 120, col. 4 de los lugares citados; y Matienzo en la ley 7, glosa 5, números 8 y 12, Gutierrez en el libro 2 de las cuestiones civiles, cuestion 150, y el padre Molina en el Tratado 2, disputacion 370, se proponen y resuelven la presente duda afirmando que tiene lugar el retracto contra el pariente del grado mas remoto. Aunque sea de consideracion la autoridad de estos escritores, la prudencia dicta que debe darse la preferencia al peso de la razon antes que

10. La proximidad del parentesco para retraer debe considerarse con relacion al vendedor, y el hijo de éste debe ser preferido al hermano. La computacion de los grados en los retractos debe ser civil, ya porque se trata de un negocio puramente temporal, ya por que de éste modo queda mas restringido el derecho de retraer.

al de la autoridad. Gomez principalmente se funda en que no puede el vendedor privar al pariente mas cercano del derecho que la ley le concede. Matienzo alega varias razones de congruencia, que directamente no son adaptables á la materia. Albornoz funda su opinion en que en esto se diferencia el retracto de sangre del de comunion. Gutierrez repite lo que han dicho los demás, y lo que añade no es de importancia. El padre Molina observa oportunamente que por la ley del Fuero se concede el derecho de retracto al pariente mas inmediato, de forma que si este no usa de él no puedan ser admitidos los de grado mas remoto, de que infiere que la intencion de la ley no fué de que la heredad no saliese de la familia del primer poseedor, sino que viniese al mas propinquo, siendo de estrañar que saque esta ilacion despues de reconocer que por la ley 7 del libro 10, tit 13 de la Novisima, se derogó la ley del Fuero en esta parte y se concedió á todos los parientes dentro del cuarto grado el derecho del retracto, aunque prefiriendo los mas próximos á los otros.

88. Sin embargo de que la opinion de estos autores está recibida como la mas comun, la contraria á mi parecer tiene á su favor el peso de la razon. Es innegable que el derecho de retracto es odioso, contrario y restrictivo de la libertad natural que compete al vendedor para enagenar sus bienes en quien le parezca, como así lo declara en términos espresos, hablando del retracto de sangre, la ley 14, C. de *contrahenda emptione*, graduando de injuria la que se hace al vendedor en limitar la libertad de vender. Así lo reconoce Gomez en el núm. 1, donde acumula muchas leyes al intento, y tambien lo confiesa Matienzo en la glosa 13 de la ley 8, número 1, donde afirma que con tanto rigor se debe observar la letra de la ley, que no es permitido separarse de sus palabras, ni lo ancho de una uña. Del mismo dictámen es Gutierrez en la cuestion de 145 del libro 2 de las civiles, núm. 2, donde confiesa que las leyes que hablan del retracto son exorbitantes y odiosas, y deben restringirse por que son derogatorias del derecho comun. Esta es una verdad tan manifiesta que no admite la menor duda en contrario, pues siempre que por la concesion hecha á un cuerpo ó particular se priva al comun de los individuos de la facultad que ántes les competia por la ley, semejante concesion es odiosa y de rigorosa observancia para no darla la menor estension sobre aquello que espresan las palabras de la ley, á diferencia de aquellas otras concesiones que son favorables á las personas á quienes se dispensan y no privan, limitan, ni

Bienes sobre que se versa el retracto gentilicio.

11. Los bienes son objeto del retracto gentilicio, son los

restringen del derecho, que compete á los demás, como sucede en el privilegio concedido á las mujeres para que no puedan obligarse por agenos débitos.

89. Si pues el derecho de retracto es odioso por ser restrictivo de la libertad de enagenar, y de consiguiente es de rigorosa y literal observancia para no darle mayor estension que la que la ley le concede, no habiendo ninguna entre nuestras leyes reales que especifique caso en que dé retracto contra el pariente del vendedor que haya comprado la heredad de patrimonio ó abolengo, y antes bien por el contrario tratando la ley 8, que es declaratoria de la del Fuero, de resolver la duda acerca de quien deberá ser preferido en el retracto activo, el hermano del vendedor, ó el hijo del mismo respecto de la heredad que habia sido de su abuelo, supone que dicha heredad se habia vendido á un extraño; sin duda para dar á entender que en otro caso no habia lugar al retracto, y aun añade mas, pues exige por condicion que el hermano y el hijo del vendedor ambos han de concurrir á un tiempo á pedir la espresada heredad, con lo que claramente quiso manifestar que en el caso que cualquiera de los dos se anticipase á comprarla, cesaba la duda de la preferencia que la ley concede al hijo del vendedor respecto de su tío; luego es á todas luces claro que la facultad que se concede por las leyes al pariente para que pueda sacar por el tanto del comprador extraño la heredad de patrimonio ó abolengo, no se debe estender al caso de que el comprador no es extraño sino pariente del mismo vendedor.

90. Se aumenta la probabilidad de esta opinion si se atiende á la causa inductiva del retracto, que en el dia es que la heredad del patrimonio ó abolengo no salga de la familia del que primero la adquirió pasando al dominio de un extraño, cuya causa cesa cuando se hace la venta á uno de la misma familia, y cesando la razon de la ley es consiguiente que cese tambien su disposicion.

91. Es una comprobacion de esta verdad lo que sucede en el retracto de la cosa comun. La causa de concederse á los comuneros el retracto ó preferencia en el caso de que se venda por uno de ellos la parte que le corresponde en la cosa comun, fué el disminuir el número de partes que se habia

raíces que estuvieron en el patrimonio ó abolengo del que ven-

de hacer de la cosa comun, si llegaba á dividirse y como se logra este fin cuando un comunero vende á otro la parte que le pertenece ninguno de los comuneros ó consocios tiene derecho á usar del retracto ó pretender la preferencia en la venta como lo confiesa Gregorio Lopez en la glosa 5, de la ley 55, tit. 5, Partida 5, espresando que aunque el consocio á quien se ha hecho, la venta tenga solamente una milésima parte en la cosa comun no puede pretender ser preferido el que tenga mayor porcion. Lo mismo repite Matienzo en el número 10, glosa 3, de la ley 13 del titulo ya citado. E igualmente lo reconoce Albornoz al fol. 120, columna 4, dando por razon que á los comuneros, no se les concede el retracto sino cuando la parte de la cosa comun se vende á un extraño, pero se equivoca en creer que la razon de la ley es la que dice, pues esa es la resolusion y no la causa ó razon de ella, que como dejó manifestado, es la de disminuir el número de las partes de la cosa comun, y de consiguiente el de los comuneros, y como cuando uno de ellos vende á otro su parte se consigne el fin que se habia propuesto la ley en su resolusion, cesa esta que se dirigia á dar preferencia al comunero respecto de la venta que hacia el consocio de su parte á un extraño; luego por paridad de razon debe decirse lo mismo en el caso de la disputa, pues siendo la causa de concederse á los parientes el retracto de sangre en la venta de la heredad de patrimonio ó abolengo, el que esta no salga de la familia, consiguiéndose este fin cuando la venta se hace á uno de los parientes de la misma familia dentro del cuarto grado, debe cesar la disposicion de la ley.

92. Nada le aprovecha para su intento al P. Molina la observacion que hace de que por la ley del Fuero se conceda el retracto únicamente al pariente mas inmediato, sin estenderlo á los demás de la familia, aun cuando el mas próximo no quisiese usar de él, porque por la ley 12 del mismo titulo, que es la 73 de Toro, se derogó la disposicion de la ley del Fuero en esta parte, y se estendió el derecho activo de retracto á todos los parientes dentro del cuarto grado, guardando entre sí el orden de preferencia con respecto á su mayor proximidad al abuelo ó padre que primero adquirió la cosa.

93. Como por la ley del Fuero era el derecho del retracto privativo y peculiar del pariente mas inmediato, quedaban los de grado mas remoto en la clase y concepto de extraños, como que á ellos no alcanzaba el beneficio de la ley, y de consiguiente estaban sujetos como otro cualquiera extraño á sufrir el retracto pasivo, si el pariente mas próximo queria usar del de su privilegio; pero despues que la ley de Toro derogó la disposicion de la del Fuero, y estendió el retracto activo á todos los parientes dentro del cuarto grado distinguiéndolos y diferenciándolos de los extraños, se presume que tambien los distinguió y diferenció de los mismos en cuanto á eximirlos de sufrir el retracto pasivo, pues habiéndolos reputado por de la familia por el hecho de haberles concedido el retracto activo, se inferia por una consecuencia necesaria que los habia eximido del retracto pasivo, porque de lo con-

de y retrae, esto es, que pertenecieron ó bien á sus padres, ó

trario se incurriría en cierta inconsecuencia ó contradicción, cual sería que habiendo reputado ó declarado por de la familia á los parientes de grado mas remoto por el hecho de haberles concedido el retracto activo, permitiese contra los mismos el retracto pasivo para evitar que la heredad saliese de la familia adquiriéndola ellos.

94. Es digno de notarse que siendo nuestros comentadores tan propensos á hacer uso de las disposiciones de las leyes romanas, que no pocas veces por observarlas violentan la letra y espíritu de las leyes patrias, se hayan olvidado de aplicar á la decisión de la presente duda lo dispuesto en el párrafo 15 y siguientes de la ley 114 ff. *de legatis* 1, donde hablando el jurisculto Marciano del caso en que un testador dejó en fideicomiso á un hijo, de quien tenía tres nietos, una heredad con la condicion de que no la enagenase para que se conservase en la familia pasando á especificar algunos casos en que el heredero cumplía con la voluntad del testador, dice expresamente que cumpliría con la condicion impuesta de conservarla en la familia si se la dejaba á uno de los nietos. Aun se explica, si cabe, con mas claridad en este punto el jurisculto Papiniano en el párrafo 2 de la ley 67, ff. *de legatis* 2, en donde hablando de igual caso en que quedasen tres de la familia del testador, fueran del mismo grado ó diferente, dice bastaba el que la heredad fideicomisaria se dejase á uno de los tres, dando por razon que despues de haber cumplido en esta parte con la voluntad del testador, falta en los demás la condicion con que habian sido llamados.

95. Si el heredero á quien se deja un fideicomiso para que lo conserve en la familia cumple con la voluntad del testador si lo deja á uno de ella, aunque no sea mas inmediato, cómo dirigiéndose el derecho de retracto á impedir que la heredad de patrimonio ó abolengo salga y se conserve en la familia, ha de poder el pariente mas inmediato sacarla y retraerla de uno de la misma familia, aunque en grado mas remoto, á quien la vendió el heredero en uso de la libertad natural que el derecho le concede?

96. No pudiéndose desentender Matienzo de las leyes civiles ya citadas, y de otras que intenta traer al asunto, procura conciliarlas diciendo en el número 15 que cuando la condicion del fideicomiso es para que se conserve en la familia dejándolo á uno de ella como sucede en el caso de la ley 67 arriba citada, tendrá facultad el heredero para elegir al que le parezca de la familia, aunque no sea de grado mas próximo; pero si el fideicomiso se ha dejado pura y simplemente á la familia ó para la familia sin especificar que se diese á uno de los individuos de ella, entonces afirma que el heredero no podrá elegir al de grado mas remoto, con exclusion de los mas próximos, y si lo eligen serán admitidos los mas inmediatos revocándose la enagenacion hecha en el mas remoto, y cita en comprobacion la ley 32 párrafo *in fideicomiso* ff. *de legatis* 2.

97. Aunque esta distincion de Matienzo sea cierta y fundada en principios legales, nada le aprovecha para libertarse del argumento que ofrece el párrafo 15 de la citada ley 114. En ella se deja el fideicomiso al here-

dero con la expresa prohibicion de enagenarlo para que se conserve con el derecho de retracto por el cual se prohíbe al heredero la irrevocable enagenacion de la heredad de abolengo ó patrimonio para que se conserve en la familia. Ahora pues, ó el espresado caso de que habla la ley 114, equivale ó es lo mismo que si hubiera dejado el fideicomiso el heredero para que lo diese á uno de la familia ó deba reputarse como si general y simplemente lo hubiera dejado á la familia ó para la familia. Si elige el primer extremo, tan lejos está de aprovechar á Matienzo la distincion de que se vale, que antes bien le es contraria á su intento, pues tendrá que confesar que el heredero en el referido caso de la ley 114 podría elegir al que le parezca de la familia para que suceda en el fideicomiso como lo reconoce Matienzo en el caso de la ley 67 en que se dejó el fideicomiso, al heredero á fin de que eligiese uno de la familia. Si abraza el segundo extremo de la distincion, choca directamente con la resolucion de la precitada ley 114, pues en el párrafo 18 de la misma se declara que si el heredero en el caso indicado instituyó únicamente á uno de los tres nietos que dejó el testador, los dos restantes que han sido desheredados nada podrán pedir mientras que el fideicomiso se conserve en la familia en la persona del nieto instituido, con lo que se manifiesta con la mayor claridad que el heredero en el mencionado caso tuvo facultad de elegir al que le pareció de la familia para suceder en el fideicomiso y de consiguiente se infiere contra la distincion de Matienzo que aun cuando el fideicomiso se deja pura y simplemente á la familia ó para la familia, tiene el heredero libertad de elegir al que quiera de ella para que le suceda.

98. Despues de haber establecido Gomez la opinion que acabo de refutar infiere como por la legitima consecuencia que el pariente de grado mas próximo tendrá derecho de retracto para poder sacar á prorrata una parte de la heredad de abolengo ó patrimonio que se halla vendido á otro pariente del mismo, é igual grado que el suyo y así afirma lo aconsejó en un caso que le consultaron. No es fácil de comprender como del antecedente de que un pariente de grado mas próximo tenga derecho de retracto contra otro de grado mas remoto pueda inferirse que se haya de decir lo mismo cuando varios parientes se hallan en igual grado.

99. Si despues de haber probado Gomez que se daba retracto pasivo contra el pariente de grado igual, infiriera que lo mismo debia decirse cuando era de grado mas remoto, la consecuencia seria legitima; pero inferir de modo inverso es faltar á las reglas de una buena lógica.

100. Albornoz al folio 120, col. 3 al fin, sigue la opinion de Gomez, como tambien Matienzo al número 18 y 19 de la glosa 5 de la ley 7, y Gutierrez en la cuestion 151 del lib. 2 de las civiles.

101. Como todas las razones de que me he valido para probar que no se da derecho de retracto al pariente mas próximo contra el mas remoto, obran aun mas eficazmente para persuadir que tampoco podrá darse derecho de retracto contra el pariente que está en igual grado que el que intenta retraer, es ocioso repetir las y solo añadiré que la ley 114, tantas veces citada, presenta un caso el mas análogo para el asunto, pues teniendo tres nietos el testador que estaba en igual grado, el heredero dejó el fideicomiso á uno de ellos, y expresa la ley que los otros dos no tenían facultad para reclamar la eleccion del heredero, á que se aumenta aquel principio legal de que en igualdad de causa es mejor la condicion del que posee.