

TITULO XIX

DE LOS RETRACTOS

Se entiende por *retracto* el derecho que compete á ciertas personas para quedarse por el tanto con la cosa vendida á otro. Este derecho nace de la ley ó del pacto, y de aquí la división de los retractos en *legales* y *convencionales*, que ha aceptado el Código civil, siguiendo las tradiciones de nuestro antiguo derecho, aunque con las reformas en el retracto legal que luego indicaremos. Sobre uno y otro retracto diremos lo necesario para el objeto del procedimiento, siguiendo el orden establecido en el cap. 6.º, título 4.º, lib. 4.º de dicho Código, que trata de la resolución de la venta, declarando en el primero de sus artículos, que es el 1506, que la venta se resuelve, entre otras causas, por el retracto convencional y por el legal.

Retracto convencional.—Según el art. 1507 del Código civil, tendrá lugar este retracto cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con la obligación precisa de reembolsar al comprador el precio de la venta, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo á que éste hubiere dado lugar, y los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, con lo demás que se hubiere pactado. En estas palabras está definido el contrato de venta con pacto de retro, llamado también á carta de gracia; por lo cual y por lo que se deduce de las disposiciones subsiguientes del mismo Código, sólo á este contrato se refiere el retracto convencional. Para ejercitarlo se concede el plazo de cuatro años, á no haberse pactado expresamente otro menor ó mayor, sin que pueda exceder de diez años, y como además está subordinado á las condiciones pactadas, tendrá que exigirse su cumplimiento por la vía ordinaria, sin que se le pueda aplicar el procedimiento especial establecido en el presente título.

Retracto legal.—Lo define el art. 1521 del Código civil, diciendo que «el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra ó dación en pago». Lo mismo era en nuestro derecho antiguo, el cual comprendía en esta clase el retracto gentilicio y el de comuneros.

El retracto *gentilicio*, llamado también de *abolengo* y de *sangre*, era el derecho que competía á los parientes del vendedor dentro de cuarto grado, y por el orden de mayor proximidad, para retraer los bienes raíces, procedentes de los abuelos comunes, que aquél hubiere enajenado á un extraño (1). Este retracto, que era el más importante por la frecuencia con que se ejercitaba y por las cuestiones á que daba lugar, ha sido suprimido por el Código civil, en beneficio de la libertad de contratación y del crédito territorial.

El de *comuneros*, llamado también de *comunidad* en la práctica antigua, es el que la ley concede á los condueños para retraer la parte de la cosa común que alguno de ellos haya vendido á un extraño (2). El Código civil conserva este retracto, como puede verse en su art. 1522, ampliándolo expresamente al caso, antes discutido, de que la enajenación se verifique por dación en pago, además de la venta, determinando las personas que pueden hacer uso de este derecho, y que si son dos ó más las que lo utilizan á la vez, se dividan la parte retraída á prorrata de la porción que tengan en la cosa común. En este retracto está comprendido el que solía llamarse de *superficie*, que es el que ahora, lo mismo que antes, se deriya de la enfiteusis, foros y otros contratos análogos á aquélla, y corresponde recíprocamente al dueño directo y al útil, siempre que vendan ó den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfiteútica. Respecto de este punto veáanse los arts. 1636 y siguientes y regla 6.ª del 1656 del Código civil (3).

(1) Leyes 1.ª á 7.ª, tit. 13, lib. 10 de la Nov. Recop.

(2) Ley 55, tit. 5.º, Part. 5.ª, y 8.ª y 9.ª, tit. 13, libro 10 de la Nov. Recop.

(3) El Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de Marzo de 1877, declaró que las acciones de minas ó de sociedades mineras no son susceptibles del

Este mismo Código ha establecido un nuevo retracto legal, el de los *colindantes*, no conocido en nuestro antiguo derecho, con el objeto de evitar en lo posible los inconvenientes de la división de la propiedad rústica en pequeñas porciones. Dice en su artículo 1523: «También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea.» En el mismo artículo se exceptúan las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas; y se declara que si dos ó más colindantes usan del retracto al mismo tiempo, será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida, y si las dos la tuvieren igual, el que primero lo solicite. Y en el artículo siguiente declara que el retracto de comuneros excluye el de colindantes.

Resulta, pues, que en el día sólo existen dos retractos legales, el de comuneros y el de colindantes. Ambos han de sustanciarse con los requisitos y por los trámites especiales ordenados en el presente título, correspondiendo su conocimiento á los jueces de primera instancia, cualquiera que sea la cuantía litigiosa, y siendo competente el del lugar en que esté situada la cosa que se pretenda retraer, ó el del domicilio del demandado, á elección del demandante, como se ordena en la regla 13 del art. 63, de conformidad con el art. 673 de la ley de 1855.

retracto de comuneros, porque se rigen para su transferencia y demás efectos por su legislación especial, en la cual no se halla establecido dicho retracto; porque según declaraciones del mismo Tribunal Supremo, tales acciones no tienen otro carácter legal que el de bienes muebles, y el retracto de comuneros, creado por la ley 75 de Toro, ó sea la 9.ª, tit. 13, lib. 10 de la Nov. Recop., se concreta y limita á los bienes inmuebles; porque, aunque tuvieran este carácter, cada acción es independiente y sin comunidad alguna entre ellas, y porque en cada sociedad industrial ó mercantil se crea una personalidad jurídica, distinta de los socios, los cuales no son dueños en común ó proindiviso, requisito indispensable para el retracto, sino que cada uno lo es de las acciones que le pertenecen.

En el comentario de los artículos respectivos diremos las modificaciones que en algunos de ellos ha introducido el Código civil; pero antes debemos examinar en este lugar una cuestión que es de aplicación general y que afecta al procedimiento.

¿Procede el retracto de comuneros respecto de las cosas muebles? La jurisprudencia del Tribunal Supremo resolvió esta cuestión en sentido negativo antes de publicarse el Código civil, como se consignó en la sentencia antes citada, fundándose principalmente en que la ley 75 de Toro, que creó dicho retracto, lo concretó al caso en que *alguno vendiese la parte de alguna heredad que tiene en común con otro*, y la palabra *heredad* se contrae incuestionablemente á bienes raíces. Pero dicha ley ha sido derogada por el Código, y es preciso resolver hoy la cuestión por lo que en éste se dispone. En su art. 1522, al establecer dicho retracto, se refiere á la *cosa común* que alguno de los condueños enajene á un extraño, y en la generalidad de la palabra *cosa* están comprendidos tanto los muebles como los inmuebles. Y en el art. 1524, al fijar el término para el retracto legal, aunque previene que se cuente desde la inscripción en el Registro, lo que sólo puede tener lugar respecto de los inmuebles, añade: «y en su defecto, desde que el retrayente hubiere tenido conocimiento de la venta»; de suerte que la inscripción en el Registro no es requisito esencial para este retracto, y puede aplicarse, por tanto, á los bienes muebles, que están comprendidos en la denominación genérica de *cosa común*. Si se hubiere querido limitarlo á los inmuebles, se habría dicho expresamente, como se dice en el de colindantes. Por estas consideraciones creemos que el Código ha derogado la ley y la jurisprudencia antes citadas, y que conforme á su precepto claro y terminante, el retracto de comuneros es aplicable á las cosas muebles, siempre que concurren los requisitos prevenidos en el art. 1522 de dicho Código. Sin duda alguna son mayores los inconvenientes de la comunidad de bienes proindiviso en los muebles que en los inmuebles, y por esto se habrá hecho extensivo á unos y otros el retracto de comuneros.

ARTÍCULO 1618

(Art. 1618 de la ley para Cuba y Puerto Rico.)

Para que pueda darse curso á las demandas de retracto, se requiere:

- 1.º Que se interponga dentro de nueve dias, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta.
- 2.º Que se consigne el precio si es conocido, ó si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea.
- 3.º Que se acompañe alguna justificacion, áun cuando no sea cumplida, del título en que se funde el retracto.
- 4.º Que se contraiga, si el retracto es gentilicio, el compromiso de conservar la finca retraida á lo menos dos años, á no ser que alguna desgracia hiciere venir á menos fortuna al retrayente y lo obligare á la venta.
- 5.º Que se comprometa el comunero á no vender la participacion del dominio que retraiga, durante cuatro años.
- 6.º Que se contraiga, si el retracto lo intenta el dueño del dominio directo ó el del útil, el compromiso de no separar ámbos dominios durante seis años.
- 7.º Que se acompañe copia, en papel comun, de la demanda y de los documentos que se presenten.

ARTÍCULO 1619

(Art. 1617 para Cuba y Puerto Rico.)

El que intentare el retracto, si no reside en el pueblo donde se haya otorgado la escritura que dé causa á él, tendrá para deducir la demanda, además de los nueve dias, uno por cada 30 kilómetros que distare de su residencia dicho pueblo.

ARTÍCULO 1620

(Art. 1618 para Cuba y Puerto Rico.)

Si la venta se hubiere ocultado con malicia, el término de los nueve dias no empezará á correr hasta el

siguiente al en que se acreditare que el retrayente ha tenido conocimiento de ella.

Para dicho efecto, se tendrá por maliciosa la ocultacion de la venta, cuando no se hubiere inscrito oportunamente en el Registro de la propiedad. En este caso se contará el término, desde la presentacion de la escritura de venta en el Registro.

Concuerdan casi literalmente con los artículos 674, 675 y 676 de la ley de 1855. En el primero se determinan los requisitos que han de contener las demandas de retracto para que pueda dárseles curso; requisitos que son esenciales, tanto, que la omisión de cualquiera de ellos obsta á la admisión de la demanda, y si se le hubiere dado curso, á pesar de la prohibición de la ley, deberá ser absolutorio el fallo definitivo, según la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sentencias de 23 de Mayo de 1861, 13 de Mayo de 1864, 12 de Mayo de 1883 y otras (1), y de acuerdo con la prevencion que contiene el art. 1618, al ordenar que no se dé curso á estas demandas si no contienen los requisitos que en él se determinan. Haremos á cada uno de ellos las observaciones que creemos

(1) La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Noviembre de 1894 establece con toda claridad esta doctrina en sus dos considerandos, que dicen así: «Considerando que son tan esenciales las condiciones que han de tener las demandas de retracto, consignadas en el art. 1618 de la ley de Enjuiciamiento civil, que si, careciendo de alguna ó algunas de las pertinentes el retracto que se entabla, el juez, con olvido de lo que terminantemente previene el citado artículo, diera curso á ella, la acción nunca podría prosperar, ya fuera que el demandado pidiera previamente la no admisión, ya solicitara en su escrito de contestación que por este vicio radical de la demanda se fallara en definitiva la improcedencia de la acción».—«Considerando que el retrayente no omitió el requisito 2.º del citado art. 1618, que como infringido cita el recurso en el motivo 2.º, pero si se olvidó del 5.º, que también invoca el recurso en el mismo motivo, porque no se comprometió, como era preciso, á no vender durante cuatro años el dominio del suelo que pretendia retraer; y al no haberlo hecho así, y haber la sentencia, á pesar de este vicio radical de la demanda, dado lugar al retracto, infringe el citado núm. 5.º del artículo 1618 y la jurisprudencia que se invoca en los motivos 2.º y 3.º del recurso.»

necesarias para su recta aplicación, siguiendo el orden establecido en el mismo art. 1618.

Al 1.º—Según él, ha de interponerse la demanda dentro de nueve días, contados desde el otorgamiento de la escritura, término que siempre se ha considerado fatal é improrrogable, como lo es realmente, conforme al núm. 10 del art. 310, por la prevención expresa de que no se dé curso á la demanda que se interponga después de los nueve días. También las leyes de Toro (1.ª y 2.ª, título 13, libro 10, Novísima Recopilación) fijaron el mismo término de nueve días con el carácter de improrrogable y mandando que corriese contra los ausentes, impedidos y menores. Los expositores promovieron dudas sobre desde cuándo y en qué forma debían contarse los nueve días, y con el laudable propósito de poner fin á esas contiendas, se ordenó en la ley de Enjuiciamiento civil que se contasen desde el otorgamiento de la escritura de venta; dato seguro é indiscutible, cuando se otorgue escritura, pero de esta formalidad pueden prescindir los interesados cuando así les convenga, sin que por esto deje de perfeccionarse y consumarse la venta como contrato consensual, defraudando así el derecho del retrayente.

No podían desconocer los autores de la ley, que por ése y otros medios podía ocultarse la venta maliciosamente con el objeto de impedir el retracto, y para evitar este fraude, se ordenó en el artículo 676 de la ley anterior y se ha reproducido en el párrafo 1.º del 1620 de la actual, que «si la venta se hubiese ocultado con malicia, el término de los nueve días no empezará á correr hasta el siguiente al en que se acreditare que el retrayente ha tenido conocimiento de ella»; añadiéndose ahora, para evitar cuestiones sobre este punto, que «para dicho efecto, se tendrá por maliciosa la ocultación de la venta, cuando no se hubiere inscrito oportunamente en el Registro de la propiedad, en cuyo caso se contará el término desde la presentación de la escritura de venta en el registro».

Estas mismas previsiones de la ley dieron lugar á nuevas contiendas judiciales, ya sobre cuándo debía considerarse maliciosa la ocultación de la venta, ya sobre la inteligencia del adverbio *opor-*

tunamente respecto á la inscripción en el Registro; cuestiones que resolvió el Tribunal Supremo en el sentido de que, siendo de puro hecho, correspondía su apreciación al tribunal sentenciador, como puede verse en las sentencias de 27 de Abril de 1876, 30 de Marzo de 1878, 4 de Mayo de 1885, 12 de Julio y 10 de Noviembre de 1886, 18 de Junio de 1890 y otras.

También se suscitó cuestión sobre si, para utilizar el retracto legal, sería indispensable que precediera el otorgamiento de la escritura de venta, puesto que desde su fecha había de contarse el término de los nueve días. Esta cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en el sentido de que procede el retracto si comprador y vendedor realizaron la compraventa con la entrega de la cosa y del precio, sin perjuicio de formalizar más adelante la escritura pública, puesto que ésta no es necesaria para la existencia de dicho contrato, y porque al ordenar la ley que el término de los nueve días se cuente desde el otorgamiento de la escritura de venta, no puede menos de referirse al caso en que ésta se haya otorgado; pero no exige la existencia de la escritura para que nazca el derecho del retrayente, ni menos prohíbe que pueda presentarse la demanda antes de otorgarse la escritura, siempre que, perfecta la venta, hubiese llegado á conocimiento del retrayente. (*Sentencias de 11 de Octubre de 1883, 11 de Julio de 1885, 12 de Mayo de 1887 y otras.*)

No nos extendemos más sobre esta materia, porque las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil que estamos examinando, y la jurisprudencia que las explica, han sido modificadas por el Código civil. La Comisión codificadora que lo redactó, con conocimiento de las dudas y cuestiones á que aquellas disposiciones se prestaban, procuró buscar otra fórmula más clara y concreta, y que comprendiera todos los casos, y por último, se adoptó la consignada en el art. 1524 de dicho Código, que dice así: «No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días, contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiere tenido conocimiento de la venta.» No dice más el Código sobre dicho punto, y á esta disposición es preciso atender hoy, considerando derogadas y sustituidas por ella

las del núm. 1.º del art. 1618 y las del 1619 y 1620 de la ley. Conviene analizar dicha disposición del Código.

Se refiere expresamente al *retracto legal*, para que no se entienda aplicable al convencional, que se rige por otro procedimiento, como ya se ha dicho. Acepta y establece para interponer el retracto el término de nueve días de la ley procesal y que venía rigiendo desde la ley de Toro; pero contándolo, no desde el otorgamiento de la escritura de venta, sino desde *su inscripción en el Registro*, en razón á que, por ser éste público, está al alcance de todos el conocimiento de ese hecho, sin que se preste á la ocultación maliciosa, que es tan fácil en el otorgamiento de la escritura, y porque lo que no resulta del Registro no perjudica á tercero. Pero como dicha inscripción es voluntaria y limitada á los inmuebles, puede suceder que, con malicia ó sin ella, no se presente la escritura en el Registro, ó que no proceda la inscripción por ser mueble la cosa común vendida, ó que estando consumada la venta con la entrega de la cosa y el pago del precio, convengan comprador y vendedor en no otorgar escritura para eludir el retracto ó con otros fines. Para todos estos casos, añade dicho artículo del Código, que *en su defecto*, esto es, en defecto de la inscripción en el Registro, ya por voluntad de los interesados, ya porque sea improcedente, se contarán los nueve días *desde que el retrayente hubiere tenido conocimiento de la venta*, cualquiera que sea la fecha en que ésta se hubiere realizado.

La ley no establece, ni podía establecer, presunción ni regla alguna para determinar desde cuándo tuvo conocimiento de la venta el retrayente; es un hecho, sujeto á prueba como todos los hechos. El retrayente lo consignará en su demanda para demostrar que interpone el retracto dentro del término legal, y si lo impugna el demandado, se recibirán las pruebas que sobre ello presenten una y otra parte, y el tribunal sentenciador las apreciará para dictar su fallo. Y lo mismo si se suscitare cuestión sobre la existencia de la venta, ó sobre cualquier otro hecho que sirva de base y fundamento al retracto.

Pero téngase presente que dicho art. 1524 del Código no es aplicable al retracto que, según el 1636, recíprocamente correspon-

de al dueño directo y al útil, siempre que vendan ó den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfiteútica, pues este retracto se rige por sus disposiciones especiales. Cuando el que trate de enajenar su dominio dé al otro condeño el aviso que previene el art. 1637 de dicho Código para que pueda hacer uso del derecho de tanteo, si el condeño no hace uso de este derecho, y se realiza la enajenación á un extraño, podrá utilizar el de retracto, dentro de los nueve días siguientes al del otorgamiento de la escritura; y si ésta se ocultare, se contará dicho término desde la inscripción de la misma en el Registro de la propiedad. Si se hubiere realizado la enajenación sin dicho aviso previo para el tanteo, puede ejercitarse la acción de retracto en todo tiempo hasta que transcurra un año, contado desde que la enajenación se inscriba en el Registro de la propiedad. Y cuando sea judicial la venta, los nueve días para el retracto se contarán desde el siguiente al del otorgamiento de la escritura. Así lo disponen los arts. 1638, 1639 y 1640 del mismo Código.

Indicaremos, por último, que aunque el Código civil ha fijado el término para el retracto, nos parece indudable que debe seguir teniendo el carácter de término judicial que se le ha dado hasta ahora, por hallarse establecido para la interposición de una demanda, y por las demás razones que expusimos al examinar esta cuestión en las págs. 586 y siguientes del tomo 1.º Por consiguiente, se descontarán los días inhábiles para actuaciones judiciales como lo previene el art. 1640 del mismo Código para el caso á que se refiere, y no hay razón para no aplicarlo en los demás análogos. Y creemos también que hoy no debe concederse al retrayente ausente la prórroga de un día por cada 30 kilómetros de distancia, que le concedía el art. 1619 de la ley, porque el Código no la concede, y porque habiendo fijado este otro punto de partida para contar el término de los nueve días, no puede ya tener aplicación al caso el otorgamiento de la escritura á que dicho artículo se refiere.

Al 2.º—Como el retrayente sustituye al comprador en todos sus derechos y obligaciones, ahora, lo mismo que antes, le impone la ley, como requisito esencial para que se dé curso á la demanda,