

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

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

38 La II. cosa que queremos advertir, es á qué grado llega en cada contrato la obligacion de los contrayentes. Para ello conviene saber ántes, que son cinco las cosas de cuya prestacion puede dudarse, *l. 14. tit. 33. P. 7.*, y son, dolo, culpa lata, leve, levisima y caso fortuito ú ocasion que sucede por aventura, que no se puede precaver. Dolo, al que las leyes de la Partida llaman engaño, es *Maquinacion que se hace para enganar á otro.* Culpa, *Hecho con que se daña á otro sin razon; pero sin intencion de dañarle.* Y caso fortuito, *Aventura que no puede precaverse.* De la culpa hay tres especies, lata, leve y levisima. La lata es como grande y manifiesta culpa ó necesidad, que es seme-

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

TÍTULO XI.

DE LOS RETRACTOS.

Tít. 43. lib. 40. de la Nov. Rec.

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

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

4 El asunto de este título, como perteneciente á compras y ventas, podia muy bien haberse incluido en el antecedente; pero la grande estension de aquel, y las muchas útiles cuestiones que se ofrecen con frecuencia en los tribunales sobre retractos, nos han hecho creer ser mas conveniente tratar de ellos en título separado. Retracto en general es *Redencion ó nueva compra de la cosa que se habia vendido, por el mismo precio que se vendió, hecha por alguno á quien esto se ha concedido por ley, costumbre ó pacto.* Son varias sus especies; pero el mas famoso y frecuente en nuestra España es el que suele llamarse *legítimo, gentilicio ó de sangre*, ó con mas frecuencia, *de abolengo*, á causa de concederle la ley por razon de la sangre ó parentesco. Su origen es antiquísimo y muy recomendable; pues ya estuvo en observancia en la ley de Moises, como se lee en el *Levítico, cap. 25. vers. 23. : Si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, et voluerit propinquus ejus, potest redimere quod ille vendiderat.* Los romanos le recibieron tambien, aunque

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

2 Se puede definir el derecho de este retracto diciendo ser *Derecho que compete á los mas próximos parientes del vendedor, constituidos dentro del cuarto grado, para redimir los bienes raíces de sus abuelos ó padres, ofreciendo al comprador el mismo precio por el que les habia comprado.* La razon de su introduccion es socorrer á la grande aficion que todos tenemos á las posesiones de nuestros antepasados, de la cual refiere considerables testimonios Manuel González (1). Nuestras leyes han atendido tanto á esta aficion, que han establecido varias reglas en su razon. Ante todas cosas debe tenerse presente, que han concedido este derecho á los parientes dentro del cuarto grado del vendedor, que vendió á un extraño las posesiones de sus abuelos ó padres, *l. 1. tit. 13. lib. 10. de la Nov. Rec.* Pero adviértase, que solo compete á aquellos parientes que descenden del ascendiente de quien se deriva la cosa vendida, *d. l. 1.* que dice, *y alguno de aquel abolengo la quisiere.*

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

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

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

X
 4 Antiguamente en el derecho de retraer no tenia lugar lo que los romanos llamaron edicto sucesorio, esto es, no queriendo retraer el pariente mas próximo, quedaba salva la venta, sin pasar el derecho al siguiente en grado, si no es que el mas próximo estuviese ausente del lugar del contrato, como lo dispuso la *ley del Fuero*, transcrita en la *d. l. 1. tit. 13.* Pero despues se corrigió esto por la *ley 7. tit. 13. (73. de Toro)* mandando, que no queriendo, ó no pudiendo retraer el pariente mas cercano, lo pudiese hacer el siguiente en grado hasta el cuarto. En el contar los grados juzgan comunmente nuestros autores que debe seguirse la computacion civil; porque la canónica solo se sigue en las causas de matrimonio, Azevedo en *d. l. 7. n. 6.* Matienzo en *d. l. 1. glos. 5. n. 7.* Pero Parlador. en la *diferencia* 109. §. 3. n. 14. y siguientes defiende con argumentos de tanto peso la contraria opinion, que nos parece muy probable. Si el mas próximo pariente está presente cuando se hace la venta á un extraño y cállá, no se entiende por eso que renuncia el derecho de retraer, como lo prueba Gómez en *d. l. 73. de Toro n. 20.*

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

(1) L. 128. de div. reg. jur. (2) L. 126. eod.

vendedor, *l. 2. tit. 13.* que dice, *Otro pariente propincuo del vendedor*. De ahí es, que si el hijo y el hermano del vendedor disputan para retraer una cosa, que ya fué del padre del vendedor, debe ser preferido el hijo, *d. l. 2.* Y de que la ley llame al mas próximo, no hemos de inferir que quiso escluir la representacion, Molin. *de Hispan. primog. lib. 3. cap. 8. n. 11.*, como en las sucesiones intestadas, que tambien se conceden á los mas próximos, no está escludida, y tiene lugar en la línea recta *in infinitum*, como suele decirse; y en la transversa hasta los hijos de los hermanos inclusive, segun dijimos en el *lib. 2. tit. 8. nn. 3. y 7.* Cuya doctrina aprobada allí por nuestras leyes, debe admitirse aquí en *d. l. 4.*, porque los derechos del retracto en admitir los parientes mas próximos, están conformes con los de las sucesiones intestadas, como lo advierte Azevedo en *d. l. 7. n. 4.*, Hermosil. en la *ley 55. tit. 5. P. 5. glos. 8. n. 56.* y otros. Dijimos en admitir los parientes mas próximos, porque en lo demas no lo están enteramente: á lo ménos no lo estaban ántes en que el derecho á la sucesion intestada llegaba hasta el grado décimo.

X
 6 Si concurrieren á retraer dos ó mas parientes de igual grado, todos serán admitidos, y se partirán la cosa, *d. l. 1. tit. 13.* si no es que la cosa fuese indivisible, en cuyo caso habria lugar á la licitacion, y se la llevaria el que ofreciese mas, Azev. en *d. l. 1. nn. 50. y 51.* Y si uno solo acudiere á retraer, se la llevará toda, aunque sea divisible, sin que se le precise á requerir á los otros, si la quieren tambien, ni dar en su razon fiador alguno. Pero si los demas vinieren despues del retracto dentro del término legítimo, serán admitidos, y sacará cada uno su parte al que retrajo, como lo prueba el mismo Azevedo en *d. l. 1. n. 46. y siguientes*. No es contraria esta sentencia á la que hemos abrazado arriba *n. 3. vers. Respetamos*; porque en aquella venta no estuvo la cosa sujeta á los derechos del retracto, y en esta quedó sujeta, y estándolo á ninguno se le puede quitar.

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

traño una cosa de nuestro abolengo, concurrimos los dos hermanos á retraerla; no tendré yo preferencia alguna. Nos mueve á pensar así la razon inductiva del retracto, manifestada arriba *nn. 1. y 2.*, que concurre con igualdad entre nosotros dos, como lo observará cualquiera que lo considere. No nos embaraza la única razon, por la que Hermosilla en *d. glos. 8. n. 58.* y Matienzo en *d. l. 1. glos. 4. n. 3.* con otros defienden lo contrario, de que los derechos de retraer se gobiernan por los de la sucesion intestada; porque segun hemos indicado al *n. 5.* engaña alguna vez. Y en lo que tratamos, no puede tener lugar, por ser muy diferente en un caso y otro la consideracion que nos precisa á seguir nuestra opinion. En la sucesion intestada de Pedro seria yo preferido á Juan, porque sus bienes se considerarian como que eran de él, sin respeto alguno de si venian ó no de su padre; y de él soy yo mas estrechamente pariente, por serlo de ambos lados. Pero en el derecho de retraer se consideran, como que le vinieron de su padre; y este tanto era padre de Juan como mio. Por solo lo que llevamos dicho, nos plació por la primera vez nuestra opinion, cuando estábamos formando el apéndice de *retractibus*, que va en nuestra *Institucion romano-hispana*, y luego nos asustó haber tropezado con la *ley 13. tit. 40. lib. 3. del Fuero real*, que manifestamente da prelación al pariente de doble vínculo. Pero calmó presto el susto con mucha satisfaccion nuestra por haber observado, que *d. l. 13.* está transcrita en la *4. del tit. 13.*, variadas ó corregidas las palabras de prelación. Las de *d. l. 13.* son estas: *Y si dos ó mas la quisieren, que son en igual grado de parentesco, háyala el mas propincuo*; y las de *d. l. 7.* las que siguen: *Y si dos ó mas la quisieren, si son en igual grado de parentesco, pártanla entre sí; y si no fueren en igual grado, háyala el mas propincuo.* ¿Quién no ve, que por estas palabras solo se concede prelación al que es mas próximo en el grado?

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

resisten toda representacion, y no tiene cabida en la persona fingida, que es el monasterio, Azev. en *d. l. 1. n. 26.* Góm. en *d. l. 73. de Toro, n. 8.* Y ahora se añade en exclusion del monasterio la *pragmática del año 1792, que es la ley 17. tit. 20. lib. 10. de la Nov. Rec.*, que le excluye de la sucesion intestada, como vimos en este *lib. 2. tit. 8. n. 12.* Pero sí que compete á los hijos naturales y á los desheredados, como tambien á los que hubieren renunciado la sucesion de su padre, como lo prueba Góm. en *d. l. 73. de Toro, nn. 4. 5. y 6.*

9 La materia de este retracto son las cosas ó bienes raíces que estuvieron en el patrimonio de los abuelos ó padres comunes del que las vende, y del que las retrae, *d. l. 1. y 3. d. tit. 13.* Y no es menester lo hayan estado en los de los dos: basta en cualquiera de ellos, porque las leyes hablan disyuntivamente, *d. l. 1. 2. y 5. d. tit. 13.* que dice, *Patrimonio ó abolengo.* Gómez en *d. l. 73. de Toro n. 3.* en donde trata latamente la cuestion, resuelve, bastará que hayan estado en solo el del padre, si este las conservó hasta su muerte; pero cuando enajena durante su vida las que adquirió con su propio trabajo ó industria, no están sujetas al retracto. Hemos dicho que solo las cosas raíces ó inmuebles, son materia del retracto; pues aunque la *ley 4. y siguientes d. tit. 13.* usen de la palabra generalísima, *cosa*, que comprende tanto las muebles como las inmuebles; la *7.* á la que se refieren las demas, usó de la palabra *heredad*, que segun el uso comun no se acomoda á las muebles, Matienzo en *d. l. 1. tit. 13. glosa 1. nn. 1. 2. 3.* Azev. en *la misma, nn. 7. 8. 9.* en donde lleva en comprobacion la *l. 230. del Estilo*, la cual dice, *Las heredades y otras cosas raíces*; y añade no haber duda en esto. Fuera de esto la razon de afeccion, en que estriba el derecho de retracto, no suele recaer sobre las cosas muebles, Azev. en el *lugar citado*, Hermosilla en *d. l. 55. tit. 5. P. 5. glos. 4. n. 7.*

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

tender esta esclusión de adquisiciones por títulos singulares, cuando vienen estos de estraños y no de los ascendientes. Pongamos para mayor claridad ejemplos: Vende Pedro un campo que había adquirido por venta ó donacion que le hizo Juan: no tiene Diego, hijo de Pedro, derecho para retraerle. Por lo contrario lo tendrá, si dicho su padre Pedro le hubo, porque su padre ó abuelo Francisco se lo legó ó dió en donacion *propter nuptias*, ó en mejoras, ó en dote, si fuere hembra. Así lo siente Gómez en *d. l. 73. n. 3. vers. Sed.* Y lo convence la consideracion de que en este caso el campo ya era familiar ó de parentela en la persona de Pedro, cuya cualidad no pudo alterar el título singular con que lo adquirió, como dimanante de un ascendiente suyo; y mientras la conserva, siempre está sujeta al retracto. El hacer la ley mencion de solo el título de herencia, es por ser el regular de conseguir los hijos los bienes de sus padres. Esta misma razon de que cuando conserva la cosa la calidad de familiar, puede siempre ser retraida, dió justo fundamento á Matienz. para decir en *d. l. 4. glos. 8. n. 10.* que si un pariente retraía la cosa vendida á un estraño, quedaba esta sujeta al retracto, sin embargo de que el retrayente no la adquirió de pariente suyo por título de herencia, sino por el singular de venta, como subrogado en lugar del comprador estraño de quien la retrajo. Le quiso censurar por esto Azev. en *d. l. 4. n. 77.*; pero sin razon, movido solo por la certeza de las palabras de *d. l. 3.*

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

(1) L. 90. § 4. de adq. v. om. her.

zo en *la misma l. 4. glos. 8.* y nadie lo duda. Pero si la cosa volvió al pariente que la vendió al estraño, por causa de esta venta hay lugar al retracto, como allí mismo prueban Azev. y Matienzo; porque vuelve á su pristina causa, sin considerarse haberse enajenado (1).

42 Si muchas cosas paternas ó patrimoniales fuesen vendidas por un solo precio para todas, no le será permitido al pariente retraer una sin las otras, sino que deberá retraerlas todas ó ninguna: pero si á cada una se le señaló su precio, retraerá las que quisiere, *l. 5. d. tit. 43.*; porque en el primer caso se considera una sola la venta, y en el segundo muchas (2). Y nos parecen bien dos limitaciones, ó antes declaraciones del segundo caso, que traen Azev. en *d. l. 5. n. 6.*, y Matien. tratando latamente de estas ventas en *d. l. 4. glosa 7.* desde el *n. 20. I.* Cuando constare, que el comprador no las hubiera comprado sino todas, y no unas sin las otras; porque entónces siempre se considera una sola venta (3); de otra suerte quedaria perjudicado el comprador. II. Semejante á esta: si dos cosas fueren dadas por el pariente á un estraño cada una por su precio, en pago de una deuda que le debia. Para esto es menester advertir, que el dar alguna cosa en pago de deuda tambien hace lugar al retracto; porque se reputa venta, como luego veremos. Pongamos ahora el ejemplo: Pedro, que me debia 300 pesos, me da en pago sus campos patrimoniales A. B., aquel por 200, y este por 100. No podrá su pariente retraer el uno sin el otro, sino los dos al mismo tiempo; porque sin embargo de la diversidad de precios, deberá considerarse una sola venta, puesto que tambien es una sola la deuda; y se precisaria al acreedor á cobrar por partes.

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

(1) L. 40. § ult. quib. mod. pign. v. hipot. solv. (2) L. 54. de edil. edic.

(3) D. l. 54.

glosa 8. n. 54. es de dictámen con mas probabilidad, que solo se le deberá precisar, cuando el comprador no hubiera tomado la tierra libre sin la patrimonial; y añade, que así respondió consultado sobre este caso; y así respondió en otro semejante entre los romanos el juriconsulto Scévola (1).

44 La cosa patrimonial vendida á un estraño, está sujeta al retracto, aunque haya pasado á muchas manos; porque la accion para retraer no es personal nativa, esto es, no nace del contrato considerado en sí solo, sin la ayuda de la ley; sino dativa de la clase de aquellas que los romanos llamaron *in rem scriptas*, que nacen inmediatamente de la ley, é imitando á las reales se dan contra cualquiera poseedor. Compete pues esta accion contra el tercer poseedor. Gómez en *d. l. 70. n. últ.* Azevedo en *d. l. 7. n. 40.* Matienzo en la *misma l. 4. glosa 8. desde el n. 44.*, sin ser del caso que este posea por título oneroso ó lucrativo. Si fuese este oneroso, por haber comprado la cosa del primer comprador, debería el pariente que retrae, darle el precio, no de su compra, sino el de la anterior, cuando hizo la venta el pariente; porque esta fué la que dió causa al retracto. Pero no se negará al segundo comprador la eviccion contra el primero de quien él la compró, aunque este no la tendrá contra el pariente que se la vendió. Matienzo en *d. l. 4. n. 45.* contentándose con recobrar del que retrae el precio que él pagó.

45 A este retracto da causa el contrato de compra y venta, y de él hablan todas las leyes que le conceden. El de permuta está espresamente escludido en *d. l. 4.*, y por ello es libre cualquiera pariente de permutar una cosa suya patrimonial por otra, sin recelo que la retraigan: lo que se entiende, si no hubiere fraude en ello; porque si apareciere que siendo el contrato propiamente compra, le apellidaren los contrayentes permuta para impedir el retracto, no quedaria impedido, Azevedo en *d. l. 4. n. 80.* Matienz. en la *misma en toda la glosa 40.*, en que examina lata y doctamente muchos casos en que pueda presumirse fraude, Gómez 2. *var. cap. 2. n. 40.* y el señor Covar. *lib. 2. var. cap. 4. n. 9.* La dacion en paga da lugar al retracto, por hacer las veces de venta (2), y porque de otra suerte, se

(1) L. 47. § 4. de minor. (2) L. 4. C. de evict.

burlaria con mucha facilidad el retracto, con sola la mutacion del nombre, Gómez en *d. l. 70. n. 20.* Cuya sentencia admiten con razon Azev. y Matienz. en *d. l. 4.* cuando, segun es regular, se da una especie por deuda que se debia en dinero; porque si se diere una especie por otra, seria permutacion. En la dacion en dote tendrá lugar cuando lo fuere de bienes sitios, que se dieron estimados con estimacion que haga venta; de lo que hemos hablado tratando de las dotes.

46 El derecho de retraer dura nueve dias, pasados los cuales ya no tiene lugar, *ll. 4. 2. 4. 6. y 7. tit. 43. lib. 40. de la Nov. Rec.* Corren contra los menores, pupilos y ausentes, de modo que contra el lapso de estos dias no se concede restitucion alguna, *l. 2. d. tit. 43.* Y aunque esta ley no habla de los ignorantes, se debe tambien entender de ellos, corriendo con mas facilidad contra ellos los tiempos de las prescripciones, que contra los menores y los pupilos, como se ve en la usucapion ó prescripcion ordinaria, que no teniendo lugar contra estos, corre contra los ignorantes, Matienz. en *d. l. 2. glos. 42. nn. 48. y 49.* Hermosilla en *d. l. 55. glos. 8. nn. 32. y 33.*, en donde citando á otros, esceptua los casos en que por fraude ó culpa del vendedor ignoró la venta el pariente, como si salió del lugar de su domicilio para otorgar la venta, ó buscó escribano de otro pueblo, estuvo mucho tiempo oculta la venta, ó sucedió otra cosa semejante, de que pueda aparecer ó presumirse fraude; porque entónces empiezan á correr los nueve dias desde aquel en que tuvo noticia el pariente, pues á ninguno debe patrocinar su fraude. En las ventas judiciales tiene tambien lugar el retracto, y se cuentan los nueve dias desde el del remate, *l. 4. d. tit. 43.*

47 En cuanto á las demas ventas exagitan nuestros intérpretes dos cuestiones muy reñidas: la una si se han de contar desde el dia de la convencion, ó desde el de la tradicion; y la otra si se han de contar naturales, ó de momento á momento. En la primera vencen en número los que defienden deberse contar desde el dia de la convencion, y son entre otros Covar. 3. *var. cap. 44. n. 2.* Aceved. en *d. l. 4. n. 62.* Matienz. en la *misma l. 4. glos. 6.*, en donde examina latísimamente la cuestion, diciendo ser mas

verdadera y comun esta opinion, y mas recibida en la práctica, y Gutiérrez, *lib. 2. cuestion 452.* que debe estarse por ella en juzgar y aconsejar. Los argumentos que la apoyan son de mucha fuerza. I. Las palabras de *d. l. 4. Despues que fuere vendida la cosa hasta nueve dias,* y las otras de la *d. l. 15.* donde dice: *Desde el dia que la vendida fuere hecha hasta nueve dias;* pues como es notorio, la cosa se dice vendida, y la venta hecha desde la convencion, por ser este contrato consensual, que se perficiona por el solo consentimiento de los contrayentes. II. El que en las ventas judiciales se cuentan desde el dia del remate, *d. l. 4.* el cual corresponde en las estrajudiciales á la convencion; porque el rematar el juez la subasta, es suplir el consentimiento del vendedor, y no el entregar la cosa. III. Que este retracto, segun hemos visto al *n. 3.*, no se reputa favorable, sino odioso, y por ello se le deben estrechar los límites; y este es nuestro parecer.

18 Antonio Gómez defiende acérrimamente la opinion contraria en la *l. 70. de Toro, n. 46.* diciendo, que siempre la conservará en juzgar y en aconsejar, confesando sin embargo estar la otra recibida en la práctica, y que vió sostenerla la mayor parte de los doctores de la universidad de Salamanca en cierto exámen. Sus razones se reducen á dos: I. Que el fin de este retracto es, que la cosa no salga de la familia, lo que dura hasta la tradicion, por la cual, y no por la convencion, pasa el dominio del vendedor al comprador. Es esto verdad; pero tambien lo es, que por la convencion adquiere el comprador accion para pedir que se le entregue la cosa; y el que la tiene se juzga tener la misma cosa (1), por no poderse resistir el vendedor á entregarla. Añade, que de la contraria sentencia se seguiria el inconveniente de que pudiéndose ocultar con facilidad la convencion, quedarian con frecuencia engañados los parientes, sin poder usar de su derecho por ignorancia; pero ya hemos dicho que cuando fraudulentamente se oculta, corre el término desde el dia en que el pariente tiene noticia y no antes.

19 En la segunda cuestion parece que ambas opiniones son igualmente probables, por poderse considerar de igual

(1) *L. 13. de div. reg. jur.*

peso las razones en que se fundan las dos. Las de los que aürman deberse contar los nueve dias de momento son: I. Que los términos legales, cual es este, se cuentan regularmente de momento á momento; lo que tambien se acomoda mejor á que deben estrecharse en nuestro asunto, por lo que dijimos, Góm. en *d. l. 70. n. 25.* Azeved. en *d. l. 4. n. 62.* II. Que hablando del término *d. l. 7.* no hace mencion del dia en que debe empezar, sino del tiempo, segun sus palabras que hemos notado al *n. 47.* La otra opinion tiene á su favor las *citadas leyes 9. y 45.* que dicen deberse contar desde el dia. En nuestro apéndice de *retractibus*, inclinamos un poco mas á la primera; pero variamos ahora, por considerar muy embarazoso su uso, á causa de haberse de retener en la memoria, ó notar por escrito la justificacion de la hora del otorgamiento de la convencion, lo que no es regular hacerse, ni debe creerse lo quiso la ley. Queremos advertir á lo último que los dias de este término deben contarse incluyendo el primero y el postrero, como se puede ver en Gómez y Azevedo en los *lugares citados.*

20 Ademas de lo referido hasta aquí, han de concurrir algunas circunstancias ó solemnidades, para que tenga lugar el retracto: I. Que el retrayente ha de pagar al comprador todo el precio por que este compró la cosa, con las espensas que haya hecho, y los tributos y gabelas que haya satisfecho. II. Que jure que quiere para sí la cosa. III. Que jure no haber en ello fraude ni dolo alguno, *dd. U. 1. 2. y 4. tit. 13.* Cuyas solemnidades, siendo de forma, como suele decirse, son tan necesarias, que faltando cualquiera de ellas no hay retracto. Debe pues el pariente que lo intenta buscar ante todo al comprador, y pagarle lo que hubiese gastado; y si este rehusare recibirlo, consignar ó depositar el precio delante de testigos, y si hay lugar, á presencia y con orden del juez, como lo prueba Azeved. en *d. l. 2. n. 3. y siguientes;* y hecho esto tiene derecho á que se le entregue la cosa como si hubiese pagado el precio; porque este depósito se reputa paga, segun la *ley 8. tit. 44. Part. 5.:* *E dende en adelante es quito del debdo, é non há el otro demanda ninguna.* La paga ó depósito del precio debe hacerla el pariente con tanto rigor y formalidad, que debe constar su real y verdadera enumeracion, sin que baste que

el depositario confiese haberle recibido. Y tan por entero, que el faltar un dinero lo viciaria, si no es que fuere por ignorancia ó error en el cálculo ó cuenta; y entónces habrá lugar al suplemento. Si el pariente no supiere el precio, deberá ofrecer y depositar el que le pareciere serlo, dando fiadores de que pagará el esceso, si le hay, Azeved. *d. l. 4. desde el n. 14.* Matienz. en la *misma glos. 4.* Si la venta fuere al fiado, se admitirá al pariente, dando buenos fiadores ante el juez dentro de los citados nueve dias, que pagará el mismo precio que el comprador al tiempo en que este estaba obligado, *d. l. 6. d. tit. 13.*

21 Lo muy interesante que es por su frecuente uso el conocimiento de este retracto gentilicio ó de sangre, nos ha hecho estender mas de lo que corresponde á un institutista. De los demas hablaremos con mas brevedad. El que solemos llamar de los comuneros, como le llama la *ley 9. de d. tit. 13.* acontece cuando siendo muchos dueños de una misma cosa indivisa, ó como acostumbra decirse, *pro indiviso*, uno de ellos vende su parte á otro que no es dueño, en cuyo caso compete este retracto á cualquiera de los que lo son. Si las partes están divididas, aunque sea muy leve la division, como por ejemplo la de un sulco en un campo, ya no tiene lugar, por no haber comunion en la cosa en que se funda. Solo pues lo tendrá cuando las partes solamente lo son por el entendimiento, como cuando decimos: yo tengo dos partes de aquel campo, tú dos, y Pedro cuatro; sin haber señalamiento de ellas, como lo prueba bien Antonio Gómez en la *ley 70. y siguientes de Toro, n. 27.*

22 Cuando la cosa está así indivisa, sus dueños se llaman comuneros, y tambien les solemos decir *condueños*. Y cualquiera de ellos, aunque lo fuera de una parte minima, tiene derecho al retracto, como tambien lo prueba Gómez en *d. lugar*. Si tuviere yo pues la centésima parte de una casa, y el otro condueño vendiese las 99, podria yo retraerlas. Y aun decimos mas: que no tiene prelación alguna el que tuviere mas partes. Así pues, si en el ejemplo referido las 99 partes fueren de dos condueños, y uno de ellos vendiere las suyas, me competiria el retracto prorata; y si yo fuese el comprador, nada me podria quitar el otro condueño, Gregor. Lóp. en la *ley 35. tit. 5. P. 5. glos. 5.* Her-

mosilla *alli mismo. n. 5.* Matienz. en la *ley 8. d. tit. 13. glos. 3. n. 10.*, que todos se fundan en una misma razon, á saber, que las leyes que hablan de este retracto, que son la *55. tit. 5. P. 5.* y las *8. y 9. d. tit. 13.* (*74. y 75. de Toro*), solo prefieren los dueños á los estraños, nunca un condueño á otro. Véase lo que dijimos arriba. 3. Si al retracto concurrieren muchos condueños, cada uno llevará de la cosa vendida su porcion con respecto á la parte que tiene propia, y si uno solo, la llevará toda, Matienz. en *d. glos. 3. n. 8.* Azeved. en la *ley 1. d. tit. 44. n. 54.* Greg. Lóp. en *d. l. 55. glos. 8. al fin.*

23 Aunque el retracto de sangre solo tiene lugar en las cosas inmuebles, segun hemos visto, con todo juzgan comunmente nuestros intérpretes, que este que compete á los comuneros, y suele llamarse de *comunion*, le tiene tambien en las muebles, Matienz. en *d. l. 8. glos. 3. n. 3.* Matienz. en *d. l. 55. glos. 4. n. 7.* Gregor. Lóp. en la *misma l. 55. glos. 1.* Sus argumentos son: I. Porque *d. l. 55.* que es la maestra ó primer fundamento de este retracto, usó de la palabra *cosa*, que comprende no ménos á las muebles, que á las inmuebles. II. Porque la equidad que introdujo este retracto, prefiriendo el comunero al estraño, igualmente se acomoda á las cosas muebles que á las inmuebles. III. Porque este retracto es favorable, y por ello debe entenderse anchamente, á causa que se dirige á que cese la comunion, que suele producir discordias ó desacuerdos, *l. 4. tit. 15. P. 6. (1)*; y no es fácil pueda cesar de otra manera, siendo muchas de las cosas muebles invisibles.

24 Sin embargo de estos argumentos debemos confesar, que no es despreciable la opinion contraria, por tener á su favor razones de bastante peso, cuales son: 1. Que la *l. 9. d. tit. 13.* usa de la palabra *heredad*, diciendo, *Si alguno vendiere la parte de alguna heredad*; cuya espresion fué uno de los argumentos, con que hemos probado arriba *n. 9.* que el retracto de sangre solo tiene lugar en las cosas raíces. II. Que la *misma l. 14.* quiere se observe lo mismo en este retracto que en el de sangre. A pesar de la fuerza de estas razones, nos parece mejor la primera sentencia,

(1) L. 77. § 20. de legat. 2.

siguiendo á Gregor. Lóp., que en vista de todo pensó así en *d. glos. 4.*, confesando no ser despreciables los argumentos contrarios. El ser este retracto favorable y de ancha interpretacion nos facilita que digamos, que en él la palabra *heredad*, se pone por ejemplo: lo que no puede decirse del de sangre, por ser odioso, y demas que dijimos en *d. n. 9.* La comparacion que hace *d. l. 9.* solo debe entenderse en las diligencias y solemnidades.

25 Hay otros dos retractos legales, de que habla *d. l. 8.* (74. *de Toro*) concedido el uno al dueño directo, si se vende la superficie, y el otro al superficiario, si se vende el dominio directo. Y aunque *d. l. 8.*, que es la única que hace mencion de estos retractos, nada dice del tiempo en que debe intentarse, convienen los autores en que ha de ser el mismo de nueve dias, Gómez en *d. l. 70. n. 31.* Azev. en *d. l. 8. n. 3.*, y lo probamos bien en nuestro *Apéndice n. 30.* Y advertimos con el mismo Góm. en *a. n. 31.* Matienzo en *d. l. 8. glos. 4.*, y Molin. *de just. et jur. disp. 374.*, que el retracto concedido en *esta ley* al dueño directo dentro de solos nueve dias, se entiende cuando el superficiario no le pagase anua pension; porque si se la paga, tendrá otro por el término de dos meses, respecto que el superficiario que paga pension es semejante al enfiteuta. En *la misma ley 8.* se pone el orden de prelación que deba guardarse cuando concurren muchos que tienen derecho á retraer, estableciéndose que en primer lugar entren el dueño directo ó el superficiario; en segundo lugar el comunero, y últimamente el pariente.

26 En conclusion de este asunto de retractos, vamos á examinar otro que nos queda, que por venir de la voluntad y convencion de los contrayentes, se llama *convencional*. Sucede muchas veces, que no queriendo el vendedor desapropiarse para siempre de la cosa, la vende con el pacto llamado comunmente de *retroviendo*, esto es, que volviendo él al comprador el precio que este le dió, se le haya de vender ó revender, restituyéndole de este modo su dominio. En este reino de Valencia son frequentísimas las ventas que se hacen con este pacto, y suelen llamarse á *carta de gracia*, por depender su duracion de la que hace el vendedor en no redimir la cosa que vendió. Ojalá se hicieran con aquella pureza que se hacian cuando se obser-

vaba la ley de Moises, que las permitió, segun se lee en el *cap. 25. v. 23. del Levítico: Terra quoque non vendetur in perpetuum, quia mea est, et vos advenæ, et coloni mei estis; unde cuncta regio possessionis vestræ sub redemptionis conditione vendetur.* Pero vemos con dolor que en el dia hay tantos abusos y perjuicios en ellas, que tal vez convendría que se prohibieran, ó por lo ménos tomaran rigorosas providencias para atajarlos. Los pondremos de manifiesto oportunamente, cuando tratemos de los censos.

27 El cumplimiento de este pacto de parte del vendedor se llama redencion, y del comprador retroventa; y del modo que se ponga se ha de cumplir, aunque espresare, que cuando quiera que el vendedor ó sus herederos tornasen el precio al comprador, habia este de volverles la cosa, *l. 42. tit. 5. P. 5.* que así lo establece espresamente, y en su virtud competiria siempre el derecho de redimir, sin que le escluyese tiempo alguno, Góm. 2. *var. cap. 2. n. 28.* Molin. *de just. et jur. disp. 374.*, en donde en comprobacion de ser sólido su modo de pensar, alegan la ley romana, que así lo estableció (1). Cuando se tasa el tiempo de la retroventa, no puede el comprador ser precisado á hacerla pasado el tiempo, si se atiende al tenor de *d. l. 42.*; pero sin embargo es práctica de los tribunales concederse el de 20 años, término de las acciones personales, como veremos, si no es que haya interpelacion de parte del comprador, en cuyo caso se observa la coartacion puesta en el pacto; y si el vendedor no escoge el medio de la redencion, queda el comprador con el dominio libre y absoluto de la cosa.

28 Como la accion para precisar al comprador á la retroventa es meramente personal, por salir de solo el contrato, no puede intentarse contra tercer poseedor, á quien hubiese pasado la cosa vendida. Solo podrá reconvenir al comprador, que es el único á quien tiene obligado por el contrato, á que le satisfaga los perjuicios que se le siguen de que no se le restituya la cosa, como ademas de ser corriente en las obligaciones que nacen de los contratos, lo prueban las palabras de la misma *ley 42.*: *El comprador*

(1) L. si nolit. 51. § 22. de ædil. edic.

es tenuto de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder; é si en su poder non es, debe pechar al vendedor todos los daños, é los menoscabos que le vinieron, porque non tornó aquella cosa, que así habia vendida. Góm. en *d. cap. 2. n. 29.* Molin. *d. disp. 374.* en donde responde á los argumentos de Covar., que siente lo contrario, *lib. 3. var. cap. 8. n. 3.* Podrá pues retener la cosa con seguridad el tercer poseedor, si no es que en la primera venta, ademas del pacto de retrovendo, se hubiere puesto la condicion, de que no pudiese el comprador vender la cosa á otro, pendiente el tiempo de la redencion; porque entónces siendo nula la segunda venta, en cuya virtud la tenia el tercer poseedor, se la podrá quitar el primer comprador, y á este reconvenirle para la retroventa el vendedor. Y si en el pacto se hubiese espresado, que vendiendo el comprador la cosa se considerase no hecha la venta primera, entónces por la segunda reviviria el dominio en el primer vendedor, y la podria pedir como suya por la accion real á cualquiera que la poseyese, Hermos. en *d. l. 42. glos. 7. nn. 4. y 12.* Y en las *glosas 9. y 10.* trata lamente de la pertenencia de los frutos, y de las espensas y mejoras.

29 Y dando fin á los retractos, concluimos diciendo, que en todos ellos el que retrae se subroga en lugar del primer comprador, teniendo lugar en él los efectos de la venta primera; y si se hubieren hecho despues otras ventas, quedan deshechas y anuladas, como si no se hubiesen celebrado, Góm. en *d. l. 70. de Toro n. 35.* Mol. *de just. et. jur. disp. 374.* Del retracto de los oficios públicos, véanse las *leyes 44. y siguientes, tit. 7. lib. 7. de la Nov. Rec.,* y en ellas Azevedo, y del de la jurisdiccion á Larrea *alegac. fiscal. 45.*

TÍTULO XII.

CUÁNDO Y CÓMO SE PAGA LA ALCABALA Y EL LUISMO POR RESCINDIRSE Ó DESHACERSE LA VENTA.

Tít. 12. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Si se debe alcabala cuando los contrayentes se apartan de la venta que solo estaba perficionada.*
2. *De lo que se debe despues de consumado el contrato.*
3. *De cuando se hace la venta con el pacto de la ley comisoría, ó de la adiccion en dia.*
4. *De cuando se hace con el pacto de retrovendo.*
5. *De cuando ocurren retractos legitimos.*
6. *De las ventas que se rescinden por culpa de los contrayentes ó por la menor edad.*
7. *Cuando la cosa se vende á censo, solo hay una alcabala que se paga por mitad.*

4 Las muchas dificultades que se ofrecen en el asunto de este título, nos han inclinado á tratarlas con separacion y alguna estension. Con el deseo de cansar ménos, solo haremos mencion de la alcabala; pero por la identidad de razon entiéndase tambien del luismo lo que dijéremos, que como veremos al tratar de los censos, se paga de la venta de los bienes enfiteúticos. [Aunque segun la opinion comun de los autores se debe alcabala no solo por las ventas voluntarias, sino tambien por las judiciales, opinaban algunos de ellos que debian esceptuarse de esta regla las adjudicaciones *in solutum*, como puede verse en *Parladorio Rerum quotidianarum, lib. 4. cap. 3. §. 2. números 33. y siguientes.* Tapia, *lib. 3. tit. 3. cap. 6. n. 35.* Mas por *real orden de 24 de diciembre de 1832* se sirvió S. M. declarar que las adjudicaciones *in solutum*, forzosas y voluntarias de bienes pertenecientes á los deudores, que se hagan para pago de acreedores por sus respectivos créditos, se hallan sujetas al derecho de alcabala, que se satisfará, llegue ó no el valor de los bienes adjudicados á cubrir el todo de la deuda, por ser este impuesto una carga que afecta á los