

COMENTARIO

«Tenudo es el comprador de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder: *é si en su poder non es*, deue pechar al vendedor todos los daños é menoscabos que le vinieren, porque non tornó aquella cosa que assi avia vendido.» Tal es el precepto de la ley.

Debemos decir que este precepto únicamente tiene aplicacion cuando se trate de ventas que no se hallan inscritas en el Registro de la propiedad, pues desde el momento en que el pacto de retro se inscribe, la accion del vendedor, de personal se convierte en mixta de personal é hipotecaria, porque constando entónces en el Registro la accion resolutoria que existe á favor del vendedor, el tercero que compre lo hace con conocimiento de causa, y no adquiere más derechos que aquellos de que segun la inscripcion puede disponer el comprador primero y vendedor en este caso. (Véase ley Hipotecaria, art. 37.)

Artículo 1515.—La obligacion impuesta

al comprador de no enajenar la cosa á determinadas personas, y de que vuelva al vendedor ó sus herederos en el mismo caso, es ineficaz; pero no lo será la pena que se hubiere estipulado, y habrá tambien lugar á indemnizacion de los daños y perjuicios que por aquella enajenacion se hubieren ocasionado.

ORÍGENES

Ley 43, tit. V, Partida 5.^a

COMENTARIO

La prohibicion de la ley es bastante clara y terminante. El pacto de retro en estas condiciones es nulo. No lo es, sin embargo, la pena que para el caso del artículo se hubiere estipulado.

Sobre cuál sea la razon de esta ley no se han puesto de acuerdo los autores; mas como despues de todo no son de gran utilidad los diversos fundamentos que le han sido asignados, omitimos entrar en esa polémica minuciosa.

SECCION SEGUNDA

DEL RETRACTO LEGAL

Artículo 1516.—Cuando alguno tratare de vender bienes raíces de patrimonio ó abolengo, si algun pariente suyo dentro del cuarto grado los quisiere comprar por el tanto, será preferido al comprador extraño.

ORÍGENES

Ley 3.^a, tit. I, lib. IV, Fuero Viejo.
Ley 13, tit. X, lib. III, Fuero Real.
Ley 1.^a, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

Aun cuando en el lenguaje comun suele confundirse el derecho de *tanteo* y el de *retracto*, son diferentes, como tendremos ocasion de examinar. Nosotros, sin embargo, comprendemos ambos derechos bajo el epigrafe de retracto legal, sin perjuicio de hacer constar sus desemejanzas.

El tanteo consiste en el derecho de comprar una cosa aún no vendida, por el mismo precio que ofrezca otro comprador, es decir, que el tanteo es un derecho de preferencia que se ejercita en el momento en que el dueño de la cosa quiere venderla, por un tanto que otro le ofrece.

Las leyes del tit. XIII, lib. X, de la Novísima Recopilacion, concedieron el derecho de tanteo á ciertas personas, por razon de su ocupacion ó de los servicios que prestaban; así la ley 11 lo concedía á los abastecedores de pescado, sobre este artículo, la 21 á los fabricantes de tejidos de lino y cáñamo, sobre estas primeras materias, etc. Mas el decreto de Cortes de 8 de Junio de 1813 acabó con estos privilegios.

La ley 1.^a, que está vigente, declara que *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.*

ORÍGENES

Ley 1.^a, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec.
Ley 7.^a, del mismo título y libro (73 de Toro).

JURISPRUDENCIA

Las leyes vigentes sobre retracto gentilicio no pueden ampliarse en su aplicacion más allá de lo que su letra y espíritu determinan (Sentencia 4 Diciembre 1856).

El retracto no tiene lugar cuando la rescision de la venta procede de causa legitima (Sentencia 23 Mayo 1859).

Las leyes que establecieron el retracto gentilicio no deben ampliarse, ni pueden entenderse que se ampliaron por las posteriores de Toro, al usar genéricamente la palabra *cosa* en materia de retractos (Sent. 15 Febrero 1861).

No es doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales la de que el retracto gentilicio no tiene lugar cuando la finca vendida lo ha sido á un pariente, cumpliéndose de esta manera el objeto de la ley, de que las fincas no salgan de la familia (Sent. 5 Enero 1864).

Si bien las leyes vigentes sobre el retracto gentilicio, como restrictivas del libre uso de la propiedad, no pueden ampliarse en su aplicacion más allá de lo que su letra y espíritu determinan, no por eso pueden dejar de tener cumplimiento en los casos que ellas establecen (Sent. 30 Setiembre 1864).

La doctrina consignada en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1859 está reducida á que cuando la rescision de una venta no es un acto voluntario, sino forzoso, no puede tener lugar la accion de retracto (Sent. 11 Febrero 1867).

Realizada legalmente la venta de bienes raíces, nace, desde el momento de otorgarse la escritura, el derecho de retracto á favor de las personas á quienes las leyes lo conceden. Utilizado este derecho dentro de los nueve días de la ley, no puede perjudicar al retrayente la retroventa consignada en escritura de fecha posterior, porque ya en aquella fecha aquél estaba en el goce de su derecho, y toda innovacion de parte del comprador y del vendedor era atentatoria del derecho mismo; y aunque en la escritura de retroventa se consignase que el nuevo contrato estaba celebrado desde el acto mismo de la venta, esta manifestacion no podía perjudicar á un tercero, que ya había adquirido

Este tanteo, así como el retracto que establece la ley en favor de los parientes respecto de los bienes patrimoniales, se distingue con el nombre de gentilicio, y en realidad repugna á las ideas y costumbres de nuestros tiempos.

Artículo 1517.—Si dos ó más parientes quisieran los bienes, los partirán con igualdad, siempre que estén en el mismo grado de parentesco. En otro caso, el más próximo excluye al más remoto.

ORÍGENES

Ley 1.^a, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Los afines para el ejercicio y efectos del retracto gentilicio son extraños á la familia en el sentido de la ley (Sent. 13 Noviembre 1862).

Las leyes 1.^a y 2.^a, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec., disponen que cuando se proceda á la venta de una finca que sea del patrimonio ó abolengo del que vende y del que quiere comprar, sean siempre preferidos los más próximos parientes del vendedor, á los más remotos (Sent. 5 Enero 1863).

Si bien se establece en las leyes 1.^a y 2.^a, título XIII, lib. X, Nov. Rec., que «si dos ó más quisieren la finca, si son en igual grado de parentesco, pártanla entre sí,» es indispensable que ejerciten el derecho de retracto gentilicio ó de abolengo dentro del término y bajo las condiciones y circunstancias consignadas en dichas leyes, y en los artículos 674 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 17 Enero 1867).

Artículo 1518.—Despues de vendidos los bienes raíces de patrimonio ó abolengo, cualquier pariente del vendedor, dentro del cuarto grado, podrá adquirirlo abonando el mismo precio.

Si el pariente más próximo no quiere ó no puede adquirir la cosa por el tanto, pasa este derecho al siguiente en grado.

Quando se trate de permuta de bienes patrimoniales ó de abolengo con los de un extraño, ningun pariente podrá alegar el derecho de retracto.

en el patrimonio ó abolengo del que retrae y del que vende, habiéndolos adquirido éste por herencia.

ORÍGENES

Leyes 1.^a, 2.^a, 3.^a y 5.^a, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

No tiene lugar el derecho de retracto en los bienes vinculados hasta tanto que, transmitidos como libres, hayan adquirido el carácter de patrimoniales y de abolengo en el sentido legal (Sent. 4 Diciembre 1856).

La condicion impuesta por la ley como indispensable para que tenga lugar el retracto gentilicio, de que los bienes en venta sean hereditarios, supone que deben haber pertenecido en pleno dominio y propiedad al ascendiente ó ascendientes hasta el tronco comun del vendedor y el retrayente (Sent. 4 Diciembre 1856).

No procede el retracto gentilicio cuando no concurre en la cosa que lo motiva la circunstancia de ser patrimonial, en cuyo caso falta el supuesto de la cuestion, relativo á la mayor proximidad de parentesco ó mejor derecho entre los que pretenden retraer, y no pueden ser infringidas las leyes 1.^a y 8.^a, tit. XIII, lib. X, Novísima Recopilacion, que tratan de la preferencia en los retractos (Sent. 13 Junio 1860).

Los oficios públicos no son objeto del retracto gentilicio (Sent. 15 Febrero 1861).

El retracto gentilicio sólo tiene lugar respecto de los bienes heredados de patrimonio ó de abolengo, pero no respecto de los que son adquiridos por compra ú otro título (Sent. 5 Junio 1861).

La ley 3.^a, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec., concede el derecho de retraer á los parientes, cuando el vendedor hubiese heredado los bienes (Sentencia 12 Diciembre 1865).

Para que proceda el retracto gentilicio segun el derecho comun, es necesario que la heredad ó finca sea de patrimonio ó abolengo del vendedor y que el retrayente sea tambien de aquel patrimonio ó abolengo, segun prescriben las leyes 1.^a y 2.^a, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 23 Febrero 1866).

Cuando el marido compra por sí, y no como representante de su mujer, no puede despues alegar contra un pariente el derecho de retraer

que á la mujer correspondiera, puesto que se le considera como un comprador extraño á la familia (Sent. 17 Enero 1867).

Cuando la demanda de retracto se presenta por el marido de la retrayente, refiriéndose á ésta el parentesco con el vendedor y la cualidad de patrimoniales de las fincas objeto del retracto, la falta de expresion en la súplica de que todo se entiende en este concepto y las cosas retraidas para su mujer, no es bastante para que se desestime la demanda, mucho más habiéndose explicado el concepto ántes del fallo (Sent. 3 Junio 1867).

No pierde una finca el carácter de abolengo porque se reedifique a *cimentis* por el padre del retrayente, toda vez que no habiendo dejado de corresponderle el suelo, que es lo principal, con él conservaría la finca dicho carácter de abolengo; no pudiendo negarse bajo este concepto el derecho de retracto al hijo del reedificante (Sent. 5 Abril 1872).

No puede decirse que se reedifica una casa a *cimentis* cuando se conservan las paredes medianeras y se utilizan en la reedificacion los materiales antiguos (Sent. id. id.).

El que hubiese pasado la finca del abuelo del retrayente á su padre por donacion *propter nuptias*, léjos de hacerla perder el carácter de abolengo, le haría continuar en la familia sin pasar á extraños: ademas de que las donaciones de esta clase vienen á constituir en sentencia un título hereditario anticipado (Sent. id. id.).

Aun cuando en la escritura de venta se comprendan bienes patrimoniales y otros que no lo sean, y se hayan vendido todos por un precio alzado, sin especificar el contrato que afectaba á cada finca ó partida, nunca podría sostenerse que aquellas que no procedian de abolengo pueden ser retraidas segun lo dispuesto en la ley 5.^a, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec., porque esta ley parte, como no podía ménos de partir, del principio ántes indicado, de que las fincas objeto del retracto han de proceder de patrimonio ó abolengo (Sent. 21 Junio 1872).

La apreciacion y calificacion de ser los bienes que se intente retraer de abolengo ó patrimonio, es peculiar y privativa del Tribunal sentenciador (Sent. 5 Marzo 1874).

Es doctrina legal, reconocida por el Tribunal Supremo, que la finca patrimonial reedificada en todo ó en parte conserva su cualidad de tal, y queda sujeta al retracto gentilicio (Sent. 23 Diciembre 1876).

La sentencia dictada á tenor de esta doctrina

no infringe el principio de que los retractos, como materia odiosa, deben ser interpretados restrictivamente, porque esta regla exige, como todas, términos hábiles para su aplicacion, que no existen cuando es indudable el derecho del retrayente segun la doctrina establecida (Sentencia id. id.).

COMENTARIO

¿Se reputará de patrimonio ó abolengo, para los efectos del retracto, la finca que fué enajenada y retraída despues por un pariente? Matienzo, y con él Sala, entienden que la finca retraída por un pariente entra en el patrimonio de éste con el carácter de patrimonial, y por lo tanto sujeta á retracto si dicho pariente llega á enajenarla. En contrario opina el Sr. La Serna, fundándose en que el retrayente se subroga en poder del comprador, en cuyo lugar se habría hecho de libre disposicion la heredad si no se hubiese retraído. Pero—añade este autor—si la venta se verifica con el pacto de *retra* ó con el de la ley *comisoría*, y en su virtud llega á rescindirse el contrato, la resolucion será diferente de la del caso anterior, porque recobrando la cosa el carácter de patrimonial á consecuencia de la rescision, si se vende nuevamente, podrá ser objeto del retracto gentilicio.

Llamas entiende que la finca retraída una vez no está sujeta á nuevo retracto, porque falta una condicion esencial de éste, cual es que la hubiere obtenido inmediatamente el vendedor por herencia de su padre ó abuelo, pues de otro modo no puede decirse que la finca sea de patrimonio ó abolengo. Lo mismo opina Albornoz, aunque fundándose en otras razones.

Dudan tambien los autores acerca de si tendrá lugar el retracto cuando el extraño que compró la heredad de patrimonio ó abolengo la vende á un tercero, corriendo el término de los nueve días para retraerlo. Matienzo y Llamas resuelven afirmativamente la cuestion, porque no teniendo el primer comprador un dominio absoluto é irrevocable en la heredad mientras corre el término de los nueve días, no puede transmitir, segun regla de justicia, más derechos que los que le competen; y como el suyo estaba sujeto á las leyes del retracto, tambien ha de estarlo el que adquirió el segundo comprador.

Los autores citados hacen extensiva esta solucion al caso en que el segundo adquirente lo sea por donacion ú otro título lucrativo.

¿Estará sujeta á retracto la finca que el padre deja á un hijo ú otro descendiente en vida ó en muerte, por vía de donacion, mejora, prelegado ó legado?

Acevedo, Llamas, y los Sres. La Serna y Montalvan, resuelven la cuestion en el sentido de que no están los bienes así adquiridos sujetos á retracto, porque se han adquirido á título hereditario, de lo que convence la ley 21 de Toro, que permite aceptar la mejora, aun renunciando la herencia.

Esta doctrina, sin embargo, no es aceptada por todos los autores; así, Gomez, Matienzo y Sala la combaten. (Véase la sentencia de 5 de Abril de 1872, que resuelve en contra de la opinion de Acevedo y los que le siguen.)

Artículo 1523.—El retracto de bienes de patrimonio ó de abolengo tiene lugar aun cuando la venta de éstos se hubiere verificado en pública y judicial subasta. En este caso el plazo de nueve días, consignado en el art. 1519, se contará desde que hubiere tenido lugar el remate.

ORÍGENES

Ley 4.^a, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec. (70 de Toro).

Artículo 1524.—Vendidos en un solo precio diferentes bienes de patrimonio ó abolengo, no podrán ser retraídos separadamente. Si se hubieren vendido designando á cada uno su respectivo precio, podrá retraerse cada uno de ellos, á eleccion del retrayente.

ORÍGENES

Ley 5.^a, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec. (71 de Toro).

COMENTARIO

La razon del precepto contenido en la primera parte de este artículo la condensa Gutierrez en sus *Prácticas cuestiones*, lib. II, cuest. 162, en tres principales argumentos: 1.^o, porque el contrato es uno é indivisible, sin que pueda disolverse en parte, y en parte conservar su valor; 2.^o, porque debiendo consignar el precio el retrayente dentro de los nueve días, no puede cumplirse este requisito por no haber noticia

cierta de él; 3.º, porque pudiendo haberse comprado en razón á la otra, de tal manera que sin ésta no hubiera comprado aquélla, separar las cosas, aun dividiendo el precio, causaría perjuicio al comprador, lo que no puede consentir la ley.

Vendidas juntamente y en un solo precio dos cosas, una patrimonial y otra que no lo sea, ¿podrá retraerse la primera?

Gomez, Matienzo, Gutierrez y Molina restuelven uniformemente que puede el pariente sacar la cosa de patrimonio ó abolengo y dejar lo que no lo es, no sólo cuando la venta se hace con fraude para privar por este medio del retracto al pariente, sinó tambien cuando se haya celebrado de buena fe.

Llamas opina todo lo contrario, porque dice que la razón de la ley, en el caso de que se vendan diversas cosas patrimoniales en un solo precio, es igual en el caso de la duda, esto es, que hay un solo único é indivisible precio, y además que no es posible depositar el valor de la patrimonial en los nueve días, como exige la ley, y que donde milita la misma razón debe haber el mismo precepto. De aquí infiere que no puede tampoco retraer ambas fincas, pues no siendo una de ellas patrimonial, no está sujeta al retracto. De modo que, en sentir de Llamas, la una finca no puede retraerse por no ser patrimonial, y la otra por no poderse fijar su precio.

En cuanto á la segunda parte del artículo, que autoriza á retraer una ó más cosas cuando los precios sean particulares, algunos autores creen que este principio no será aplicable en dos casos: 1.º, cuando conste que el comprador no habría comprado una cosa sin la otra: 2.º, cuando las dos cosas fueron dadas en pago de una sola deuda, cada una por su precio; pues debe considerarse como una sola venta, en razón de ser una sola la deuda. De esta opinión son Acevedo, Matienzo y Sala. Otros, sin embargo, expresan que no caben en la ley estas excepciones.

Artículo 1525.—El que intente retraer bienes de patrimonio ó abolengo, deberá consignar desde luego el precio, si es conocido, y si no lo fuere, dará fianza de consignarlo luego que lo fuere.

Tambien deberá otorgar obligación de conservar la finca retraída, á lo ménos dos años, á no ser que alguna desgracia hiciera

venir á ménos fortuna al retrayente y le obligare á la venta.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec.
Art. 674, ley Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Sentencia 9 Abril 1874.

Trascurrido el término de nueve días sin consignarse el precio ó afianzarse en su defecto, no debe darse curso á la demanda de retracto (Sent. 22 Setiembre 1859).

Corresponde exclusivamente al juez de primera instancia la calificación de la fianza que preste el retrayente de consignar el precio de la finca luego que le sea conocido (Sent. 27 Enero 1860).

Para cumplir lo prevenido en el art. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil, basta que el retrayente consigne expresamente en la demanda el compromiso de conservar la finca retraída, adquiriendo la estabilidad necesaria en la toma de razón en el oficio de hipotecas (Sent. 27 Enero 1860).

La demanda de retracto no es admisible cuando está destituida de los requisitos que el artículo 674 de la ley de Enjuiciamiento civil exige como indispensables para que pueda dársele curso (Sent. 23 Mayo 1861).

Si bien el principio jurídico de que *al imposible nadie está obligado* puede excusar la firma de letrado en una demanda de retracto, si existe imposibilidad material de obtenerla, no así para eximir al retrayente de cumplir con las demás formalidades que exige el artículo citado, y que como cosa personal está en actitud de llenarlas (Sent. id. id.).

Ofrecida por el que presenta demanda de retracto la oportuna fianza, y prestada despues, según la designación judicial, queda suficientemente asegurado el pago del precio de la cosa que se intenta retraer, y no se infringe lo dispuesto en el número 2.º del art. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 12 Junio 1866).

A la Sala sentenciadora corresponde apreciar la prueba que se suministre acerca de si el precio que se consigna en una segunda escritura de venta de la cosa sobre que se intenta el retracto, es malicioso y con ánimo de perjudicar al retrayente, á cuya apreciación hay que atenderse si contra ella no se alega que al hacerla

se haya cometido infracción de ley ó doctrina legal (Sent. 1.º Julio 1870).

COMENTARIO

La ley de Enjuiciamiento civil, que confirma en parte y en parte modifica la legislación vigente sobre este punto, exige, para que se dé curso á las demandas de retracto:

1.º Que se interponga en juzgado competente dentro de nueve días, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta.

2.º Que se consigne el precio, si es conocido, y si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo fuere.

3.º Que se acompañe alguna justificación, aunque 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 retraída en lo ménos dos años, á no ser que alguna desgracia hiciera venir á ménos fortuna al retrayente, y le obligare á la venta.

7.º Que se acompañe copia de la demanda en papel comun.

Artículo 1526.—Si los bienes de patrimonio ó abolengo se hubieren vendido al fiado, deberá el retrayente constituir, dentro del término marcado en el art. 1519, fianza de que pagará el precio al tiempo en que estaba obligado á hacerlo el comprador.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec. (72 de Toro).

JURISPRUDENCIA

La ley 6.ª, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec., sobre retracto de las cosas vendidas al fiado, ha sido derogada por la de Enjuiciamiento civil (Sentencia 27 Enero 1860).

No haciendo mención el tit. XIII de la ley de Enjuiciamiento de las ventas al fiado ó á plazos, no es posible en este caso la consignación de todo el precio, obligando al retrayente á más de lo que estaba obligado el comprador (Sentencia 12 Junio 1866).

La fianza que asegura el precio en los plazos y forma convenida, equivale á la consignación del mismo, cuando desde el momento no es exigible, puesto que por el espíritu y letra, así de

la antigua como de la nueva legislación, el retrayente queda subrogado en el comprador con las mismas obligaciones que éste contrajo (Sentencia 12 Junio 1866).

COMENTARIO

¿Está vigente la ley 6.ª, tit. XIII, lib. X, de la Nov. Rec., cuya doctrina se contiene en este artículo?

En sentir de unos autores, está derogada por la ley de Enjuiciamiento civil: en opinión de otros, continúa vigente; y la verdad es que el mismo Tribunal Supremo sostiene á un tiempo mismo ambas soluciones (Véanse las sentencias de 27 de Enero de 1860 y la de 12 de Junio de 1866, que hacen afirmaciones contrarias.)

En nuestro sentir, es, sin embargo, más racional la doctrina de la última, no sólo por las razones que los mismos considerandos asientan, sinó porque en general somos poco afectos á la derogación virtual de las leyes.

Artículo 1527.—El retrayente de bienes de patrimonio ó abolengo deberá prestar juramento de que quiere la finca para sí, y que no obra fraudulentamente.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

Y jure que la quiere para sí (la finca) y que no lo hace por otro engaño. Este precepto de la ley recopilada, en realidad no es otro que el contenido en el párr. 2.º de nuestro art. 1525, tomado del 674 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Como el retracto es un derecho personalísimo, y que obedece al deseo de conservar dentro de la familia las fincas que se heredaron de los padres ó de los abuelos, la ley ha tenido que fijar ciertas limitaciones conformes con aquel carácter que hemos asignado al retracto. El que retrae lo ha de hacer para sí y no para otro; por eso, si obrase fraudulentamente, no sería atendible la facultad de retraer, y por eso ha de obligarse á no enajenar la heredad en el término de dos años á lo ménos, según en otro lugar dejamos dicho.