

## LEY SEPTUAGÉSIMA.

---

(L. 9.<sup>a</sup>, TÍT. 11.<sup>o</sup>, LIB. V DE LA REC., Y L. 4.<sup>a</sup>, TÍT. 13.<sup>o</sup>,  
LIB. X DE LA NOV.)

Ampliacion del derecho de retracto á las cosas de patrimonio vendidas en almoneda.

La ley del Fuero, que habla acerca del sacar el pariente más propinco la cosa vendida de patrimonio por el tanto, haya tambien logar cuando se vendiere en él almoneda pública, aunque sea por mandamiento de juez: y los nueve dias que dispone la ley del Fuero se cuenten en este caso desde el dia del remate, con tanto que consigne el que la saca el precio é faga las otras diligencias que dispone la ley del Fuero é la ley del ordenamiento de Nieva, é assi mismo haya de pagar al comprador las costas y el alcabala si la pagó el comprador antes que la cosa ansi vendida le sea entregada.

### COMENTARIO.

1. Retracto: hé aquí otra materia que ha ofrecido vastísimo campo á los civilistas, para dividirse en muchas y distintas escuelas, no sólo sobre el origen de su institución é influencia que ejerció en algunos pueblos esta limitacion del dominio, sino tambien sobre si es llegado el tiempo de abolir ese medio indirecto de amortizar la riqueza inmueble, con no pequeño perjuicio del que entró en su goce y la mejoró aumentando naturalmente su valor. Uno de los mayores inconvenientes con que tropezamos al emprender este trabajo, fué la suma dificultad con que habíamos de luchar cuando comentáramos ciertas leyes que abrazaban principios generales que no se podian tratar á la ligera; pero que al propio tiempo no era posible discutirlos

con tanta extension, que convirtiera este libro en una compilacion de los principales teoremas de la jurisprudencia civil. Resignados á cumplir con nuestro propósito y partidarios en muchos casos de los términos medios, adoptamos este temperamento al ocuparnos de los difíciles á la par que de los interesantes capítulos sobre matrimonio, mayorazgos, prescripcion, censos, mejoras, etc. Lo propio haremos al debatir las cuestiones más interesantes sobre el derecho de retraer, porque al fin el jurista español tiene que saber, no sólo la teoría, sino tambien la práctica, porque despues de todo, los retractos están vigentes en nuestra legislacion y son no pocos los pleitos que sobre ellos se promueven.

2. Retraer es lo mismo que redimir ó sacar la cosa del que la compró anulando un contrato válido y legítimo y entregando como es natural al comprador de la cosa el precio que dió por ella. Esta sencilla y simple definicion denota que hay algo de repugnante en la constitucion de ese privilegio, contrario no sólo á los derechos de todo comprador de buena fé, sino muy principalmente á los que tenía y conservaba al antiguo dueño, los cuales no sufren poco quebranto, porque el temor de que se utilice esa facultad de redimir por aquel ó aquellos que estén favorecidos de semejante facultad, impedirá que haya la oportuna competencia para la adquisicion de la cosa vendible y la falta de concurrentes ó licitadores para la adquisicion de la finca, ha de influir é influye naturalmente en la depreciacion de su valor. Pero no invirtamos el orden tratando prematuramente cuestiones que se han de discutir en su lugar oportuno.

3. Bástenos saber, que si el retracto es un privilegio, una ley excepcional en favor de determinadas personas ó clases de la sociedad, habrá muchas legislaciones y muchos pueblos en donde no se haga uso ni se haya conocido esa especie de cortapisa al mayor y más principal de los contratos consensuales, á la compra-venta. Sin embargo, su antigüedad es remotísima, puesto que en el Levítico, capítulo 25, versículo 25, se leen estas palabras: «*Si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, et voluerit propinquus ejus, potest reddimere quod ille vendiderat.*» Digan lo que quieran, sin embargo, los libros santos, que tantos principios de legislacion civil comprenden, hay razon para sostener que varios de esos mismos principios fueron desconocidos en la legislacion romana y en la que se introdujeron cuando ya el cristianismo se iba apoderando de las leyes y costumbres del pueblo rey. A fines del siglo iv y en tiem-

po de los emperadores Valentiniano II y Teodosio, ya se quiso corregir el abuso introducido hacía no poco tiempo, concediendo á los parientes y condueños la libertad de excluir á los extraños en la venta que hicieren de dichos bienes. De este particular se ocupaba la ley 14.<sup>a</sup> *C. de contrahenda emptione*.

4. Más de un autor cree, y nosotros abundamos en la misma opinion, que el emperador Constantino fué quien introdujo esa novedad en favor de los parientes, contrariando las doctrinas generales sobre compra-venta y sobre el absoluto dominio de las cosas que tan en boga estuvo en la legislacion romana.

5. Y nos parece fuera de lugar entrar en el exámen de, si cuando al mismo vendedor ú otra persona extraña se le daba este derecho de retraer ó redimir, sería válida esta condicion, si lo declaraba la ley 75.<sup>a</sup> *ff de contrahenda emptione*, y otras de las *Pandectas*, porque es un principio universal de derecho, que todos los pactos que no se opongan á ley escrita ó á los principios generales de buena moral, tienen que acatarlos y obedecerlos los contrayentes, porque su voluntad en casos tales es la suprema ley. Y claro y evidente es, que si el vendedor de una cosa se reservó el derecho de volverla á adquirir por el tanto, cuando el comprador quisiera enajenarla á un tercero, esa facultad no tendria su apoyo en un privilegio, sino en el antiguo dominio que ese mismo adquirente tenía ántes de la enajenacion primitiva. En realidad esa es la esencia de la retroventa, que es tan antigua como la misma venta, lo cual tiene lugar, no sólo cuando el comprador quiere vender la cosa por su justo precio á un tercero, sino cuando el antiguo dueño desea reivindicarla, no por el valor que en sí tenga, sino por el precio que por ella recibió. No se confunda, pues, un derecho tan legítimo y natural como éste, que subsistirá siempre, cualesquiera que sean las reformas que se hagan en materia de retractos y que nosotros no admitimos se le llame tal retracto convencional, porque es una de las muchas condiciones que se pueden poner en las escrituras de compra-venta independientes y sin conexión alguna con el odioso privilegio de retracto.

6. Y disimúlesenos que hablemos muy poco de las *Metracomias*, que era el derecho concedido á los convecinos para adquirir las fincas colindantes. Si el retracto de sangre, que es el otorgado á los parientes dentro del cuarto grado y áun el mismo de los comuneros, que es el otorgado al condueño, tienen impugnadores de mucho saber, no se concibe siquiera qué razon de utilidad ni áun de política se podia dar para que los em-

peradores Leon y Antonio en 463 hicieran esa concesion á los habitantes de las expresadas metracomias, que eran las cabezas de partido de los barrios comprendidos en ellas. No sucede lo propio con la facultad del dueño del dominio directo de poder adquirir el dominio útil cuando lo enajenase su dueño, segun se dispone en la ley 3.<sup>a</sup>, *C. de jure enfitéutico*.

7. Un peso enorme se nos quita cuando abandonamos la legislacion romana para ocuparnos de lo que dispone nuestro derecho sobre una materia dada. Así nos sucede ahora al recorrer nuestros códigos antiguos y buscar el origen del retracto en nuestro derecho. Suponen muchos tratadistas que hasta que se promulgó el Fuero Viejo de Castilla no se conoció el retracto de sangre en España. En efecto, en las leyes 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, tít. 1.<sup>o</sup> del lib. IV de este código, se habla de muchos casos de venta y reconociendo el derecho inconcuso del pariente para poder adquirir la cosa de abolengo por el tanto. Pero cabalmente el tono y la frase de esas leyes nos hacen sospechar que esa costumbre era más antigua en España, perdiéndose en la oscuridad de los tiempos. Con el retracto sucede lo que con el derecho de *troncalidad* y hasta con la ereccion del mayorazgo, cuyas instituciones se introdujeron primero en las costumbres, y de ello se encuentra más de un vestigio en los fueros particulares y en las cartas pueblas.

8. Y nuestras conjeturas tienen todavía más defensa revisando hasta las incompletas leyes del Estilo, que sólo hablaban de aquellas materias que estaban muy generalizadas y era necesario corregir ó regularizar. Las leyes de procedimientos, y de esta especie eran las del Estilo, nunca se promulgan sino cuando la reforma es muy necesaria y perentoria. Pues bien; no en una, sino en dos leyes, se ocupó el legislador del retracto; y si en el Fuero Viejo de Castilla se hablaba de este asunto como de una cosa corriente y muy conocida, más explícito es el lenguaje de las dos citadas leyes del Estilo. La 220.<sup>a</sup> decia que cuando las cosas se venden en almoneda pública, no ha lugar al retracto de abolengo; y la 230.<sup>a</sup> del mismo libro añade que la ley del Fuero del tanto por tanto ha lugar tambien en el reino de Leon, advirtiéndose la particularidad de que en dicha tierra de Leon duraba nada ménos que un año el derecho de retraer.

9. Pero en donde se estableció la verdadera jurisprudencia fué en el Fuero Real, porque la ley hoy vigente es la 13.<sup>a</sup>, título 10.<sup>o</sup>, lib. III de dicho Fuero, y ahora es la 1.<sup>a</sup> del tít. 13.<sup>o</sup>, li-

bro X de la Novísima Recopilacion. Aunque no somos partidarios de copiar al pié de la letra las disposiciones legales, hay leyes que por su claridad y elegancia merecen trasladarse al pié de la letra, no trasmitiéndolas del código mal llamado Novísima Recopilacion, sino de los antiguos cuerpos legales. «Todo home que heredad de patrimonio, ó de abolengo quisiere vender, sí home de aquel abolengo la quisiere comprar, tanto por tanto hayala ante que otro alguno: é si dos, ó mas la quisieron que son en igual grado de parentesco, hayala el mas propinco: mas si ante que la heredad fuere vendida no viniere el pariente, é del dia que fuere vendida fasta nueve dias viniere, si diere el precio porque es vendida la heredad, hayala: é si el pariente mas propinco no lo quisiere demandar, otro pariente no lo pueda demandar, é si el mas propinco no fuere en el lugar, puedala demandar otro de su linage: mas si la quisiere por otra heredad cambiar, no la pueda ningun pariente contradecir: y aquel pariente que quiere la heredad que es á otri vendida, dele el precio que le costó, é jure que la quiere para sí, é que no lo face por otro engaño.»

10. Y aun ántes de qué llegaran los desgraciados tiempos de que se recopilaran á monton y sin ningun criterio las leyes del país, ya se reproducia lo mismo que dice la ley del Fuero Real en la 6.<sup>a</sup>, tít. 7.<sup>o</sup>, lib. V del Ordenamiento Real, que tiene por epígrafe: «Cómo se puede sacar la heredad del patrimonio ó abolengo tanto por tanto.» En el fondo de la ley se prevé el caso de que sean dos parientes de igual grado los que aspiren á la finca, divídánla por mitad é introduciendo una novedad importante, cual es que cuando la cosa se permuta no ha lugar al retracto, exigiendo ademas del pariente, cuando aspira á retraer, que jure que la quiere para sí y que no lo hace por otro engaño.

11. A muy luégo D. Enrique IV dió nuevas aclaraciones en Nieva en el año de 1473 á la ley del Fuero Real, restringiendo ese mismo derecho de retracto porque no concedia restitution *in integrum* á los menores ni á los ausentes, y tambien daba la preferencia al hijo del vendedor, cuando concurriese un hermano del mismo vendedor con idéntica pretension.

12. Por más claras y explícitas que estén estas leyes, ocurrieron muchas dificultades y de diversa especie cuando se trató de las ventas judiciales. Comprendiendo la ley del Fuero Real y la del Ordenamiento de Nieva, se determinó en esa ley 70.<sup>a</sup> de Toro que cuando se vendiese la cosa en almoneda pública, aunque fuese por mandamiento del juez, hubiese lugar al retracto

y que se contaran los nueve dias desde el en que se hiciese el remate. A pesar de ser tan categórico el precepto de la ley, han pretendido algunos comentaristas que el derecho de retraer no podia hacerse extensivo á las ventas judiciales, porque entónces no era el antiguo dueño sino la justicia quien verdaderamente vendia. Sutileza escolástica inadmisibile, porque el juez, en realidad, no hace más que presidir el acto, y quien ciertamente vende, aunque á ello sea obligado por la autoridad pública, es el dueño de la cosa. Pero áun cuando pudiera cuestionarse sobre la personalidad del deudor, la del acreedor, á cuya instancia se enajena, y la del mismo juez que manda llevar á efecto la venta, no tienen el carácter que se les quiere dar y no hay otro remedio más que atenerse á las palabras terminantes de la ley, que dice que ha lugar al retracto aunque la cosa se venda en almoneda pública, *aunque sea por mandamiento del juez*. Y no bastan sofismas ni salidas ingeniosas, siquiera sean de Montalvo ó cualquiera otro jurisconsulto de su talla. Todas esas observaciones estarán en su lugar cuando se discuta si se debe ó no se debe suprimir ó restringir el derecho de retracto; pero estando en toda su fuerza y vigor la ya anunciada ley 70.<sup>a</sup> de Toro aclarando la del Fuero Real y tambien la del Ordenamiento de Nieva, la deduccion legitima que debe sacarse es que ha lugar al retracto en las ventas públicas, ya sean estas voluntarias ó forzosas, ya las persiga ó no la autoridad judicial.

13. Legítima será la curiosidad del que pregunte qué cosas son las susceptibles del retracto de sangre. La contestacion es muy fácil, ya atendiendo á la naturaleza del abolengo, ya á lo que está previsto y mandado en una ley bien antigua inserta en la misma Novísima Recopilacion. Abolengo, como la misma palabra indica, se refiere á cosas de nuestros antepasados, de nuestros abuelos; y si sólo el derecho de retraer se limita á las cosas que tienen este carácter, cuando no concurra esta circunstancia no puede presumirse siquiera que haya esa aficion á la troncalidad. Don Enrique II en 1371, y contestando á la peticion 10.<sup>a</sup> de los Procuradores en la ciudad de Toro, dijo que el retracto de sangre tuviese lugar cuando el vendedor enajenara los bienes que habia heredado, no cuando se tratara de la venta de fincas adquiridas por el mismo vendedor, ya procediesen de compras, trueque, donacion ó cualquiera otro contrato entre vivos.

14. Dejando al comentario de las leyes 71.<sup>a</sup> á la 75.<sup>a</sup>, que bien pronto nos han de ocupar todo lo que á las mismas perte-

nezca, bueno es explicar aquí los principios generales que pueden ofrecer alguna duda. Una de las principales ha sido desde cuándo debe empezarse á contar ese plazo de los nueve dias. La ley responde por nosotros. Si los legisladores de Toro han dicho que se cuenten esos nueve dias desde el en que se hace el *remate*, respecto de las ventas públicas y judiciales no puede ocurrir ninguna dificultad, porque la contestacion directa es que la ley lo previene así y no es susceptible de interpretacion ni tergiversacion alguna cuando el texto legal es expreso y terminante.

15. Discutan lo que quieran los glosadores sobre el dia ó el momento en que deben empezar á contarse esos nueve dias en las ventas privadas, defendiendo la mayoría, á cuya cabeza se hallan Antonio Gomez, Covarrubias y Molina, que esos nueve dias empiezan á correr desde el en que se otorgó la escritura de venta, y defendiendo algun otro que el plazo debe empezar á contarse desde el momento en que se entrega la cosa. Esta última doctrina no tiene apoyo alguno, ni en las muchas leyes que se han promulgado sobre retractos, ni aún en el criterio legal, porque si no hay jurista que desconozca que ese tanto perjudica no poco al precioso derecho de dominio, todas las leyes que le limiten tienen que interpretarse estrictamente, como sucede á todo lo que es odioso.

16. No se nos oculta que en casos tales el vendedor y comprador pueden eludir perfectamente el derecho del retrayente, ejecutando una venta con el mayor sigilo, y mal puede hacer uso de un derecho aquel que ignora completamente, sin culpa suya, que puede ejercitar ese mismo derecho. El inconveniente es cierto; pero todavía lo es mayor cuando se fija á las cosas, no un verdadero precio, sino uno ficticio, suponiendo que se ha vendido, v. gr., en 1.000.000 de reales lo que sólo tiene el verdadero coste de 800.000. Habrá en esto falsedad y tendrán tambien los contrayentes que pagar en razon de esa suma el antiguo derecho de alcabala, que es el que hoy se llama hipotecario ó de inscripcion; pero lo cierto es, que como el retracto es tan irritante y esas disposiciones se pueden eludir utilizando no pocos recursos, la conciencia pública no suele ser tan austera que censure acremente al que dice que vende por quince lo que quizá enajenó por diez, y sobre cuyo extremo son imposibles las pruebas, porque al fin se trata de actos de dos personas, comprador y vendedor, que no han de ir á decir la verdad en perjuicio suyo, cuando á sabiendas faltaron á ella. Nunca he-

mos dado este consejo á nuestros clientes, ni ménos aplaudimos la conducta de los que tales medios emplean; pero obligacion nuestra es presentar las cosas como pasan en realidad para que en su tiempo y por quien pueda hacerlo ponga remedio á estos no pequeños inconvenientes. Quede despues de todo sentado, que tanto en las ventas en pública subasta como en las privadas, los nueve dias se cuentan desde el dia del remate en las primeras y desde la celebracion del contrato en las segundas.

17. Y apurando más la materia, todavía controvierten los autores si esos nueve dias se deben contar de momento á momento, y la mayor parte de los comentaristas se inclinan á esta opinion. De modo que si un remate se ha verificado á las doce del dia y al noveno se presenta el retrayente á la una de la mañana, segun esa opinion, ha perdido el derecho de retraer, porque á las doce del mismo dia ya habia finalizado el plazo. Atendido el texto de las leyes y á la odiosidad del retracto, esta opinion es la más defendible, porque limita el derecho; pero nos parece demasiado tirante y dura la inteligencia que se da, y no censuraríamos á los magistrados que sentenciaran lo contrario, favoreciendo al pariente que dentro de los nueve dias hubiera usado el derecho de retraer, máxime si concurrían algunas circunstancias favorables al mismo retrayente, aunque contando de hora en hora ó de momento á momento hubieren pasado en realidad los nueve dias.

18. Y cosa singular, la primera circunstancia que se exige para que sea admitido el retracto de sangre, es que la cosa que ha de retraerse sea *raíz* y que el vendedor la haya adquirido de su padre, abuelo ú otro ascendiente. Mucha aficion ciertamente puede tenerse á la casa en que se nació ó al árbol que nos dió sombra en la juventud. Por ventura, ¿no se aprecia más el aderezo que llevó nuestra madre ó el reloj que gastó nuestro padre anunciándole cómo pasa la vida? No hay consecuencia en los amantes de esa institucion que sirve para poco y que no podrá ménos de desaparecer de un buen código civil, porque cuantos más andadores se le quiten al derecho de propiedad, mayor respeto le tendrán las muchedumbres.

19. Y no se espere que nosotros entremos á distinguir qué se entiende por cosa patrimonial y qué es lo que se reputa como de abolengo. Si las palabras no son sinónimas, vienen en cierto modo á representar una misma idea, aunque la primera sea la especie y la segunda el género, ó lo que es lo mismo, que las de abolengo proceden de los abuelos y las de patrimonio de

los padres. Condenamos, por lo tanto, al más absoluto olvido, la controversia que promueve el erudito Sancho de Llamas refutando extensamente las opiniones del Albornoz sobre qué cosas son de patrimonio y cuáles son de abolengo y cuándo tiene cabida el derecho preferente del descendiente cuando lucha con un pariente transversal, pero que desciende también del que primero adquirió ó poseyó la cosa.

20. Algo más pertinentes son otras dudas que diariamente están ocurriendo. Antonio Gomez, comentando esta ley 70.<sup>a</sup>, pregunta: si un vendedor, que enajenó la finca, sin que nadie la retrajese, vuelve después á adquirirla y la enajena segunda vez, ¿habrá revivido después en favor de los parientes ese famoso derecho de retracto? El célebre comentarista, y conformándose con estas opiniones Matienzo, niega que el odioso privilegio haya renacido, porque la cosa varió completamente de naturaleza al ejecutarse la primera enajenación.

21. Más difícil de solución es el caso de que se ocupa el mismo Matienzo, á saber: retraída una finca por el pariente que tuviera título, al venderla éste, ¿hay lugar todavía al retracto en favor de los parientes que puedan usar de este derecho? Sancho de Llamas categóricamente lo niega, porque dice que ya medió en la enajenación un título oneroso que quitó á la cosa su carácter patrimonial ó de abolengo. Aunque nosotros somos enemigos acérrimos del retracto, nos parece que no son sólidas las razones en que se apoya esa negativa. El mismo derecho que tuvo el pariente para que no saliera de la familia la finca patrimonial ó de abolengo debe tener otro pariente del mismo grado cuando se vende la cosa á un extraño, y con lo cual se destruye el principio capital en que se funda el retracto. Es muy común que por deferencia á un hermano otro hermano no utilice el derecho de retracto, pero sí que lo ejecute un tío siendo la cosa de abolengo. Si este tío la enajena después, quizá en el mismo mes, ¿por qué se ha de negar al sobrino el derecho de querer conservar en la familia esa misma cosa de abolengo? Este es un caso muy distinto del anterior, porque realmente la cosa no salió nunca de la familia ni perdió su carácter.

22. ¿Y qué acontecerá cuando la finca se enajena á uno de los parientes que tienen el derecho de usar del retracto de sangre? ¿Podrá en tal caso reclamar la preferencia el pariente más propinco cuando la cosa en realidad no ha salido de la familia? La mayoría de los autores sostienen, que el derecho del pariente inmediato es inconcuso. Antonio Gomez, Gutierrez, Matien-

zo y Albornoz conceden el derecho de retraer al pariente inmediato. Sancho de Llamas se lo niega, y cabalmente sus principales racionios los apoya en que el retracto es odioso, contrario y restrictivo de la libertad natural, que compete á todo dueño para vender la cosa á quien le parezca. Estas observaciones tienen su fuerza; pero es para atacar el retracto en su base. Sentado un principio, es preciso deducir de él todas las consecuencias; y reconocido el derecho inconcuso de retraer el pariente más inmediato, no se puede eludir esta facultad, porque se acuda á vender la cosa á un pariente más lejano.

23. Y no se destruye el argumento con equiparar el retracto de sangre con el de los comuneros, en el que vendida una parte de la cosa comun á uno de los condueños, aunque sea al que tenga ménos porcion, los otros condueños no pueden pedir participacion. En primer lugar, tienen distinta naturaleza los dos retractos y no se parecen en nada. El de los comuneros, como tendremos ocasion de manifestar en adelante, descansa en la utilidad y conveniencia públicas, y no podrá nunca desaparecer de las leyes, al paso que el retracto de sangre tiene los mayores inconvenientes por confesion hasta de los mismos apologistas. Y sobre todo en ninguna ley en que se da el derecho de retraer al pariente más propincuo se dice que se pierda este privilegio porque se haya enajenado la finca á un pariente, al paso que en el retracto de los comuneros, que se rige y gobierna por los preceptos contenidos en la ley 55.<sup>a</sup>, título 5.<sup>o</sup>, Partida 5.<sup>a</sup>, en ellos se consigna de un modo expreso, que no hay lugar á retracto siempre que se haya vendido á un comunero la parte que se enajena.

24. Rebuscando casos, á más de un autor le ha ocurrido preguntar si, vendiendo el comprador la cosa dentro de los nueve dias á una tercera persona, perderá por este hecho el pariente del primer vendedor el derecho de retraerla. No ha debido perderse el tiempo que se emplea en formular semejante pregunta. El segundo comprador no tendría nunca más derechos que los que le trasmitió el primero; y si contra el primero podia ejercitar el pariente del vendedor la accion del retracto en el término de la ley, no habiendo pasado el plazo no se perdía ese derecho por actos de terceras personas. Prescindimos de la inmoralidad que en muchos casos de esta especie podria presidir á esas segundas y terceras ventas, con el manifiesto propósito de inutilizar las intenciones y deseos del que quisiera retraer.

25. Algo más importante y de más graves consecuencias es

la duda de si son susceptibles de retracto las fincas entregadas á los hijos por donacion, mejora, legado, etc. Estos bienes en rigor son tambien ó pueden ser patrimoniales y de abolengo, y sin embargo Acevedo y tambien Sancho de Llamas niegan el derecho de retraer estos bienes donados, porque no entran en la categoría de verdadera herencia, que es la que sujeta al derecho de retracto D. Enrique II en la ley inserta en la Novísima Recopilacion, ó sea la 3.<sup>a</sup>, título 13.<sup>o</sup>, libro X de dicho código. Se necesita reducir á los más estrechos límites el derecho de retraer, para asentar como asientan estos autores, que sólo tiene cabida esta facultad del pariente cuando en realidad se trata de la legítima de los hijos. La expresada ley recopilada ó sea la de Felipe II, ni la de Enrique IV, ni la del Fuero Real, que son las tres primeras insertas en el título 13.<sup>o</sup>, libro X de la Novísima Recopilacion, establecen esas diferencias entre las mejoras, donaciones y demas procedentes de los padres y las legítimas que corresponden á los mismos hijos. Las dotes, donaciones *propter nuptias* y mejoras, son bienes verdaderamente *heredados*, ya se traigan á colacion para distribuir las legítimas, ya se les dé el carácter de tales mejoras, y en este sentido no puede decirse de manera alguna que respecto de estos bienes no tiene lugar el derecho de retraer. Más diremos: en muchos casos sería imposible distinguir, qué bienes son los adjudicados como legítima y cuáles otros lo son como mejoras. La mayor parte de los glosadores no descendió al terreno práctico. Si hubieran examinado y ejecutado las muchas particiones en que ha invertido su tiempo el autor de este libro, se convencerian esos teóricos de la necesidad de englobar las legítimas con las mejoras al hacer la adjudicacion y pago de lo que corresponde á cada uno de los herederos. De aquí el conflicto, caso de ser cierta esa doctrina de estar reducido el retracto de sangre á la simple herencia, ó mejor dicho á la legítima, cuáles eran los bienes pertenecientes á ésta y cuáles los de las mejoras, cuando de todo se hace una masa comun al hacerse el pago. Unicamente en aquellos casos en que el testador designara en qué habia de consistir la mejora, puede hacerse ese deslinde.

26. Nosotros hemos defendido, y con buen éxito, el derecho de retraer bienes de abolengo sin entrar en esas distinciones, y entre otros casos podremos citar uno muy notable. El último duque de Abrantes mejoró en tercio y quinto á su hijo menor el marqués de Aquilafuente. Este tuvo por oportuno disponer de algunos bienes comprendidos en su hijuela, que se habia for-

mado con las mejoras y con su legítima, y el señor duque de Abrantes actual quiso utilizar el derecho de retracto de sangre y nadie se lo puso en duda. Y cuando recorramos las muchas y distintas sentencias dadas en esta materia, se verá que nuestro criterio legal está en un todo conforme con la jurisprudencia sentada por el Supremo Tribunal en los pocos pleitos que ocurren sobre estos graves asuntos.

27. Hemos querido hablar primero del retracto de sangre, porque es el más interesante, aunque no sea el más equitativo y justo. Los otros están comprendidos en las leyes siguientes, desde la 71.<sup>a</sup> á la 75.<sup>a</sup> inclusive, y no queremos invertir el mismo orden que trazó el legislador y con cuya advertencia queda explicado el motivo por el cual dimos nosotros esa misma preferencia al retracto de sangre.

28. Para concluir lo que al mismo concierne, bueno es ocuparnos de los casos sometidos al Supremo Tribunal. Es el primero el siguiente. Se verificaron dos ventas y se otorgaron las oportunas escrituras públicas. Perfeccionados de este modo dichos contratos, salieron parientes del vendedor haciendo uso del retracto; pero aquellas ventas primitivas se rescindieron dejándolas sin efecto. Sin embargo, los retrayentes creyeron que, habiendo nacido su derecho en tiempo hábil y en virtud de contratos solemnes, no había más remedio que adjudicar las fincas por el precio estipulado en aquellas ventas. El Tribunal Supremo negó la acción de retraer en sus sentencias de 23 de Mayo de 1859 y 11 de Febrero de 1867.

29. Se recordará que no ha mucho dijimos que no puede defraudarse el derecho del retrayente porque se verifique una nueva venta, aunque suponga cualquier motivo ó causa. Así lo tiene resuelto y decidido el Supremo Tribunal en sus sentencias de 22 de Setiembre de 1859, en la ya citada de 11 de Febrero de 1867 y 3 de Julio del mismo año. Todavía hay más. Publicada la ley hipotecaria y queriendo dar en ella gran fuerza y valor á la inscripción, hubo juristas que, aplicando mal los artículos 36 y 38 de dicha ley, supusieron que una vez verificada la inscripción en el registro, la trasmisión del dominio se había realizado de un modo solemne y no era posible rescindir el contrato ni aun por el derecho de retracto. El Supremo Tribunal ha declarado lo contrario en su sentencia de 12 de Julio de 1866.

30. También nos hemos ocupado con bastante extensión del plazo de los nueve días en que se debe hacer uso del derecho de retraer, sobre cuyo particular hablan bastante las leyes recopi-

ladas. Hoy tiene que atenerse el jurista, en primer lugar, á lo que dispone la ley de Enjuiciamiento civil en su tít. 13.º, y en el cual habla de esta materia desde el art. 673 hasta el 691. Mucho pudiéramos decir explicando y comentando esas nuevas disposiciones legales; pero repetidamente hemos indicado que semejante proceder no está en nuestras atribuciones. Únicamente diremos que aquella antigua duda de los glosadores sobre la fecha en que debia empezarse á contar el plazo de los nueve dias en las ventas judiciales ha vuelto á renovarse; pero por fortuna el Supremo Tribunal fijó su jurisprudencia en su fallo de 23 de Octubre de 1866 y 14 de Mayo de 1867.

31. A propósito de la fijacion del dia en que ha de empezar á contarse el plazo de los nueve dias en las ventas judiciales, se determina en esas dos sentencias que no está prohibido presentar la demanda ántes del otorgamiento de la escritura de venta, lo cual puede ejecutarse al dia siguiente de verificado el remate, aunque se tarde uno, dos ó tres meses en el otorgamiento de dicha escritura. Y esto es muy natural y justo, porque quizá con el solo hecho de solicitar esta preferencia legal se eviten diligencias, dilaciones y gastos, que en otro caso necesariamente habian de ejecutarse para llevar á puro y debido efecto el remate, todo en perjuicio y menoscabo del antiguo dueño.

32. Todavía es de mayor trascendencia la resolucion referente á la total ignorancia del retrayente respecto á la enajenacion de la cosa. Ese plazo de los nueve dias, ¿es perentorio é improrogable áun cuando el vendedor de la cosa haya puesto en juego malas artes para que no llegue á noticia del retrayente el contrato celebrado? Ya hemos emitido algunas observaciones sobre el particular, inclinándonos á la opinion de que, en muy raros y contados casos, se pueden hacer concesiones al retrayente, que al fin viene á limitar el dominio que otra persona tiene en sus propiedades. Pero tal puede ser el abuso y la mala fé del dueño de la finca, que no haya más remedio que favorecer al inocente contra el culpable. Así lo resolvió el Supremo Tribunal en su sentencia de 27 de Junio de 1865.

33. Qué títulos y qué justificantes se deben presentar con la demanda de retracto, lo dicen los artículos 674 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil. A pesar de eso ya ocurre más de un caso en que se ha creido que si en los nueve dias no se presentaba el verdadero título de pedir, v. gr., la justificacion del parentesco del retrayente y que la cosa era de abolengo, ó el condominio del que utilizara el retracto de comuneros, se per-

dia ese derecho. El Supremo Tribunal, con su criterio acostumbrado, ha dicho que basta la presentacion de la demanda expresando el protocolo ú oficina donde está la documentacion y con lo que se prueba su derecho. No una, sino tres sentencias tratan de esta vasta materia: la de 11 de Enero de 1860, 13 de Mayo de 1864, y especialmente la de 20 de Abril de 1865.

34. En más de un pleito sobre retractos se ha sostenido que la primera diligencia que debe practicarse es la celebracion del juicio conciliatorio, sin cuyo requisito no puede progresar ninguna demanda. El art. 202 de dicha ley de Enjuiciamiento civil excluye de esta diligencia prévia la demanda de tanteo, de retracto y de cualquiera otra que sea urgente y perentoria por su naturaleza. A mayor abundamiento así tambien lo tiene declarado el Supremo Tribunal en su fallo de 11 de Enero de 1860.

35. Hemos sido demasiado prolijos al tratar de las varias y múltiples dificultades que se ofrecen al ejercitarse las acciones que nacen del derecho de retraer los bienes patrimoniales ó de abolengo. Este es el derecho constituido, y miéntras estén vivas y subsistentes esas leyes, no hay más que acatarlas y obedecerlas. Al final de este capítulo emitiremos nuestro parecer sobre lo que en lo sucesivo debe ejecutarse para garantizar más y más el dominio de las cosas. Réstanos ahora tratar de otros muchos retractos de que hablan las leyes recopiladas y tambien algunas de las de Partidas.

36. Ocupa el primer lugar el retracto de comuneros, y por él debíamos haber empezado este estudio. Toda la odiosidad, todos los inconvenientes que ofrece el retracto de sangre desaparecen en el derecho concedido á los condueños para que sean preferidos cuando un condomino quiere vender la parte alícuota que le corresponde en la finca que está *pro indiviso*. Este derecho es de jurisprudencia universal, y no hay código medianamente ordenado, ni de la antigua civilizaci6n ni de la moderna, que no lo garantice y santifique. En el extenso tít. 5.º de las ventas é de las compras de la 5.ª Partida se inserta la ley 55.ª, en que se concede ese derecho de retracto al comunero, reproduciendo en dicha ley la extensa doctrina del famoso *communi dividundo* de los romanos <sup>1</sup>. Esa misma teoríá se registra

<sup>1</sup> «Pero si alguno de los que han parte en la cosa, quisieren dar tanto por ella, como el estraño, esse la deve auer ante que el estraño. E la vendita del estraño se deve entender que puede ser fecha, ante que sean entrados en pleyto, de la parte. Ca si el pleyto fuesse ya comen-

en las leyes 8.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> del tít. 13.<sup>o</sup>, lib. X de la Novísima Recopilacion. Pero como estas dos leyes son la 74.<sup>a</sup> y 75.<sup>a</sup> de Toro, á las que todavía no hemos llegado, no es procedente invertir el órden discutiendo prematuramente lo que en otra parte se debe debatir.

37. Semejante al retracto de comuneros es el del enfiteusis, que tambien examinaremos en su caso y lugar para no confundir materias que deben tratarse separadamente y teniendo diversa significacion y produciendo distintos resultados.

38. ¿Son estos los únicos retractos que se conocen en la legislación española? Por nosotros contesta esa famosa Novísima Recopilacion, que despues de la ley 9.<sup>a</sup> de dicho tít. 13.<sup>o</sup>, lib. X, inserta otras doce leyes, cuyos epígrafes nos vamos á permitir copiar para hacer sobre todas ellas algunas consideraciones de la mayor importancia. «Ley 10.<sup>a</sup> D. Cárlos y doña Juana en Madrid, año de 1528, pet. 14. Derecho de las alhóndigas para la compra de pan con preferencia á toda persona eclesiástica ó secular.—Ley 11.<sup>a</sup> D. Cárlos y D. Felipe en Madrid, por pragm. de 1552, cap. 15. Preferencia de los abastecedores y obligados de los pueblos á tomar por el tanto en las ferias el pescado comprado por otros para revender.—Ley 12.<sup>a</sup> D. Cárlos en las ordenanzas de Madrid, de 25 de Mayo de 1552, cap. 9. Derecho á tomar por el tanto la seda, el que trate en sus texidos, con preferencia á los mercaderes que la compren para revender.—Ley 13.<sup>a</sup> D. Cárlos III, por Real decreto é instruccion de 15 de Mayo de 1760, cap. 8, 11 y 13. Privilegio y derecho de los fabricantes de seda del reyno para tantear la comprada por los extractores de ella.—Ley 14.<sup>a</sup> El mismo por resol. á cons. de 15 de Febrero, y céd. de la Junta de Comercio de 1.<sup>o</sup> de Sept. de 1772, cap. 1 y 2. Inteligencia de la ley anterior sobre el derecho de tanteo concedido á las fábricas de seda.—Ley 15.<sup>a</sup> D. Cárlos IV, por resol. á cons. de la Junta de Comercio de 6 de Julio, y circ. de 15 de Sept. de 1789. Inteligencia del derecho del tanteo concedido por las dos procedentes leyes á los fabricantes de texidos de seda.—Ley 16.<sup>a</sup> D. Cárlos y doña Juana, y en su nombre los Reyes de Bohemia en Valladolid, á 14 de Agosto de 1551. Derecho de tomar por el tanto la mitad de las lanas compradas para extraer del reyno.—Ley 17.<sup>a</sup> D. Cárlos III, por resol. á

çado en juyzio para partirla, entonces non la podra vender al estraño, fasta que fuesse partida; fuera, ende, con otorgamiento de los otros compañeros.»

cons. de Febrero, y céd. de la Junta de Comercio de 11 de Mayo de 1783, y otra del Cons. de 28 de Marzo de 1784. Nuevas reglas que han de observarse en el tanteo de lanas concedido á los fabricantes de paños, y demas texidos de lana de estos reynos.—Ley 18.<sup>a</sup> D. Cárlos IV, en Aranjuez, por resol. á cons. de 4 de Sept. de 1802, y céd. de la Junta de Comercio de 14 de Febrero de 1803. Declaracion del tanto de lanas concedido por la ley anterior á los fabricantes de paños y texidos de ellas.—Ley 19.<sup>a</sup> D. Cárlos III, por resol. á cons. de 11 de Nov. de 1769, y céd. de la Junta de Comercio de 17 del mismo. Derecho de tanteo en los géneros de sosa y barrilla concedido á las fábricas de xabon de estos reynos.—Ley 20.<sup>a</sup> El mismo, por resol. á cons. de 19 de Sept. de 1781, y céd. de la Junta de Comercio de 1.<sup>o</sup> de Marzo de 82. Privilegio de tanteo del trapo concedido á las fábricas de papel del reyno.—Ley 21.<sup>a</sup> D. Cárlos IV, por resol. á cons. de la Junta de Comercio de 19 de Enero, comunicada en circular de 21 de Abril de 1792. Privilegio y derecho de tanteo concedido á todas las fábricas de texidos de lino y cáñamo de estos reynos.»

39. Aquí está todo el sistema económico de nuestros antepasados desde principios del siglo xvi. En esas leyes promulgadas desde D. Cárlos y doña Juana, se encuentra el origen de la tasa y el sistema protector concediendo deferencias para comprar por el tanto, no sólo el trigo, sino el pescado. Se creia entonces tambien que habia corporaciones que merecian privilegio para atender y cubrir ciertas necesidades de la vida. Si esto era disculpable en cuanto á los artículos de primera necesidad, porque hoy es el dia que las municipalidades de los grandes pueblos de Europa regulan el precio del pan, porque medidas políticas así lo exigen, contrariando los principios de la absoluta libertad de la contratacion, no puede darse esa excusa cuando el legislador se entromete á regularizar la marcha de la industria.

40. En buen hora, que en tiempo de Cárlos V se creyese que las fábricas de tejidos de seda debian prosperar otorgándoles el derecho de retracto por el tanto para adquirir la seda en rama. Ese error manifiesto es indisculpable en los tiempos de Cárlos III y Cárlos IV. Las juntas de comercio, apoyando esas resoluciones, contrariaban los buenos principios que ya entonces se empezaban á conocer sobre la absoluta independenciam de la contratacion.

41. Y lo propio decimos respecto de las fábricas de paños y

tanteo de las lanas, y los géneros de sosa y barrilla, tejidos de lino y cáñamo y hasta del trapo concedido á las fábricas de papel del reino, que son las especies que comprenden todas esas leyes arbitrarias, en las que descubrirá el filósofo el principio de la decadencia de las principales fabricaciones de España. Cuando se medita sobre los adelantos agrícolas é industriales de los árabes; cuando se leen las prescripciones de los numerosos rebaños de merinos que poblaban á España y producian la más rica lana del mundo; cuando viajando por Valencia, Granada y Murcia, se observa esa distribucion de aguas y esas acequias que alimentaban la morera y el naranjo y el olivo y otros mil árboles útiles, se comprende que aquellos árabes fueran los primeros productores, porque realmente en los siglos medios desde el ix al xiv, ese pueblo era el más civilizado del mundo. No puede dudarse, que en el roce continuo de la reconquista no podia ménos el pueblo cristiano de aprender lo mismo que ejecutaba el pueblo vencido, que entónces no era expulsado y se quedaba en su propio territorio. Cuando á todo esto se agrega, que al desaparecer la media luna y concluir por completo aquella civilizacion arábica, el pueblo que tan justamente se habia vengado, tenía tal exhuberancia de vida, que surcando los mares, descubrió y conquistó los más extensos y ricos territorios del mundo, no se concibe que luégo se pusieran trabas y se concedieran privilegios.

42. ¿Y todo para qué? Para que en ménos de tres siglos decayera aquel inmenso poder y viniera la nacion, que contaba con tantos elementos, á la mayor decadencia y pobreza. No las busqueis en otras causas, sino en los funestos errores económicos y en un fanatismo religioso inexplicable. El pueblo español desde el siglo x al xv habia sido el más católico y tambien el más tolerante de la cristiandad. Luchó, sí, con el agareno; pero al propio tiempo en grandes períodos de la historia vivió en paz con los sectarios de Mahoma y respetaba y protegía á los que vivian en su territorio como lo hacian á su vez los contrarios con los cristianos que residian en las ciudades y villas dominadas por ellos.

43. Así sólo se explica cómo vino á establecerse en las comarcas mahometanas y cristianas, un tercer pueblo que tenía distintas creencias de unos y otros. Los judíos, esparramados por todo el mundo, eligieron por su principal residencia la Iberia, y no lo hubieran hecho si no se hubiera tenido con ellos tolerancia y hasta dispensado proteccion.

44. Quien niegue estos hechos, desconoce nuestra historia; y ya que somos tan desgraciados que se nos puede considerar como el último pueblo de Europa, permítasenos hacer la defensa de aquellos verdaderos cristianos, que si eran fuertes para combatir á los enemigos de su raza y de su religion, tambien llevaron su tolerancia hasta donde la ha llevado despues el pueblo romano y por consecuencia la Santa Sede, que en los últimos tiempos de su decadencia permitia, no sólo residir á los sectarios de otras religiones, sino ejercer su culto con ciertas reservas.

45. ¿Pero dónde nos conduce nuestro afan de generalizar las cuestiones? Estamos tratando de retractos y nos hemos extraviado hasta el punto de buscar el origen de la decadencia y ruina de España. En defensa nuestra diremos: que era forzoso hablar del sistema prohibitivo, y que como parte de ese sistema se admitieron las *tasas* y se creyó que los derechos de retracto y tanteo podrían aumentar y favorecer á los establecimientos industriales. La experiencia ha demostrado todo lo contrario, porque nuestras fábricas y nuestra produccion iban á tierra, ciertamente por muchas concausas; pero una de ellas, y muy esencial, fué el del otorgamiento de esos privilegios, que si en un momento dado puede favorecer al privilegiado, muy luégo y decayendo con el tiempo la concesion se arruina la misma industria que se quiere favorecer. Una prueba evidente de la exactitud de esta doctrina la encontrará el mismo lector en sus propios conocimientos. Sin duda habrá aprendido en los libros que el sistema prohibitivo de tasa habia dominado mucho en España y habia causado grandes males; pero sin duda ignoraria que habia diversas leyes sobre la materia en el título de retracto de la Novísima Recopilacion. Por nuestra parte diremos, que hace cuarenta años que manejamos este desordenado libro, y hasta que nos hemos dedicado á la redaccion de este trabajo, no habíamos pasado la vista por esas leyes que tan olvidadas y tan en desuso están.

46. Teniendo que detenernos algun tanto en el comentario de las cuatro siguientes leyes, que tambien hablan del retracto, nos parece prudente no decir más sobre el de sangre en general, porque todavía las 71.<sup>a</sup>, 72.<sup>a</sup>, 73.<sup>a</sup> y 74.<sup>a</sup>, hablan de algunos casos particulares.