

Tanteo y retracto legales en las cuerdas del Código Civil cubano

Leonardo B. Pérez Gallardo

RESUMEN

Los derechos de tanteo y retracto han sido y siguen siendo figuras de configuración difusa, a partir de su discutida naturaleza como derechos reales de adquisición preferente. El Código Civil cubano toma partido al incluirlos dentro de esta modalidad de derechos reales. En el presente artículo se hace una disección jurídica de su esencia, teniendo en cuenta sus elementos distintivos y sus principales efectos.

Sumario: **1.** El derecho de tanteo. Concepto. Aproximación a su naturaleza jurídica. **2.** El derecho de tanteo legal. Fundamento. Presupuestos. **3.** Caracteres. **4.** Supuestos en los que procede. **5.** La puesta en conocimiento del vendedor al titular del derecho de tanteo de la venta que se propone realizar. **5.1.** Vías instrumentales de la notificación. **5.2.** Contenido de la notificación. **6.** El derecho de retracto. Aproximación a su naturaleza jurídica. **6.1.** Concepto. **6.2.** Nomenclatura. **6.3.** Presupuestos. **7.** Diferencias del derecho de tanteo. **8.** Crítica a la figura del retracto. **9.** Efecto del ejercicio del derecho de retracto: la subrogación en el lugar, que no en el grado del comprador. **10.** Consecuencias de la subrogación. **11.** Del pago de los gastos del contrato y de cualesquiera otros útiles y necesarios, incluidos los realizados en el propio bien. **12.** Derecho de tanteo y derecho de retracto: ¿dos derechos independientes o dos fases de un mismo derecho? **13.** La presunción legal contenida en el artículo 228 del Código Civil. **14.** La llamada “conversión” del tanteo en retracto. **15.** La concesión cumulativa de tanteo y de retracto. **16.** La caducidad como modo de extinción de los derechos de tanteo y retracto. **17.** El plazo de caducidad. Su cómputo en el derecho de tanteo y en el derecho de retracto. **18.** La autorización administrativa para la transmisión de bienes inmuebles. Distinción del derecho de tanteo. **19.** Plazo para el ejercicio del derecho de tanteo. Fijación del dies a quo. **20.** Fuentes legales.

1. El derecho de tanteo. Concepto. Aproximación a su naturaleza jurídica

Incluido entre los derechos reales de adquisición preferente, o sea, “aquellos que facultan a su titular para adquirir una cosa determinada”¹, con características propias

1. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de derecho civil español*, t. II “Derechos reales”, Madrid, Edersa, 1981, p. 516.

de los *iura in re aliena*, el legislador cubano toma partido en este orden –criticable o no dicha posición–, al incluir el derecho de tanteo, o facultad de adquisición preferente², a cuyo tenor una persona, determinada por la ley, tiene preferencia para la adquisición de un bien que el titular pretende enajenar a título oneroso, en las mismas condiciones que propone el oferente o titular del bien.

- “el tanteo consiste en el derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa determinada, en el caso de que el dueño quiera enajenarla, y consiguientemente, la facultad que le asiste para que en este último caso, se lo manifieste así el propietario, indicándole el precio y condiciones de la enajenación”³
- “es la facultad de adquirir una cosa determinada cuando su propietario ha decidido venderla”⁴
- “faculta [...] para adquirir una cosa antes que otro [...] al que iba a ser enajenada”⁵
- “otorga a su titular la facultad de adquirir un bien determinado con preferencia a cualquier otro adquirente hipotético, cuando se proyecte su enajenación y por el tanto en que su propietario quiera enajenarlo”⁶.

Como didácticamente expresa entre nuestros doctrinantes el profesor Alberto Blanco⁷, la palabra tanteo

... indica de lo que se trata: tanteo [...] hay que tantear, hay que conocer la opinión del que puede ejercitar el derecho antes de venderlo a otro; porque si esa persona quiere adquirir por el mismo precio tiene preferencia para hacer suya la cosa de que se trata...

2. Tómese en cuenta que en el proceso de codificación se partió de un presupuesto disímil. Así, el anteproyecto de Código Civil de 1979 reguló tan solo el retracto legal en ocasión del contrato de compraventa, en sección independiente, bajo el rubro de retracto legal (arts. 292-294), siguiendo así la orientación del Código Civil español, a la sazón vigente aún en Cuba a la fecha. Este extremo fue superado en otras versiones más cercanas al momento de su promulgación. Expresa uno de los autores del Código Civil cubano, el profesor Rapa Álvarez, que el Código Civil cubano se apartó de su predecesor, que reguló los derechos de adquisición preferente en ocasión de la compraventa, al concebir al tanteo y al retracto como verdaderos derechos reales sobre bienes ajenos. Vid. RAPA ÁLVAREZ, Vicente, *Propiedad y otros derechos sobre bienes*, La Habana, Félix Varela, 1999, p. 134.

3. Vid. BADENES citado por CARRANCHO, María Teresa, “Derechos de tanteo y retracto establecidos a favor de la administración”, en *La circulación de los bienes muebles culturales*, 2001, p. 1. [Id. vLex: 180007. Fecha de consulta: 18/7/2015,].

4. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. III, Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 120.

5. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil III. Derecho de bienes*, Madrid, Edisofer, 2010, 11ª ed., p. 801.

6. URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *El retracto convencional y el retracto legal (según el Código civil venezolano)*, Caracas, Ediciones Liber, 2006, p. 81.

7. BLANCO, Alberto, *Curso de obligaciones y contratos en el derecho civil español*, t. III, La Habana, 1959, 2ª ed., p. 186.

Del derecho de tanteo se ha dicho –no sin razón– que tiene “un contorno ambivalente o impreciso [...] intermedio entre los de naturaleza personal y naturaleza real”⁸, razón por la cual la doctrina científica no ha sido nada pacífica al estudiarlo. Espín Cánovas es de los autores que defiende la existencia de la categoría de derechos reales de adquisición preferente, en la que ubica al tanteo, al retracto y al derecho de opción. Su carácter real lo atribuye el autor a que tales derechos (los mencionados) “otorgan la facultad adquisitiva de la propiedad de una cosa mediante una preferencia sobre las demás personas que pretendan adquirirla o la hayan adquirido”⁹. Castán Tobeñas también se afilia a esta tesis¹⁰. Albaladejo sigue igual orientación, llamándolos también pretensiones de transmisión, ya que “autorizan a su titular para obtener de otra persona, a la que pertenece la cosa, la transmisión de la misma”¹¹. Para este autor, la naturaleza indudable que tiene el tanteo, al igual que el retracto y la opción, de ser concebido como derecho real está dada en que: limita el señorío del dueño de la cosa, que le quita la libertad de enajenarla a quien quiere y al gravar la cosa, la sigue y pesa sobre ella, esté en poder de quien sea, de modo que faculta a su titular para obtener su adquisición, no solo mientras es del primer dueño, sino frente a cualquiera, de modo que puede perseguir la cosa en manos de cualquier otra persona que la haya adquirido y exigirle la restitución.¹²

Lacruz Berdejo les califica como derechos reales limitados “que facultan a su titular para conseguir la transmisión a su favor de una cosa o derecho, por quien fuera su dueño (o su titular), pagando su precio”¹³. Díez-Picazo, por el contrario, niega que el tanteo, al igual que el retracto, tenga naturaleza real, al no atribuirle a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa. A su juicio, se trata de

... simples facultades de adquisición, que determinan la posibilidad de decidir la configuración de una situación jurídica y por ello pueden ser englobados dentro de los llamados *grosso modo* derechos potestativos.¹⁴

Se aduce que esta preferencia adquisitiva “priva al propietario de la cosa [...] de su libertad de enajenarla a quien quiera”, de ahí que se erija en “una limitación o gravamen de la propiedad”. Los derechos de adquisición preferente “afectan a la facultad

8. DE LA RICA, Ramón, “El derecho de tanteo. Su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efectos de ésta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de España, nº 534, septiembre-octubre 1979, pp. 1037-1050.

9. ESPÍN CÁNOVAS, D., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 517.

10. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español. Común y foral*, t. II, Madrid, Reus, 1957, 9ª ed., p. 44.

11. ALBALADEJO, Manuel, ob. cit. (cfr. nota 5), p. 800. Similar posición también asume O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil*, t. II, v. I, 2001, pp. 1-2. [Id. vLex: 215466. Fecha de consulta: 22/7/2015].

12. Ídem.

13. LACRUZ BERDEJO, José L. y otros, *Elementos de derecho civil III. Derechos reales*, v. II, Madrid, Dykinson, 2009, 3ª ed., p. 343.

14. Díez-Picazo, L., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 120.

dispositiva y se extinguen por su ejercicio al conferir el dominio”¹⁵. En postura contraria, que comparto,

... cabe considerar que el derecho de tanteo incide sobre la libertad de contratación no de disposición, pues limita la libertad de elección de la otra parte contratante, llegando a sustituir al comprador, y si bien no incide en el poder de autodeterminación, sí en la libre elección de la otra parte...¹⁶

Como apunta Lacruz Berdejo, el derecho de tanteo incide en que se desvíe hacia su titular el impulso transmisivo, que en principio estaba dirigido hacia otra persona.¹⁷

2. El derecho de tanteo legal. Fundamento. Presupuestos

El precepto solo admite el tanteo legal, o sea, la preferencia de adquisición, derivada *ex lege*.

Para que opere el derecho de tanteo se exigen como presupuestos:

1) Estar legitimado por ley para el ejercicio del derecho, al estar incurso en alguna de las situaciones jurídicas de las comprendidas por el legislador.

Para que prospere el ejercicio del derecho de tanteo, su titular debe estar legitimado por ley. No toda persona es titular del derecho de tanteo, sino tan solo aquellas que el legislador en concreto habilita, generalmente sustentado en razones de política jurídica o de connotación social. De ahí, que en esencia en el derecho comparado se le franquea tal derecho a los inquilinos respecto del propietario enajenante, a los copropietarios, en la compraventa de cuotas de participación a terceros de uno de ellos, al litigante, en caso de compraventa por el contrario del bien que se discute judicialmente, al usufructuario en el caso de compraventa del bien por el nudo propietario, en iguales circunstancias, al superficiario y a los cotitulares de fincas colindantes, cuando uno de ellos pretenda venderla a un tercero.

2) Proyectarse o concertarse una enajenación del bien a título oneroso, por concepto de compraventa.

Tratase el tanteo de un derecho que se ejercita en una fase en que el contrato de compraventa se ha proyectado, pero no consumado. El tanteante o titular del derecho de tanteo, de ejercitarlo, adquiriría el bien objeto del contrato, en las condiciones en que el vendedor propone concertar la compraventa, si bien esta no se ha consumado. Así, el precio que pagará el titular del derecho de tanteo es el fijado por el vendedor, ya que él no participa en su fijación. Se acepta la oferta de compraventa en

15. Ídem. Esta misma posición la asume ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A., *Curso de derechos reales*, t. II, Madrid, Cívitas, 1987, pp. 97-98.

16. COCA PAYERAS citado por CARRANCHO, M. T., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 2.

17. LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, ob. cit. (cfr. nota 13), p. 343.

los términos fijados por el vendedor, o simplemente se renuncia al derecho a adquirir el bien.

El tanteo supone un acuerdo de voluntades en potencia; hay, entre vendedor y comprador, algo más que unos tratos preliminares: la decisión, irrevocable entre ellos, de vender y comprar –con los elementos esenciales (cosa, precio) bien determinados– si el titular no ejercita el tanteo; sólo falta el otorgamiento y, por tanto, la transmisión posesoria y la adquisición dominical.¹⁸

No se olvide que el tanteo conculca la libertad de contratación, porque impone un sujeto contratante no querido o no buscado por el otro. El legislador traza los derroteros o pautas del contrato, en lo que a uno de los sujetos compete, a pesar de que el otro no lo elige, no es la contraparte contractual buscada.

El tanteo sólo puede ejercitarse antes de perfeccionarse el contrato, el cual en realidad se celebra con el que lo ejercita, no con el que pretendía adquirir la cosa.¹⁹

Sobre este particular, Albaladejo matiza en el sentido de que

... el derecho de adquisición funciona [...] entre el contrato encaminado a la transferencia de la cosa [...] del que solo nace la obligación de transferirla y la enajenación o transferencia de esta, mediante su tradición al comprador.²⁰

Los sujetos que intervienen son: el titular del bien o del derecho objeto de compraventa, el tercero interesado en su adquisición, y el tanteante.

En relación con las enajenaciones para las que este derecho se concede, cabe argüir que por regla general, tal y como lo regula nuestro Código Civil, atañe a las enajenaciones a título de compraventa, incluida también la dación en pago (*vid.* art. 297), que a estos efectos importa una compraventa, en la que el precio es la suma debida y la cosa lo dado en pago de ella. Por ello, le asiste razón a Albaladejo cuando aduce que

... se puede afirmar que, como regla, se otorga para el caso de enajenación por venta (o dación en pago), y que, excepcionalmente, se concede también a veces, para otras enajenaciones o figuras equiparadas...²¹

Estas pueden ser las enajenaciones en juicio ejecutivo o en subasta, incluso por concepto de permuta o de donación.

18. Ídem, p. 348.

19. DEL VALLE MORE, José, *Compraventa civil y mercantil. Estudio teórico-práctico*, La Habana, Lex, 1945, p. 359.

20. ALBALADEJO, Manuel, *ob. cit.* (cfr. nota 5), p. 805.

21. Ídem, p. 808.

Más discutido resulta de la formulación del artículo 226 del Código Civil la posibilidad que franquea el codificador de que el tanteante al ejercitar su derecho pague el precio legal, y no el convenido. Es cierto que la norma jurídica deja abierta la alternativa, de ahí la utilización de la conjunción disyuntiva “o”, de que el tanteante adquiera un bien por el precio convenido, como resulta justo, pues si él evita que el tercero lo adquiera, debe pagarle al vendedor el precio que este ha fijado y no otro, debe atemperarse a las condiciones establecidas en el contrato y no imponer las que él quiera, pues no ha sido él el elegido por el titular de la cosa en su venta proyectada, sino impuesto por la ley. Empero, con esa formulación se está ofreciendo una ventaja al Estado, que en Cuba ha sido y aún es, el eterno destinatario de las normas sobre derecho de tanteo y de retracto²², favoreciéndole no solo en la preferencia, sino en una preferencia cualificada, cuando la ley da la posibilidad de que el pago realizado sea, acorde con el precio legal, y no con el precio contractual, tal y como aconteció durante años en materia inmobiliaria, en la que antes de la vigencia del Decreto-Ley 233/2003 que prohibió expresamente la compraventa de viviendas, eufemísticamente hablando existía el derecho de disponer de la vivienda incluso por compraventa, pero había que pedirle autorización al Estado, a través del ente administrativo (Dirección Provincial de la Vivienda), quien en todo caso ejercitaría el derecho de preferencia para adquirir el bien²³.

3. Caracteres

En la doctrina española, el profesor Acedo Penco²⁴ sistematiza los caracteres de los derechos reales de adquisición preferente, aplicable por tanto no solo al tanteo, sino también al retracto, incluso al derecho de opción, de la siguiente manera:

22. *Vid.* a tal fin los comentarios del profesor Alberto Blanco sobre el derecho de tanteo a favor del Estado contenido en el Decreto 102 del 8/1/1934 (BLANCO, A., *ob. cit.* [cfr. nota 7], pp. 188-190). Igualmente, la referencia que hace el profesor Rapa Álvarez sobre las legislaciones pre y postrevolucionarias reguladoras de tales derechos, esencialmente a favor de entes públicos, ya sea el Estado, los municipios o el Banco Nacional de Cuba (*Vid.* RAPA ÁLVAREZ, V., *ob. cit.* [cfr. nota 2], pp. 137-139 y 142-144).

23. Art. 70, 1^{er} párr., Ley General de la Vivienda: “Cuando se trate de transmitir la propiedad de una vivienda por compraventa o donación, deberá realizarse ante notario por el precio que acuerden las partes o sin precio alguno y previa autorización de la correspondiente Dirección Provincial de la Vivienda, que tendrá derecho de tanteo para adquirirla en propiedad para el Estado, abonando al propietario el precio legal establecido en la presente Ley, menos el importe de la parte del precio que estuviera pendiente de pago, en su caso”. Tanteo que existía no solo en caso de compraventa sino también, y por asombro, en caso de donación, lo cual resulta inaceptable, pues el *animus donandi*, que en principio es irremplazable, se concreta sobre una persona en particular, no sobre el sujeto que el Estado impone, para colmo, el mismo. A fin de cuentas, el precepto fue letra muerta, pues no recuerdo ningún caso en que un particular haya vendido al Estado, con motivo del derecho de tanteo autofranqueado por el Estado a su favor, su vivienda, mucho menos, al precio legal, que en esa fecha y aún hoy, en nada se corresponde con el valor legal del inmueble, ni con los precios en que el mercado no oficial, se venden las viviendas.

24. ACEDO PENCO, Ángel, *Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, Madrid, Dykinson, 2013, 2^a ed., p. 254.

- a) Son derechos *reales* porque el poder que confieren sobre la cosa se puede ejercer *erga omnes*.
- b) Son derechos reales *limitados* en tanto restringen el dominio en todo lo que aquéllos reconocen, polarizando a su favor la facultad dispositiva del dueño.
- c) Son derechos *subjetivos potestativos*, porque confieren a su titular la facultad de adquirir el dominio, pero sólo si este quiere.
- d) Son *inscribibles* en el Registro de la Propiedad, aunque un sector de la doctrina defiende que en el caso de los tanteos y retractos legales, no es necesario por la garantía misma que ofrece la publicidad legal.
- e) Son derechos *preferentes* y *excluyentes*, sobre cualquier otra persona que no ostente tales derechos.
- f) Son derechos temporarios, *sujetos a un plazo de caducidad*, de modo que si no se ejercitan en ese interregno, perecen²⁵.

Agrega Lacruz Berdejo:²⁶

- g) Son derechos de *tracto único*, por cuanto su ejercicio los agota.
- h) Su *absolutividad* descansa en la publicidad que les confiere el Registro o la ley.
- i) Su ejercicio no precisa de la *intermediación del propietario* (no existe prestación).

4. Supuestos en los que procede

La ley es la que determina los supuestos en los que se atribuye el derecho de tanteo, y por extensión también el de retracto. Conforme con el vigente Código Civil, lo tienen los comuneros a tenor del artículo 163. Su fundamento lo sitúa la doctrina en que “el legislador no ve con buenos ojos que se prolongue indefinidamente una situación de comunidad”²⁷, porque tal fragmentación resulta antieconómica y pulveriza la propiedad, de ahí que se favorezca la consolidación de todo el dominio en una sola persona. Téngase en cuenta, además, que por remisión del artículo 523 del Código Civil, la comunidad resultante entre coherederos, se rige, *en lo pertinente*, por las normas reguladoras de la copropiedad por cuotas, las que constituyen en el Derecho cubano una de las fuentes normativas de dicha comunidad, en la cual abrevan los principios reguladores del tanteo y del retracto entre coherederos²⁸. Igualmente, tiene derecho preferente de adquisición el Estado en caso de que los agricultores pequeños proyecten la venta de sus tierras. Particular que luego es desarrollado por

25. Esta particularidad más bien los distingue de los derechos reales que, en esencia, apuntan hacia la perpetuidad.

26. LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, ob. cit. (cfr. nota 13), p. 343.

27. URDANETA FONTIVEROS, E., ob. cit. (cfr. nota 6), p. 91.

28. Vid. lo que sobre el tanteo y retracto entre coherederos se explica en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Comunidad hereditaria”, en *Derecho de sucesiones*, t., La Habana, Félix Varela, 2004, pp. 394-397.

el Decreto-Ley 125/1991 de 30 de enero sobre “Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y demás bienes agropecuarios” en sus artículos 13, 14 y 15, y su Reglamento, contenido en la Resolución nº 24/1991 de 19 de marzo, del Ministro de la Agricultura, en sus artículos 4 al 8.²⁹

La legislación especial, administrativa (en su vertiente inmobiliaria), regula supuestos especiales de tanteo y retracto, así: el previsto en el artículo 21 de la Ley General de la Vivienda, tal y como ha quedado modificado por el artículo 1 del Decreto-Ley nº 322 de 31 de julio de 2014. En efecto, el propietario de un solar yermo que pretenda venderlo o donarlo, tiene primero que pedir autorización a los entes administrativos (direcciones provinciales de la vivienda), los cuales, según la norma, pueden adquirir para el Estado la propiedad del solar, mediante el pago del precio legal³⁰. Con similar tratamiento, regula el artículo 108, último párrafo, de la mencionada Ley, tal y como ha quedado redactado, luego de las modificaciones que introdujeran el artículo 1 del Decreto-Ley 233 de 2 de julio de 2003 y el artículo 1 del Decreto-Ley 322 de 31 de julio de 2014, el derecho de tanteo a favor del Estado, igualmente con el pago del precio legal –¿tanteo o retracto?–, en caso de que el propietario de

29. Sobre tales retractos en particular, remito a los comentarios realizados en esta propia obra respecto de dichos preceptos.

30. El precepto es un verdadero engendro jurídico, despojado de la más mínima concepción de lo que es el derecho civil. En primer orden, habilita el derecho de tanteo y de igual manera el de retracto (tómese en consideración el dictado del art. 228 Código Civil), pero, al hacer referencia al derecho tanteo, alude al pago del precio, lo cual no se corresponde con el derecho invocado sino con el retracto. En otro orden, incurre también en el ejercicio abusivo del pago del precio legal, que por supuesto nunca es el que propone el vendedor, quien quiere un precio ajustado al que se ofrece en el mercado no oficial, pero que se corresponda con las necesidades económicas y sociales de las personas (justicia económica). Precio legal que se adecua al dictado del artículo que comento, no así al sentido de justicia y equidad al cual debe estar abocado todo precepto legal. Cabe significar, además, que se incluyen los actos de liberalidad a título de donación entre aquellos en los que hay que solicitar la autorización del ente administrativo, lo cual –aunque discutible en razón de la autonomía privada y del ejercicio de las facultades del derecho de propiedad que todo titular tiene– es posible legalmente, no así el tanteo autorizado, porque si el titular de un terreno quiere donarlo, es porque no desea nada a cambio sino protagonizar un acto de liberalidad, a saber, la transmisión del dominio del referido bien, sin contraprestación alguna y con el marcado propósito de favorecer a una persona determinada. Entonces, ¿por qué le van a imponer un adquirente, respecto del cual no tiene interés alguno en favorecer *animus donandi*? Si el propósito es una donación, ¿cómo la norma va a disponer a favor del Estado el ejercicio del derecho de tanteo e incluso establecer el pago del precio legal del terreno? Más que un derecho de tanteo, la figura contenida en el citado art. 21 de la Ley General de la Vivienda tiene rostro de pretensión confiscatoria. Para rematar la crítica, habría que dilucidar hasta qué punto el ente administrativo puede representar al Estado ejercitando el derecho de tanteo de aquel. Entra en franca contradicción con el art. 20.1 en relación con el apartado 2 del Decreto-Ley 227/2002 del 8/1, “Del patrimonio estatal”, que le atribuye al Ministerio de Justicia la representación del Estado cubano, para, entre otros extremos: “ejercer los derechos de tanteo y retracto, conforme a las disposiciones legales vigentes, para adquirir bienes y derechos a favor del patrimonio del Estado cubano”. Facultad que se ejercita concretamente a través del Departamento de Patrimonio del citado Ministerio. Para profundizar en el análisis crítico, tómese en cuenta que según el art. 145.2 d) de la Ley General de la Vivienda (según las modificaciones que introdujo el Decreto-Ley 322/2014), al Instituto de Planificación Física le viene atribuida, entre otras facultades, la del ejercicio del derecho de tanteo a favor del Estado. Habría entonces que dilucidar quién es realmente el competente para ejercitar este derecho, si el mencionado Instituto, basado en el principio de especialidad, o si el Ministerio de Justicia, sustentado en que es el organismo de la administración central del Estado al que la norma reguladora del patrimonio del Estado (norma ad hoc) le confiere esta competencia.

una vivienda en áreas de fincas rústicas de propiedad personal, pretenda permutarla, donarla o “traspararla”³¹. Otros supuestos regulados en las normas administrativas son enunciados por el profesor Rapa Álvarez, tal y como ya expliqué.³²

5. La puesta en conocimiento del vendedor al titular del derecho de tanteo de la venta que se propone realizar

El titular del bien o derecho que se enajena tiene la carga, y no la obligación –como dispone el artículo 226 del Código Civil–, de poner en conocimiento o dar cuenta –como dice exactamente el Codificador– al titular del derecho de tanteo de la compraventa que se propone realizar, lo cual supone que antes de la perfección del contrato le compete hacerle saber al tanteante las condiciones en que pretende concertar el contrato. De una mera lectura del precepto, se infiere, que la puesta en conocimiento corresponde a un estadio en que aun el contrato no se ha perfeccionado, si bien, nada priva que esté en fase de tratativas, pues el propio legislador se refiere a la “venta que se propone realizar”, o sea, a un contrato que no se ha perfeccionado por las partes.

Es necesario, eso sí, que estén delimitadas las condiciones fijadas por el titular del bien o derecho, frente al tercero, de modo que el tanteante no tenga más que asumir estas para adquirirlo. Quien tiene que poner en conocimiento es el titular del bien o derecho, de una manera directa y clara, sin ambages, que pudieran llevar al tanteante a renunciar al derecho. No le es lícito hacerle saber a este, condiciones distintas de las que ofrece al tercero. En esencia, lo que concierne al precio de la compraventa y las facilidades de pago.

5.1. Vías instrumentales de la notificación

La notificación o puesta en conocimiento puede realizarse por diversas vías. El artículo no establece requerimientos o pautas formales. El titular del bien o derecho puede hacerlo verbalmente o por escrito, ya sea por documento privado o a través de instrumento público notarial. Puede emplear al efecto cualquiera de los medios de prueba franqueados en derecho para evitar el incumplimiento de esta carga, que pudiera traer como efecto, el ejercicio exitoso del derecho de retracto. Si emplea la vía instrumental notarial, lo más acertado es que utilice el acta de notificación a que hacen referencia los artículos del 89 al 95 del Reglamento notarial.

31. Expresión impropia y vacía de contenido jurídico. Precepto que igualmente no saldría airoso de la crítica, por las razones ya apuntadas en la nota anterior.

32. RAPA ÁLVAREZ, V., ob. cit. (cfr. nota 2), pp. 142-144.

5.2. Contenido de la notificación

La notificación es un acto de parte, en el que el titular del bien da a conocer al tanteante su declaración de voluntad de vender el bien del cual es titular o la cuota-parte de este sobre la cual también ostente titularidad. Como arguye Montoto de Sedas³³, haciendo referencia a la notificación de tipo notarial, sin dudas la que más garantías le ofrece al vendedor:

Es el acto autorizado por Notario competente, por cuya virtud se hace saber de modo auténtico a una persona determinada, ya una resolución o pronunciamiento de una autoridad, ya el nexo de una relación jurídica, ya el contenido de una declaración de voluntad.

Precisamente en el caso objeto de nuestro estudio, se trata de una declaración de voluntad el contenido mismo de la notificación, dirigida a hacer saber la intención de vendedor y las condiciones de la venta que se propone realizar, ya incluso en fase de tratativa con un tercero. De este modo, si se utiliza la forma notarial, el vendedor se puede entender o bien con el titular del derecho de tanteo o, en su defecto, con su apoderado, representante legal, o incluso con un familiar o cualquier otra persona relacionada con el notificado, en cuanto sea factible y en la forma y dentro del término acordado, según prescribe el artículo 90, primer párrafo, del reglamento notarial, aplicable *mutatis mutandi*, a este tipo concreto de acta.

Hoy día es aconsejable el acta de notificación ante compraventas de cuotas de participación sobre vivienda de residencia permanente. En tales supuestos, el copropietario enajenante está en el deber de “antes de enajenar su parte a un tercero [...] ofrecerla en tanteo a los demás copartícipes” (art. 163.1 del Código Civil). De ahí el debido asesoramiento que debe dar el notario al comprador de la cuota de participación cuando no tiene certeza que los demás copartícipes no tienen interés en adquirir dicha cuota, máxime cuando en la actualidad en la mayoría de tales actos las partes, en aras de evadir el verdadero monto de los impuestos a pagar, declaran un precio de venta, irrisorio, en comparación con el verdaderamente pagado, lo cual facilita la posición de los copartícipes retrayentes para ejercitar la correspondiente subrogación. En tal sentido, si el enajenante declara un precio de venta (el real) en el acta de notificación en la que le da a conocer a los copartícipes su decisión de vender su cuota de participación, a los fines de desmotivar al o a los tanteantes del ejercicio del derecho que le corresponde, precisamente porque en las condiciones de venta se incluye un precio inalcanzable por estos. Será ineficaz la renuncia al ejercicio de tal derecho, si posteriormente en la escritura pública de compraventa de cuota de participación sobre la vivienda, se declara un precio irrisorio, en comparación con el que

33. MONTOTO DE SEDAS, Castor, “La notificación notarial en derecho español”, en *Revista de Derecho Notarial* [ahora *Revista Jurídica del Notariado*], Madrid, Consejo General del Notariado, n° XX, abril-junio 1958, p. 299.

inicialmente le dio a conocer a los tanteantes, dada la no coincidencia entre las condiciones anunciadas de la venta, y aquellas en las que posteriormente se concierta el contrato. De ese modo, ineficaz la renuncia al ejercicio del derecho de tanteo (la cual puede ser tácita si en el plazo de caducidad establecido no se ejercita el derecho), correspondería a éstos el ejercicio del derecho de retracto, dado que a pesar de la notificación, el contenido de esta no se aviene a la realidad, precisamente por manipulación dolosa del vendedor.

Queda claro que si el tras la notificación, cambian las condiciones de la venta, variando el precio y las facilidades de pago (la compraventa de cuota de participación en el Derecho cubano puede ser a plazos, por lo cual cabría incluso que se pactaran garantías a favor del vendedor por el comprador), tendría que el vendedor volver a notificar al o a los copropietarios para que supiera(n) las nuevas condiciones de la venta, a los fines de decidir si ejercita(n) o no el derecho de tanteo cuya titularidad ostenta(n).

6. El derecho de retracto. Aproximación a su naturaleza jurídica

6.1. *Concepto*

El retracto es el derecho preferente que faculta para adquirir la propiedad de una cosa, tras su enajenación. Para Pothier³⁴, “el derecho de retracto no es otra cosa que el derecho de hacerse suya la compra de otro y de constituirse comprador en su lugar”. Según Castán Tobeñas³⁵, es

... el derecho que por ministerio de la ley tienen ciertas personas y en determinadas situaciones, para adquirir la cosa que fue objeto de un contrato de compraventa, subrogándose en el lugar del comprador.

Al decir de Espín Cánovas³⁶, consiste “en la facultad de adquirir una cosa ya enajenada, con preferencia sobre el adquirente, previo reembolso al mismo del precio que pagó y los gastos ocasionados”. En la doctrina peruana, Carranza Álvarez³⁷ lo define como

... el derecho que se concede a un tercero para incorporarse a una relación contractual (de compraventa y, por extensión, una dación en pago), reemplazando al comprador en

34. POTHIER, Robert J., *Tratado de los retractos*, Madrid, Librería de Gaspar, 1883, trad. Manuel Deó, p. 5.

35. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español. Común y foral*, t. IV, Madrid, Reus, 1993, 15ª ed., p. 174.

36. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, ob. cit. (cfr. nota 1), p. 524.

37. CARRANZA ÁLVAREZ, César, “Cuestiones y cuestionamientos sobre el derecho de retraer en el Código Civil del Perú” (conferencia dictada por el autor en la sede del Colegio de Abogados de La Libertad, Trujillo, 17/5/2003), s. e.

el contrato celebrado, asumiendo para sí todas y cada una de las estipulaciones pactadas entre los contratantes originarios.

La preferencia que el derecho de retracto concede se dirige contra el tercero adquirente, al permitirle la ley (en el supuesto de retracto legal, único permitido en el Código Civil cubano) subogarse en el contrato ya consumado, mutando la posición del comprador.

6.2. *Nomenclatura*

Retracto es el *nomen* que se le atribuye a esta figura, lo que no se aviene sobre todo a la modalidad, cuya fuente es la ley. Retraer supone volver a traer, traer de nuevo, reintegrar una cosa al estado en que ya se ha encontrado, o sea, significa reiteración, repetición, lo que no se corresponde con la verdadera configuración jurídica del retracto legal, pues en este el retrayente no trae de nuevo la cosa para sí, porque esta nunca le ha pertenecido, inicialmente era del enajenante, y luego del adquirente. Cuando la adquiere en virtud del ejercicio del derecho, se hace titular de la cosa por vez primera.

Puede resultar de interés a los fines de estos comentarios lo acontecido en Perú, en razón de la reforma al Código Civil en 1984. La comisión revisora del Código Civil mantuvo la denominación de retracto a pesar de la impropiedad del término conforme con su propia configuración jurídica. Y en ello triunfó más la costumbre y el mimetismo de los términos que tanto incide en sede de Derecho civil. Así, durante los debates para la aprobación del Código fue un tema arduamente discutido el de su denominación, en tanto que se proponía el de derecho de sustitución (término este último que ya tiene un significado jurídico en materia de Derecho de sucesiones, para hacer referencia a la sustituciones hereditarias, y en ocasión del apoderamiento, para aludir a la sustitución de las facultades de representación). Empero, como ya había expresado se consideró que a pesar de que en el orden de la semántica no se aviene el término a la institución, resultaba, no obstante, más conforme con la tradición legislativa y con la manera en que era conocido por la doctrina y la jurisprudencia.³⁸

La clasificación más común y significativa de esta figura es la que atiende a su fuente u origen, de ahí que se hable de retractos legales y de retractos convencionales³⁹. Entre las notas características del retracto legal, cabe situar:

38. Vid. DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel, "Derecho de retracto", en *Themis. Revista de Derecho*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, n° 38, 1998, pp. 128-129.

39. El retracto convencional permite al propietario de un bien que necesita temporalmente fondos y que no quiere desprenderse definitivamente de la propiedad, obtener tales fondos sin perder la posibilidad de recuperar dicha propiedad. De este modo, el propietario puede optar por vender el bien en cuestión, reservándose la facultad de recuperarlo dentro de cierto período, al restituir al adquirente el precio pagado y los gastos

- 1) Según la fórmula empleada por nuestro legislador, clasifica entre los derechos de naturaleza real, y como tal con efectos *erga omnes*.
- 2) Su fuente es la ley.
- 3) Es un derecho accesorio. Su ejercicio se supedita a la imposibilidad de haber ejercido el derecho de tanteo, por no haber sido informado de la venta proyectada. Entiéndase ello, si partimos de la existencia de dos derechos distintos, no así si se concibe como una de las facultades del derecho real de adquisición preferente.
- 4) No es perpetuo, pues a diferencia de la perpetuidad de la que gozan los derechos reales, el tanteo se agota con su ejercicio, aun cuando tal ejercicio conlleve a la adquisición de la propiedad.
- 5) Opera en las enajenaciones a título oneroso, por compraventa, aunque también cabría en la dación en pago.⁴⁰
- 6) Afecta, en esencia, al adquirente, contra el cual se ejercita la acción de retracto, subrogándose en los derechos de este frente al enajenante, debiéndole al adquirente el precio pagado por concepto de compraventa, y las demás erogaciones derivadas del contrato.

6.3. Presupuestos

Para que se active el derecho de retracto y en consecuencia sea ejercitable este, tiene que haberse consumado el acto enajenante, no solo es suficiente con la perfección del contrato, sino es necesaria la *traditio*, en cualquiera de sus formas, a los fines de que se haya transmitido el dominio, sin que a su vez se le haya dado información o aviso al titular del derecho de adquisición preferente, o sea, sin que se le haya notificado de la proposición de venta, por lo cual el retrayente no ha podido ejercitar oportunamente el derecho en su fase preadquisitiva (tanteo).

de la venta. Esta modalidad de retracto le facilita al propietario procurarse dinero que requiere mediante la enajenación de la cosa, pero reservándose la posibilidad de readquirir la cosa vendida, si así lo desea. Opera aquí propiamente dicho un retracto, un volver a traer o readquisición de la cosa. De ahí que –doctrinalmente hablando–, el retracto convencional sea una causa de resolución de la venta. Establece sólo una facultad de recuperar la cosa a favor del vendedor. Si este no ejercita el derecho del que es titular, la propiedad queda irrevocablemente adquirida por el comprador, al caducar el plazo establecido. Ha de ser estipulado en el acto de la venta, ya que funciona como una cláusula especial de ella. En él, basta la declaración unilateral del vendedor de ejercerlo, incluso contra la voluntad del comprador, de ahí su eficacia real, y sus efectos *ex tunc*, por ello se considera una condición resolutoria potestativa, cuyo cumplimiento depende de la voluntad del vendedor y produce la resolución de la venta.

40. De todas formas, en el derecho cubano, siguiendo al español, siempre hubo tradición de hacerlo extensivos a otras formas de transmisión distintas de las enunciadas.

7. Diferencias del derecho de tanteo

Cabe apuntar como diferencias del tanteo las siguientes:

- 1) Mientras que el tanteo supone el ejercicio por su titular de la *preferencia preadquisitiva*, o sea, en la fase previa a la enajenación, cuando esta se proyecta, el retracto supone el no ejercicio del tanteo, por no habersele notificado a su titular de tal negocio proyectado. Se trata de una *preferencia postadquisitiva*.
- 2) El tanteo se ejercita *frente al titular del bien*, el retracto, *frente al adquirente*.
- 3) El tanteo supone un *límite a la libertad de contratación*, porque el titular del bien no puede escoger libremente la persona con la cual quiere contratar, pero en todo caso puede disponer. El retracto es *un límite a la propiedad*, porque el adquirente es desposeído del bien adquirido, si bien reembolsado en el precio pagado y reintegrado en el resto de las erogaciones realizadas, pero en todo caso, es despojado de su titularidad.
- 4) Los sujetos que intervienen en el tanteo son el *tanteante* y el *titular del bien o cosa*, en el retracto el *retrayente* y el *adquirente*, en tanto el enajenante ya ha desaparecido del derecho real sobre el bien enajenado.
- 5) El tanteante, al ejercitar su derecho *evita la enajenación* frente al tercero y *adquiere el dominio del bien a enajenar*. El retrayente se *subroga* en el lugar del adquirente, en la misma posición de este, y *adquiere el dominio del bien que ya se había enajenado*.
- 6) El ejercicio del derecho de tanteo se activa con la *notificación o puesta en conocimiento* por el titular del bien de su venta proyectada, mientras que el ejercicio del derecho de retracto se activa con el *conocimiento* que por *cualquier vía*, adquiere el retrayente de la venta realizada.

8. Crítica a la figura del retracto

La figura del retracto ha resultado criticada por la doctrina científica en razón de las cortapisas que supone para la libre circulación de los bienes. En el derecho peruano, Carranza Álvarez⁴¹ es sumamente crítico con el retracto:

Al regularse el retracto se aspira a que un tercero obtenga un bien determinado, que forme parte de una relación de la cual ha sido ajeno y aún contra la voluntad de los contratantes, que reemplace al contratante (adquirente) que invirtió tiempo y dinero en la negociación y posterior celebración del contrato; y aún más, destruya todo cuanto mecanismo de defensa haya utilizado el adquirente para defender su adquisición. Al retrayente es a quien se protege: ¿y al comprador? Simplemente nada. Ya hemos dicho que la aspiración de todo aquel que acude al mercado para lograr la adquisición de un bien es que, una vez adquirido, su derecho se encuentre protegido, no pudiendo ser puesto en

41. CARRANZA ÁLVAREZ, C., ob. cit. (cfr. nota 37), p. 8.

duda o atacado por nadie. Y aquí también podemos ubicar a los adquirentes de buena fe que contratan amparados en la información contenida en el Registro. Así, el retracto antes que proteger logra precisamente lo contrario.

Antes, Cantuarias⁴² le había dedicado un réquiem poniendo en tela de juicio su función económica y social, y sus perniciosos efectos en el mercado, al atentar contra la circulación de los bienes, hacer más onerosas las transacciones y cargar de costos al vendedor, al comprador y a los terceros. En su mordaz crítica, Carranza Álvarez⁴³ es partidario de su supresión en el derecho peruano, pues a su juicio se trata de

... una institución que antes de favorecer perjudica, que desprotege y no asegura las transacciones, que obstaculiza y no facilita el tráfico de bienes, que desestabiliza y no asegura las relaciones jurídicas establecidas, que genera incertidumbre antes que confianza, que atenta antes que salvaguarda principios fundamentales del derecho [por lo que] no merece ser regulada por un ordenamiento jurídico.

9. Efecto del ejercicio del derecho de retracto: la subrogación en el lugar, que no en el grado del comprador

Han sido diáfanos los codificadores cuando dejan previsto que el efecto del ejercicio exitoso del derecho de retracto es la subrogación del retrayente en el lugar del comprador. Evito en tal caso, repetir a los autores del Código cuando incluyen en esta subrogación el grado del comprador, lo que resulta impropio en lenguaje técnico, la subrogación nunca es en el grado, que no opera así ni tan siquiera en materia sucesoria, sino en el lugar que ocupa en el contrato el adquirente, frente a quien se ejercita la acción de retracto.

A pesar de la posición que ha defendido cierto sector de la doctrina, a cuyo tenor se sostiene que el efecto del retracto es la resolución del contrato de compraventa que concertaran y ejecutaran el titular del bien y el adquirente de este⁴⁴, la que sostiene el Código Civil cubano es la de la subrogación⁴⁵, que no novación, ni cesión de la posición contractual, ni ninguna otra figura jurídica⁴⁶.

42. CANTUARIAS S., Fernando, "Retracto. Réquiem de un derecho 'económico y social'", en *Themis. Revista de Derecho*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 24, 1992, pp. 61-68.

43. CARRANZA ÁLVAREZ, C., ob. cit. (cfr. nota 37), p. 9.

44. Esencialmente entre los autores españoles, al regular el art. 1506 del Código Civil: "La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones y, además, por las expresadas en los capítulos anteriores, y por el retracto convencional o por el legal", particular que sí opera en el retracto convencional pero que no le es dable al de origen legal.

45. Tal ha sido la posición defendida por CASTÁN TOBEÑAS, J., ob. cit. (cfr. nota 35), p. 176.

46. Para Albaladejo –en posición que no sostengo, pero que no deja de ser de interés por los argumentos que esgrime–, en el retracto, como el comprador ya se convirtió en propietario por efecto de la *traditio*, "no es po-

El retracto no tiende nunca á rescindir ni á destruir el contrato, sino á subrogar en todos los derechos resultantes del mismo la persona del retrayente á la del comprador sobre quien el retracto se ejerce.⁴⁷

Tras el éxito del ejercicio, judicial o extrajudicial, de la acción de retracto, el contrato concertado se mantiene subsistente, y lo único que muta es el adquirente, siendo reemplazado este por el retrayente, a lo que nuestro codificador llama “ocupar su lugar”. Como explica Urdaneta Fontiveros⁴⁸,

... [e]l retrayente sustituye a la persona del adquirente; se incrusta en su misma posición jurídica dando como consecuencia que sea y que aparezca como el único adquirente de la cosa enajenada, sin necesidad de un nuevo contrato y sin necesidad de tocar para nada la primitiva compraventa que es inatacable y que queda inalterada. No existe una segunda venta porque el primer adquirente nada transmite al retrayente.

Nuestro retracto legal no lleva consigo la resolución de la venta sino la subrogación del adquirente en la posición del comprador en la compraventa que ha tenido lugar, como si el retrayente hubiera adquirido directamente del vendedor (titular originario del bien). El retrayente sustituye al adquirente en sus derechos, pero el contrato permanece con todos sus efectos jurídicos.

Como explica en la doctrina patria Del Valle More⁴⁹, incluso vigente el Código Civil español, en el retracto legal –único admitido en Cuba desde 1901–⁵⁰,

sible que el retrayente pueda ocupar en tal contrato el puesto del tercero, para que la transferencia de la cosa se realice a su favor en lugar de al de éste, sino que sólo es posible imponer una nueva transmisión del tercero al retrayente”. O sea, a su juicio, no hay subrogación alguna en el contrato ni adquisición del dueño, sino que el retrayente adquirirá del comprador, en virtud de una transmisión de este hacia él. Tampoco es partidario de la resolución del contrato. La primera transmisión no queda resuelta, sino que, sobre ella, tendrá lugar la segunda transmisión del adquirente al retrayente. Eso sí, el retrayente se convierte en dueño de la cosa, en las mismas condiciones en que el otro se había convertido antes. A los fines de sustentar su tesis, comenta el maestro español que al tratarse de derechos reales, se confiere poder directo e inmediato sobre la cosa, que quedará sujeta a su titular, quien tiene poder para hacer producir su transmisión hacia él. Por ello, al declararse con lugar la demanda en que se ejercita la acción retractual, no se ha de compeler al adquirente a vender el bien al retrayente, y en caso de negativa, no es dable tampoco que ocupe su lugar el juez, quien habría de otorgar escritura pública y ordenar la entrega del bien, lo que pasa, según el autor “es que hay derecho a hacer suya la cosa por el adquirente directamente, aunque se diga (mal) que se hace por venta, porque la escritura de transmisión del retraído al retrayente realmente no es de venta, sino de transferencia de lo retraído, transferencia a la que tiene derecho el titular del derecho de adquisición”. *Vid.* ALBALADEJO, M., *ob. cit.* (cfr. nota 5), pp. 812-813.

47. Según POTHIER, R. J., *ob. cit.* (cfr. nota 34), p. 5.

48. URDANETA FONTIVEROS, E., *ob. cit.* (cfr. nota 6), p. 99.

49. DEL VALLE MORE, J., *ob. cit.* (cfr. nota 19), p. 358.

50. Por disposición de la Orden Militar nº 191 del 20/8/1901 se derogaron del Código Civil español, vigente en Cuba, las normas reguladores del retracto convencional. No se olvide que la figura siempre fue sumamente criticada, pues lleva consigo el peligro de que sea utilizada para prestar dinero, en función usuraria, siendo fuente de litigios y fácil instrumento de engaños y fraudes, a la vez que hace incierta la propiedad, por el carácter revocable del dominio que se transmite al comprador. A través de esta modalidad retractual se suelen con-

... entra un tercero en la operación y el retracto no va a poner las cosas en la misma situación que tenían antes del contrato; la cosa vendida no va a volver a poder del vendedor, sino de un nuevo comprador que se subroga en lugar del primitivo.

10. Consecuencias de la subrogación

Como resultado o efecto de la subrogación, cabe apuntar:

- a) Al ser una subrogación, el contrato permanece inalterable en su circunstancia y condiciones⁵¹, la subrogación *ex lege* solo afecta al adquirente, que resulta desplazado por el retrayente⁵².
- b) El retrayente tiene que ajustarse a las condiciones estipuladas en el contrato entre vendedor y comprador, no las puede alterar, pues la subrogación solo conlleva mutación subjetiva, a él no le queda más remedio que respetarlas y cumplirlas. Téngase en cuenta que cuando se ejercita el derecho de retracto, ya el contrato estaba perfeccionado, y el adquirente era el titular del dominio sobre el bien, o sea, se había consumado la *traditio*.
- c) El retracto legal no determina una nueva transmisión entre el retrayente y el comprador, o sea, el contrato que era título de la adquisición del bien que se enajena, para el adquirente o comprador, ahora lo es para el retrayente, con efectos *ex tunc*.
- d) No conlleva una nueva transmisión del dominio entre el comprador original (subrogado) y el retrayente como comprador (subrogante), dado que el contrato no se ha resuelto, en consecuencia, el retrayente no es causahabiente del subrogado, sino del vendedor o enajenante, como si hubiera sido el primitivo adquirente.

certar ventas a precios muy inferiores al valor real de la cosa que se enajena. Quien funge como comprador tiene la seguridad de que el vendedor no podrá rescatar la cosa y que, en consecuencia, se convertirá en propietario de un bien cuyo valor será muy superior al que paga por su adquisición, constituyendo la diferencia entre ambos valores el interés del capital prestado, de ahí que se encubra con ella préstamos usurarios. Igualmente se considera que con esta figura las partes pueden eludir la aplicación de normas de orden público, por ejemplo: las que prohíben los pactos comisorios, con la agravante de que el prestamista no se convierte en propietario al vencimiento, pero sí con anterioridad, o sea, desde el día del préstamo encubierto mediante el subterfugio del retracto convencional.

51. Según DEL VALLE MORE, J., ob. cit. (cfr. nota 19), “Intangibilidad de las condiciones de la compraventa”, a las cuales tiene que sujetarse el retrayente. De ahí –como expone el autor citado–, el riesgo que supone para el vendedor el que haya pactado una compraventa a plazos sin garantías. Dado que si el retrayente ejercita su derecho y tiene éxito en ello, se subroga en el lugar del comprador, y solamente pagaría a este la parte del precio pagada, teniendo que aceptar el vendedor un deudor distinto del que convino con él el contrato. Por ese motivo, es aconsejable que cuando el vendedor enajene un bien, sujeto a las condiciones legales en las que se da el retracto, sea lo suficiente previsor como para evitar el pago aplazado por el comprador, pues ha de prevenir la latente posibilidad de sustitución de éste por el retrayente.

52. Por ello, la acción de retracto no se ejercita frente al enajenante o vendedor, porque una vez consumado el contrato el vendedor queda desvinculado de las futuras relaciones jurídicas con la cosa vendida, el retracto no le afecta.

- e) El comprador o subrogado, simplemente desaparece de la relación jurídica, o sea, es desplazado de su titularidad del bien y se reputa como si nunca hubiere sido propietario.
- f) Los actos de enajenación o de gravamen sobre el bien que hubiere concertado el comprador, quedan consecuentemente, sin efecto alguno, desapareciendo los derechos reales constituidos *medio tempore* por el comprador sobre la cosa o bien.
- g) La sentencia que declare con lugar el ejercicio de la acción de retracto se limitará a declarar operada la subrogación, o sea, será una sentencia declarativa de la adquisición llevada a cabo a favor del retrayente. Eso sí, ha de modificarse la inscripción registral practicada, la cual se mantiene subsistente, salvo en lo que se refiere al adquirente, que ahora será el retrayente⁵³.
- h) El adquirente del bien, desplazado de este por el exitoso ejercicio de la acción retractual no responde frente al retrayente de saneamiento por evicción, quien responde será el enajenante, del que se reputa adquirió directamente el retrayente⁵⁴.

Ejercitada la acción de retracto, el retrayente, debe consignar el precio pagado por el comprador, con la demanda que en su momento interponga, de ejercitarse judicialmente el derecho. Ahora bien, con independencia de las venta sucesivas realizadas, el retrayente puede ejercitar el derecho del que es titular tomando como referencia la primera enajenación, si bien procesalmente habría que acumular las demandas contra los sucesivos adquirentes a los fines de que se le condene a todos en el mismo fallo o para que el verdadero poseedor del bien pueda devolverlo al retrayente, en su caso⁵⁵.

11. Del pago de los gastos del contrato y de cualesquiera otros útiles y necesarios, incluidos los realizados en el propio bien

Compete al retrayente, no solo pagar, a título de reembolso, el precio de venta al adquirente del bien, sino igualmente pagar los gastos en que por razón del contrato se haya incurrido, entendiéndose aquí los de escrituración del contrato, si este fue instrumentado por escritura pública notarial (reembolso del arancel notarial pagado).

53. En tal sentido, es dable explicar que, conforme con la tesis subrogatoria, la inscripción practicada originalmente no se debe cancelar, pues uno de los efectos de esa subrogación es mantener la eficacia del contrato, mutando tan solo uno de sus componentes subjetivos. En consecuencia, se modificará el asiento registral en lo que al adquirente se refiere, precisamente por razón del éxito del ejercicio de la acción retractual.

54. No así respecto del primitivo adquirente porque el vendedor no ha enajenado bienes o derechos que no le pertenecen, y si el adquirente no ha obtenido beneficios es porque la ley le priva de éstos. El adquirente pagó por bienes a su riesgo, y por lo tanto ha de pechar con sus consecuencias.

55. *Apud* BLANCO, A., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 175.

Empero, el precepto se refiere también a cualquiera otros útiles y necesarios, incluidos los realizados sobre el propio bien, así las mejoras realizadas sobre el bien, *v. gr.*, tratándose de un vehículo de motor, las adaptaciones realizadas, la pintura, el pago de servicios a los mecánicos automotrices, cambios de piezas, de neumáticos, u otros aditamentos; en materia de vivienda, el pago de los servicios de arquitectos, pintores, plomeros, electricistas, tendientes a mejorar el estado técnico constructivo del inmueble. Igualmente, el reembolso por las erogaciones realizadas por concepto de remodelaciones internas y externas del propio inmueble, e incluso por la ampliación de éste. En tal sentido, el adquirente puede exigir la liquidación posesoria por razón del reemplazo del dominio sobre el bien.

En cuanto a los impuestos pagados, al no suponer el retracto una nueva transmisión del dominio, del adquirente al retrayente, sino una subrogación de este en la posición de aquel, quedando incólume el contrato, compete al retrayente el reembolso al comprador o adquirente primigenio, sin que el fisco pueda dirigirse contra él, pues frente a él se tienen por liquidados.

12. Derecho de tanteo y derecho de retracto: ¿dos derechos independientes o dos fases de un mismo derecho?

Sostiene Roca Sastre que los derechos de adquisición consistentes en los denominados *tanteos y retractos legales* en buena técnica tienen dos fases o manifestaciones, a saber: de *tanteo de preadquisición* y *tanteo de postadquisición*⁵⁶, posición que también se reafirma en la doctrina venezolana. En buena medida no son dos derechos independientes, sino “dos oportunidades distintas de ejercicio del mismo derecho”⁵⁷, si bien uno se ejercita antes de que se realice la enajenación proyectada (el tanteo) y el otro, después que se ha perfeccionado e incluso consumado (el retracto).

13. La presunción legal contenida en el artículo 228 del Código Civil

Sin duda el artículo 228 del Código Civil contiene una presunción *iuris tantum*. Para el legislador, si en una ley se reconoce el derecho preferente de adquisición de un bien a favor de una persona (natural o jurídica), ha de presumirse que no solo tiene derecho de tanteo, sino también de retracto. Así, lo normal es utilizar el mecanismo del tanteo, dado que el retracto se configura tan solo como última *ratio*, o sea, como mecanismo de garantía para los casos en que no se ha practicado la notificación de la

56. ROCA SASTRE, Ramón M., ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho hipotecario. Dinámica registral*, t. V, Bosch, Barcelona, 1997, 8ª ed., p. 617. Sigue este criterio también LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, ob. cit. (cfr. nota 13), p. 343.

57. URDANETA FONTIVEROS, E., ob. cit. (cfr. nota 6), p. 82.

enajenación prevista, o tal y como se ha expuesto, se ha comunicado incorrectamente, tras omitir o alterar alguna de las condiciones esenciales de la venta.

A pesar de que el Código Civil español no tiene una regulación *ad hoc*, como el Código Civil cubano, de los derechos de tanteo y retracto, la doctrina cubana que estudió el tema a la luz de este Código, durante el siglo de vigencia en suelo cubano, llegó a la conclusión que hoy se enuncia en el artículo 228 del Código Civil, o sea, “el que tiene el derecho de retracto implícitamente tiene el de tanteo, porque el Código le está dando la posibilidad anticipada de adquirir la cosa”⁵⁸.

14. La llamada “conversión” del tanteo en retracto

Cuando, al vulnerar el derecho de tanteo que tiene una persona constituido a su favor, el disponente del bien lo enajena, sin previo ofrecimiento, vía notificación, se dice que el tanteo se convierte, muta en retracto. Precisamente aquí cobra sustantividad la tesis que defiende la existencia de un único derecho preferente de adquisición, con dos fases, una preadquisitiva y otra postadquisitiva.

Para Carrancho Herrero⁵⁹, resulta oportuno

... destacar el hecho de que el tanteo y el retracto vengan siendo considerados como variantes o aspectos de un mismo derecho de adquisición, son fases distintas de un mismo derecho, de manera que el tanteo se convierte en retracto cuando se omiten los requisitos legalmente previstos, básicamente la notificación previa en la que consten las condiciones del contrato...

Explica Albaladejo⁶⁰ que

... verdaderamente no se trata de que el tanteo pase a ser retracto [...], sino de que siendo un derecho real o poder inmediato o directo sobre la cosa para su adquisición preferente, la violación de su forma normal de ejercicio (adquirir antes de que la cosa se enajene a otro) permite utilizarlo en otra (adquirir después de la enajenación) que es la adecuada para que –habida cuenta del cambio de circunstancias (la cosa había salido ya del patrimonio del enajenante)– tenga efectividad el poder de adquirir dicha cosa.

58. BLANCO, A., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 188. El razonamiento lógico del profesor resulta aplastante: es un absurdo esperar a que el titular enajene la cosa, cuando yo sé que tengo preferencia para su adquisición, motivo por el cual, lo atinado es anticiparse a la venta y en la fase preadquisitiva, comprar el bien.

59. CARRANCHO, María Teresa, ob. cit. (cfr. nota 3), p. 2.

60. ALBALADEJO, Manuel, ob. cit. (nota 5), p. 802.

15. La concesión cumulativa de tanteo y de retracto

El retracto, tal y como se ha expuesto ya, se le califica también de derecho accesorio o complementario del tanteo, ello desde otro ángulo de análisis, si bien en mi caso, prefiero analizarlos como dos facultades de un mismo y único derecho: el de adquisición preferente. No obstante, como apunta Albaladejo, en ocasiones la ley le confiere a una misma persona, a los fines de reforzar su poder de adquisición sobre la cosa, un derecho de tanteo y un derecho de retracto cumulativamente, o sea,

... el tanteo e independientemente el retracto; de forma que si el interesado es notificado de la enajenación proyectada y, por tanto, puede tantear, y así, adquirir la cosa con preferencia a aquél a quien el dueño proyectaba enajenarla, mas no lo hace y permite que se consume la enajenación a favor del tercero, puede todavía después hacerla suya retrayéndola del poder de éste.⁶¹

Esta posición es criticada por el propio autor, con todo acierto, dado que el interés protegible con la concesión del derecho real de adquisición preferente, se atiende con el otorgamiento tan solo del derecho de tanteo, pues compete al tanteante ejercitar su derecho, para evitar que la enajenación proyectada se perfeccione. Resulta verdaderamente la concesión de un mero capricho permitir que, aun no ejercitado el derecho de tanteo, su titular pueda subrogarse en los derechos del adquirente, a partir del ejercicio del derecho de retracto, cuando pudo evitar ello con el ejercicio tempestivo del derecho de tanteo. Con acierto expresa Espín Cánovas⁶² que

... no parece lógico conceder una doble oportunidad de decidir el ejercicio de la preferencia adquisitiva, por lo que ordinariamente sólo se concede el retracto subsidiariamente cuando no haya existido el conocimiento previo de la transmisión y, por tanto, la posibilidad de ejercitar el tanteo.

Como apunta Carrancho Herrero⁶³:

El retracto debe tener carácter subsidiario, y, por tanto, no debería coexistir como derecho independiente junto al tanteo en todo caso, quedando justificada su concesión, y consiguiente ejercicio, en aquellos supuestos en los que no hubiera podido utilizarse el tanteo por haberse prescindido de los requisitos necesarios para ejercitarlo, que es tanto como decir en aquellos casos en los que el enajenante no haya cumplido con las obligaciones legalmente impuestas frente al titular del derecho de tanteo, impidiéndole su ejercicio [...]. En vía de consecuencia, si el titular del derecho de tanteo, debidamente notificado, no hace uso de su derecho en el plazo previsto al efecto no existe razón algu-

61. Ídem, p. 803.

62. ESPÍN CÁNOVAS, D., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 518.

63. CARRANCHO, María Teresa, ob. cit. (cfr. nota 3), p. 2.

na que aconseje concederle el derecho de retracto, gravando con ello la posición jurídica del adquirente del bien de que se trate, anulando una transmisión válida y perfecta, cuando se ha otorgado una medida previa hábil para consolidar las expectativas del favorecido por el derecho de adquisición preferente...

El Código Civil cubano atribuye al retracto naturaleza accesoria, su ejercicio está supeditado a la *conditio iuris* del no ejercicio del derecho de tanteo por causa no imputable al tanteante, concretamente porque no haya sido notificado de la proposición de venta, lo cual supondría que incluso, conocedor extraoficialmente de esta, si el vendedor de forma expresa no le ha hecho saber de la venta que proyecta, tendría éxito el ejercicio del derecho de retracto.

A diferencia del derecho cubano, en otros ordenamientos jurídicos, como el venezolano, en los pocos supuestos de adquisición preferente legal que regula, como el que opera entre copropietarios, no atribuye el derecho de tanteo. Solo regula el derecho de retracto. O sea, se trata de un caso peculiar en el que el derecho de retracto no está precedido del de tanteo. Así, según el artículo 1546 del Código Civil venezolano, para que el cotitular pueda ejercitar el derecho de retracto se requiere que haya tenido lugar la adquisición de un derecho en la copropiedad por parte de un extraño. El cotitular solamente podrá ejercitar su preferencia adquisitiva en fase consumativa de la enajenación⁶⁴.

Como aduce Urdaneta Fontiveros⁶⁵,

... si se quiere conceder al comunero una preferencia para adquirir un derecho sobre un bien determinado de la comunidad es más aconsejable concederle la facultad de que el otro o los otros comuneros le transmitan sus derechos en la cosa común antes que a un tercero. La preferencia preadquisitiva evita los gastos y las molestias que provoca una segunda enajenación. Por ello, *de iure condendo*, la preferencia adquisitiva del comunero debería establecerse siempre en fase de tanteo, esto es, como facultad de adquirir derechos pro indiviso sobre la cosa común con anterioridad a la enajenación proyectada. Esto es mucho más conveniente que conceder un derecho preferente para adquirir derechos pro indiviso después que han sido enajenados.

16. La caducidad como modo de extinción de los derechos de tanteo y retracto

El transcurso del tiempo trascurre fatalmente para el ejercicio de los derechos de adquisición preferente según el dictado del codificador. De ahí que su no ejercicio en el perentorio plazo de treinta días que establece el legislador, conduce a que el derecho

64. *Vid.* en tal sentido los criterios sostenidos al efecto por URDANETA FONTIVEROS, E., *ob. cit.* (cfr. nota 6), p. 83.

65. *Ídem*, p. 85.

decaiga inexorablemente. Como en su momento dijera el Tribunal Supremo de Cuba en Sentencia n° 85 de 16 de abril de 1929, primer considerando (magistrado ponente Edelmán y Rovira):

... precisa dejar sentado antes que nada que la oposición formulada por un litigante a una demanda de retracto fundada en haber ejercitado esa acción el actor después del término de nueve días (*rectius* –plazo–, establecido por el abrogado Código Civil español para el ejercicio del derecho de retracto), no es en realidad una excepción de prescripción sino de falta de acción ya que no es una prescripción de acción sino una caducidad del derecho a retraer lo que el legislador consigna al exigir que estas acciones de retracto se ejerciten, para que puedan prosperar, dentro del breve y perentorio plazo que se deja mencionado; probándolo por modo evidente el hecho de poder rechazarse de plano por el Juzgado, esa demanda o desestimarse la misma al fallarse en el fondo aún sin excitación o alegación contraria del demandado, cuando la acción resulta ejercitada después de los nueve días; lo que no podría hacerse, según las reglas generales que informan nuestro procedimiento si se tratase en realidad de una prescripción, que en tanto pueden ser apreciadas en cuanto hayan sido expresamente alegadas por el demandado.⁶⁶

Igualmente ha reiterado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de nuestro Tribunal Supremo, ahora vigente el Código Civil cubano de 1987, que tiene una regulación ad hoc para la caducidad:

[Que esta] surge cuando la Ley señala un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya ejercitado, refiriéndose a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica que la diferencia de la prescripción, pues así como ésta tiene por finalidad la extinción de un derecho ante la razón objetiva de su no ejercicio por el titular, y a fin de evitar la inseguridad jurídica, en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado, hasta el punto de que puede sostenerse en realidad que es de índole preclusiva, al tratarse de un plazo dentro del cual, y únicamente dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica, de tal manera que transcurrido sin ejercitarlo impone la decadencia fatal y automática de tal derecho en razón meramente objetiva de su no utilización... [Sentencia n° 406 de 15 de junio de 2005, único Considerando, ponente Carrasco Casi].

La caducidad puede ser apreciada de oficio por el tribunal, “al constituir un hecho simple de fácil comprobación y de puro autonomismo” (Sentencia n° 364 de 29 de junio de 2007, primer considerando, ponente Acosta Ricart). El interés que se ampara con ella es de carácter general, “el de la pronta certidumbre de una situación jurídica que se halla pendiente de una posible o eventual modificación” (Sentencia n° 288 de

66. Vid. el contenido íntegro de la sentencia, con comentarios del profesor Alberto Blanco, en *Revista Cubana de Derecho*, n° 23, julio-septiembre 1929, pp. 290-295.

12 de octubre de 2009, segundo considerando, ponente Díaz Tenreiro). Se trata, por lo tanto, de un plazo sustantivo, civil (*vid.* artículo 9.3 del Código Civil) perentorio o fatal, o sea, que “no admite, en ningún caso, la interrupción del tiempo, cuyo simple transcurso lo origina”. (Tribunal Supremo, Sala de lo Económico, Sentencia nº 340 de 21 de julio del 2000 –proceso ordinario–, cuarto considerando, ponente Rosario López). En él “el tiempo [...] opera en forma preclusiva, sin posibilidad de prórroga o que tras una interrupción vuelva a computarse” (Tribunal Supremo, Sala de lo Económico, Sentencia nº 693 de 16 de noviembre del 2003 –Proceso Ordinario–, duodécimo considerando, ponente Caballero Luque). Lo demanda así la propia naturaleza de estos derechos, de cuyo ejercicio pende la seguridad y certeza del acto jurídico cuyo objeto mediato lo es el bien que se pretende enajenar o que ya se ha enajenado. El orden público económico lo exige de este modo, pues de lo contrario la propiedad permanecería durante mucho tiempo en situación de incertidumbre. El retracto supone el ataque frontal a un contrato ya consumado, por ello el carácter perentorio y breve del plazo concedido para su ejercicio, reclamado por la seguridad del tráfico jurídico, dada la necesidad de que se consolide el derecho de propiedad, quedando firme la adquisición por parte del adquirente, tras el transcurso de dicho plazo.

17. El plazo de caducidad. Su cómputo en el derecho de tanteo y en el derecho de retracto

Antes de adentrarnos en el momento de ejercicio del derecho de tanteo y del derecho de retracto, se impone precisar cuándo nace el derecho de adquisición preferente (en sus dos fases). Con razón aduce Albaladejo que el derecho existe sobre la cosa desde que se establece, con ello quiere indicar que, una vez constituido el derecho, este existe y no al momento en que se propone la enajenación o esta se consuma (según sea la fase preadquisitiva o postadquisitiva). Otro extremo es que se haga valer, se ejercite el derecho, ya existente. Si el acontecimiento al cual está supeditado su ejercicio, o sea, la enajenación misma en sus dos fases, no acontece, el derecho (ya de tanteo o de retracto) no surte efectos en su fase adquisitiva. Concluye el maestro en que “la enajenación no es la que da nacimiento al derecho de adquisición, sino que es el hecho que hace operante el derecho de adquisición preferente”⁶⁷. Sobre tal particular, Lacruz Berdejo⁶⁸ expresa que el evento enajenación (en sus dos fases, la proyectada o convenida y la consumada) “puede ser considerado como complemento del supuesto de hecho del derecho o bien como *conditio iuris* de su ejercicio”.

Ahora bien, respecto del plazo de caducidad establecido, este es el de treinta días naturales, contado estos, o sea, fijado el dies a quo, en el tanteo, a partir del día

67. ALBALADEJO, Manuel, *ob. cit.* (cfr. nota 5), p. 807. Posición semejante sostiene en la doctrina peruana DE LA PUENTE LAVALLE, M., *ob. cit.* (cfr. nota 38), p. 132.

68. LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *ob. cit.* (cfr. nota 13), p. 352.

siguiente al del ofrecimiento de venta, o sea, de la notificación o puesta en conocimiento por el vendedor al tanteante de la venta proyectada. Téngase en cuenta que esta notificación puede ser verbal o por escrito (suficiente con dar cuenta, amén de los problemas que ello pudiera conducir en el ámbito probatorio), recomendándose el acta notarial de notificación, tal y como se ha argumentado en estos propios comentarios. Dentro de los treinta días se computa el día de vencimiento (*vid.* artículo 9.2 del Código Civil). Sin el ofrecimiento no se comienza a computar el plazo de caducidad. De modo que este precepto hay que interpretarlo en relación directa con lo dispuesto en el artículo 226.2 del propio Código. Tiene que ser un ofrecimiento serio, en el que se contengan las condiciones de venta que permitan al tanteante tomar una decisión y ejercitar su derecho.

Albaladejo, que ha estudiado con detenimiento la figura en el derecho español, aduce que si bien en España la Ley de Arrendamientos Urbanos exige que el enajenante notifique al tanteante del contrato proyectado, computándose el plazo a partir de esta notificación,

... si aun sin notificación, el tanteante toma conocimiento de la celebración del contrato de enajenación, habría que estimar que entonces, a partir del conocimiento, comienza el plazo a correr.⁶⁹

Empero, en nuestro derecho positivo es diáfano el precepto cuando hace coincidir el inicio del cómputo del plazo de caducidad, con el día siguiente (artículo 9.2 del Código Civil) al del ofrecimiento, y no al del conocimiento del contrato proyecto, distinto al retracto, que por analogía no debiera aplicarse pues el Código da una respuesta distinta para el tanteo.

En relación con el retracto, comienza a computarse dicho a plazo “desde que su titular haya tenido conocimiento de la venta”, lo cual hace más irregular o incierta la determinación del *dies a quo*, pues queda al arbitrio del retrayente. Eso sí, para ejercitar el derecho de retracto es necesario que se haya consumado la compraventa, para lo cual no es suficiente el título (contrato) sino también el modo (*traditio*), según lo previsto por el artículo 178 del Código Civil, por consiguiente, si la compraventa se instrumentó en documento público notarial, será suficiente su autorización pues ello constituye una forma de *traditio* (la instrumental, *vid.* artículo 206.3 del Código Civil).

Para Alberto Blanco⁷⁰,

... hay que esperar a que se consume la venta, porque es el medio de apreciar fehacientemente que el contrato se ha llevado a cabo y que la obligación fundamental del vendedor, de entregar la cosa, se ha cumplido –desde luego en la forma simbólica en la que

69. ALBALADEJO, Manuel, *ob. cit.* (cfr. nota 5), p. 814.

70. BLANCO, A., *ob. cit.* (cfr. nota 7), pp. 186-187.

el Código (se refiere al español) permite que esto se realice, por el otorgamiento de la escritura–.

Para Albaladejo⁷¹,

... el conocimiento debe ser completo o cumplido o cabal [...], en el sentido de tener noticia exacta y de todos los extremos que interesen, y no sólo ciertas referencias de la transmisión o datos incompletos de sus condiciones.

Tal conocimiento por el retrayente puede llegarle por distintas formas, pechando con la carga de la prueba el tercero adquirente. Acá no funciona la notificación, lo cual pudiera ser aconsejable, a los efectos de lograr mayor certeza jurídica. A fin de cuentas, la adquisición del tercero, pende como la espada de Damocles del ejercicio exitoso por el retrayente del derecho del cual es titular, ejercicio, que de no existir notificación, se computará a partir del día siguiente al que tuvo conocimiento de la enajenación.

En España –apunta Albaladejo⁷²–,

... la ley, equipara al regular algunos retractos, la inscripción en el Registro de la propiedad al conocimiento efectivo de la transmisión por razón de estimar que la publicidad registral permite tomar aquél, que si entonces falta es por negligencia del retrayente. Por tanto, inscrita la transmisión en el Registro, comienza a correr el plazo de retracto, la conozca o no el retrayente... [particular que opera en los retractos legales].

Teniendo en cuenta que en Cuba solo existen retractos legales, pudiera invocarse este fundamento para computar el plazo de caducidad a partir del día siguiente en que se practicara la inscripción registral de la enajenación realizada (*vid.* Resolución n° 114/2007 de 29 de junio, de la Ministra de Justicia, reguladora de las normas y procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad). De todas maneras, de esta última opción, no puede olvidarse, como dice Urdaneta Fontiveros⁷³, que

... la finalidad del aviso es informar al comunero que esté presente, por sí o por medio de representante, acerca de las condiciones de la venta efectuada para que este pueda decidir con conocimiento de causa si le conviene o no subrogarse en la posición del ad-

71. ALBALADEJO, Manuel, ob. cit. (cfr. nota 5), p. 816. Afirma Lacruz Berdejo que ese sentido de conocimiento cabal, supone que el retrayente sepa las condiciones o extremos que tienen significación económica en la enajenación, pues si el principal efecto del retracto es su subrogación en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, se hace necesario que las conozca con exactitud “para que el ejercicio de su derecho responda a un juicio debidamente informado de su conveniencia”. *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, ob. cit. (cfr. nota 13), p. 354.

72. ALBALADEJO, Manuel, ob. cit. (cfr. nota 5), p. 818.

73. URDANETA FONTIVEROS, E., ob. cit. (cfr. nota 6), pp. 147-148.

quirente y que el derecho de retracto podría hacerse ilusorio de obligarse al eventual retrayente a consultar con una alta periodicidad el Registro Inmobiliario a los efectos de poder saber si se ha producido la enajenación que hace posible el ejercicio del retracto.

En Perú, el plazo de caducidad del ejercicio del derecho de retracto está regulado en los artículos 1596 y 1597 del Código Civil, que formula distintas reglas según sea la fuente que le permita conocer al retrayente la enajenación realizada. Tratándose de una comunicación directa, de fecha cierta (como dispone el artículo 1596), el plazo se comienza a contar a partir de aquella, si por el contrario, el domicilio del retrayente no es conocido ni conocible, la comunicación se hace por medio de las publicaciones efectuadas en el diario encargado de los avisos judiciales y en el de mayor circulación de su localidad (por tres veces con intervalo de cinco días), el plazo entonces deberá contarse desde el día siguiente de la última publicación. Si el retrayente se entera de la enajenación por cualquier medio diferente a los ya señalados, entonces según el artículo 1597 del Código Civil el plazo se computa desde la fecha de tal conocimiento. En estas circunstancias, la presunción que regula el artículo 2012⁷⁴ del mismo Código solo será oponible después de transcurrido un año de la inscripción del acto de transmisión de dominio, o sea, como apunta Carranza Álvarez⁷⁵ –a quien sigo en estas consideraciones–:

... durante ese lapso, el comprador no podrá oponer su derecho al retrayente, luego de lo cual se definirá si aquel lo conserva –por la inacción del beneficiado–, o lo pierde por efecto del proceso entablado por este último.

Si el contrato de compraventa consumado, se anula, o incluso se rescinde a posteriori, se extingue el derecho de tanteo, pues en uno y en otro caso, la ineficacia del contrato lleva consigo el que el titular del bien mantenga el dominio sobre éste. No se causarían los mismos efectos si las causas de ineficacia invocadas han sobrevenido por la voluntad de las partes (enajenante y adquirente), que intentan simularlas para evitar el ejercicio de la acción de retracto.

18. La autorización administrativa para la transmisión de bienes inmuebles. Distinción del derecho de tanteo

En los últimos cincuenta años la invasión de las normas y procedimientos administrativos en el derecho civil cubano ha sido asfixiante, a tal punto que una parte de

74. Art. 2012: “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

75. CARRANZA ÁLVAREZ, César, “El plazo de ejercicio del derecho de retracto”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, n° 169, octubre 2012, pp. 70-71.

las instituciones civiles desaparecieron y otras sufrieron un proceso degradante de desnaturalización. Los controles administrativos, la atribución de funciones jurisdiccionales a entes administrativos sin un posterior control judicial, y la proliferación de autorizaciones, también administrativas para la concertación de contratos, han terminado dando una estocada a la autonomía privada. Por fortuna, la noche oscura de los tiempos, parece alejarse, y se abren brechas a la posibilidad de los particulares de concertar negocios jurídicos y emprender nuevos proyectos de contenido empresarial, sin el control férreo, a modo de puño de hierro, que en estas décadas ha primado en Cuba.

La aprobación, a finales de 2011, del Decreto 292 (que liberalizó la transmisión *inter vivos* de los vehículos de motor, luego abrogado por el Decreto 230 de 2013, con idénticos propósitos, y del Decreto-Ley 288, modificativo de la Ley General de la Vivienda, viabilizando la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* de la vivienda de residencia permanente) ha amainado la furia de los vientos del derecho administrativo sobre el tráfico jurídico privado en el país, pero solo, reitero, lo ha aplacado, pues aún se sienten fuertes brisas.

Como se ha dicho desde la jurisprudencia menor (Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo en su Sentencia nº 78 de 13 de noviembre del 2009, en proceso ordinario, primer y quinto Considerando, respectivamente, de la que fue ponente Roselló Manzano):

... la autorización administrativa permite a un sujeto [...] el ejercicio de un derecho del que es titular –rigurosamente en lo que nos ocupa, la facultad de disponer *inter vivos* del inmueble del que es propietario, como preceptúa el artículo ciento veintinueve apartado primero– previa valoración de la legalidad de dicho ejercicio; por lo que la autorización debe entenderse, en su prístina naturaleza jurídica, como la remoción de límites previamente establecidos por la norma jurídica al ejercicio de un derecho o facultad, teniendo en cuenta el orden público y el interés general [...] [su] finalidad es la remoción del límite legal que se ha impuesto al ejercicio de un derecho [...] la solicitud de autorización consiste precisamente en instar a la administración a que compruebe si el solicitante cumple los requisitos previstos en la ley para ser acreedor de la autorización que lo legitima a realizar el acto...

Se trata de un presupuesto de legitimación, de estricto cumplimiento, sin el cual no se habilita externamente al disponente, pues precisamente en ello consiste, en que la entidad administrativa, comprueba el cumplimiento de los requisitos que la ley exige para que el titular de un bien inmueble –al decir del artículo que comento–, pueda transmitirlo por cualquier concepto. El precepto no reduce el marco objetivo de aplicación. Lo puede ser a título oneroso o lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*, ello está en dependencia de cómo el Código Civil o las leyes especiales así lo establezcan (ya se ha explicado cómo opera en los supuestos no solo de compraventa, sino también de donación de solares yermos, o en los casos también de permuta, donación o cual-

quier otro “traspaso” de la vivienda situada en finca rústica de propiedad personal, ello, a guisa de ejemplo). En todo caso, es palpable la restricción que supone al derecho de disponer del titular.

Cuando la entidad administrativa –dígase las direcciones provinciales de planificación física, para el caso de los solares yermos, o el Ministerio de la Agricultura para las viviendas situadas en fincas rústicas de propiedad personal, reitero, solo a modo ejemplificativo, o también para el supuesto de venta de tierras, propiedad del agricultor pequeño, a que se contrae el artículo 153 del Código Civil, en el que se exige igualmente la autorización del citado Ministerio–, además de cumplir los requisitos que las normas jurídicas imponen para el caso, habilita con la concesión de la autorización al solicitante, no está haciendo sino

... un control preventivo por parte de la Administración sobre determinadas actividades que por su naturaleza requieren que se verifique su compatibilidad con el interés social, entre las que se encuentran, en nuestra realidad, las relacionadas con la transmisión inter vivos de bienes inmuebles... [Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo en su Sentencia nº 78 de 13 de noviembre del 2009, en proceso ordinario, segundo Considerando, de la que fue ponente Roselló Manzano].

Este, interés social que habría que justificar, pues las autorizaciones no pueden comportarse como meros requerimientos antojadizos del legislador que multiplique la burocracia y coarten la libertad dispositiva de los propietarios de bienes inmuebles. Tal limitación al derecho de propiedad debe corresponderse con la función social de la propiedad, lo que en una buena parte de los casos, no logra vislumbrarse.

A diferencia del derecho de tanteo que es un derecho real, preferente de adquisición, del cual puede ser titular no solo el Estado, sino cualquier persona natural o jurídica, habilitada *ex lege*, la autorización a que este precepto se contrae, sólo podrá ser dada por el órgano u organismo estatal habilitado a tal fin por una norma legal, generalmente a través de sus instancias provinciales o municipales, como modo de descentralizar el mandato que le ha sido conferido. El derecho de tanteo es un derecho real limitado en cosa ajena que le permite al Estado (siguiendo el hilo conductor de la norma) adquirir el dominio del bien que se pretende enajenar, e incorporarlo en su patrimonio; la autorización administrativa es un requisito de legitimación sin el cual el titular del bien no lo puede transmitir.

No siempre converge en el Estado la situación jurídica de sujeto autorizante (a través de los órganos y organismos estatales que son los que dan las correspondientes autorizaciones administrativas) y la de titular del derecho de tanteo, pero en la realidad cubana se ha hecho frecuente, diríamos cotidiano.

Realmente la posición del Estado resulta, en extremo, beneficiada, pues dada por el órgano u organismo estatal competente la autorización para transmitir el bien, puede a su vez ejercitar el derecho de tanteo. El ejemplo más palpable se da en el

artículo 21 de la Ley General de la Vivienda. Las direcciones provinciales de planificación física son las competentes para autorizar la enajenación por concepto de compraventa o donación de los solares yermos, por lo que queda a su arbitrio, conceder, o no la autorización. Si dan la autorización para la enajenación a favor de un tercero, se estaría tácitamente renunciando al ejercicio del derecho de tanteo. Recordemos que el derecho de tanteo se ejercita, solo a partir de que el tanteante es notificado por el enajenante del contrato proyectado, de modo que si el autorizante, que igualmente resulta el Estado, da la autorización, procedería la venta, y en consecuencia, no sería posible el ejercicio del derecho de tanteo.

En el supuesto fáctico a que se contrae este precepto, no es dable tampoco notificación alguna, pues el pretense enajenante requiere de la autorización administrativa para concertar el contrato, sin ella, este estaría condenado a la nulidad ex artículo 191.2 del Código Civil, o sea, el tanteante conoce de la propuesta contractual porque a través de sus órganos y organismos tiene que a su vez autorizar o no la enajenación. Ahora bien, si el titular del bien inmueble solicita la autorización al ente administrativo, y este ejercita el derecho de tanteo ¿Le es dable al titular resistirse a contratar? En buena técnica el titular del bien interesa la autorización del órgano u organismo correspondiente para poder transmitir el bien, de lo que se colige que hay voluntad para enajenar, o sea, se da el requerimiento para activar el ejercicio del derecho preferente por parte de su titular. El Estado por lo tanto, quien se ha atribuido por ley este derecho, estaría habilitado, en efecto, para ejercitarlo, pues la oferta de venta está en pie, desde el momento mismo que el titular ha instado al órgano u organismo estatal competente para que le autorice el contrato que proyecta. Lo difícil de entender es que ello se extienda a contratos como la donación, o que aún en la compraventa, el Estado disponga además, que el precio de venta no sea el fijado entre las pretensas partes contratantes, sino el que él mismo a través de las normas legales ha impuesto, que en nada tiene que ver, ¡ni por asomo!, con los precios que se manejan en mercados no oficiales. Nada, la posición del Estado es leonina, a la vez que actúa como juez y parte. Le compete decidir si procede o no la autorización, pero al mismo tiempo tiene marcados intereses patrimoniales en el asunto, porque es titular de un derecho preferente sobre un bien inmueble, en el que además será él quien impondrá el precio legal, muchas veces vil o irrisorio.

19. Plazo para el ejercicio del derecho de tanteo. Fijación del *dies a quo*

Como he venido explicando, el carácter *sui generis* del supuesto fáctico regulado en este precepto conlleva a la improcedencia de la notificación o puesta en conocimiento del tanteante del propósito serio y fundado de enajenar el bien, y de las condiciones esenciales de la venta. A fin de cuentas, es el Estado el autorizante, y quién fijará el precio de la venta, si ejercita a su favor el derecho de tanteo. *Ergo*, la fijación del momento inicial del cómputo del plazo perentorio o de caducidad, que seguirá siendo el

de treinta días, o sea, del *dies a quo*, lo fija el codificador, a partir de la recepción de la solicitud de autorización (que en todo caso se exige por escrito). De esta manera, los órganos u organismos estatales, encargados de dar la autorización, si habilitan la compraventa, no estarán compelidos por el plazo de caducidad regulado en el artículo 230, pues lo que están dando es la autorización para enajenar el bien a un tercero, distinto al Estado, pero si deniegan la autorización requerida, tienen que hacerlo en treinta días, contados estos a partir del día siguiente al de recepcionar la solicitud, si el que el Estado tiene interés en ejercitar el derecho preferente. Si dejan transcurrir dicho plazo, podrán denegar la autorización por otros motivos, pero el Estado no podría ejercitar el derecho de tanteo, que habría caducado inexorablemente.

20. Fuentes legales

Código Civil del Reino de España, Madrid, Tecnos, 2011, 30ª ed.

Código Civil de la República del Perú, Lima, Jurista Editores, 2011.

Código Civil de la República de Venezuela, Caracas, Panapo, 1986.

COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y CONSTITUCIONALES DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, *Anteproyecto del Código Civil cubano*: febrero de 1981, febrero de 1982, enero de 1983, septiembre de 1985.

COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y CONSTITUCIONALES DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, *Proyecto del Código Civil cubano*: mayo de 1986.

Decreto-Ley 227/2002 del Patrimonio Estatal del 8/1, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, nº 2, 10/1/2002.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico nº 7/1977, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1983, 1ª reimpresión, modificada por el Decreto-Ley nº 241/2006 de 26/9, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, nº 33, 27/9/2006.

Ley General de la Vivienda nº 65 del 23/12/1988, anotada y concordada, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, nº 7, extraordinaria, 5/2/2015.

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Código de Familia. Anotado y concordado*, La Habana, 1987, 2ª ed.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Código Civil de la República de Cuba. Ley nº 59/1987 de 16 de julio. Anotado y concordado*, La Habana, Félix Varela, 2014.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., ALMAGUER MONTERO, Julieta y OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy C., *Compilación de Derecho Notarial*, Félix Varela, La Habana, 2007.