



TÍTULO: TANTEO Y RETRACTO LEGALES VS CONVENCIONALES. RETOS EN CUBA.

TITLE: LEGAL TREATMENT AND RETRACT CONVENTIONAL. CHALLENGES IN CUBA.

Autores: Lic. Katia María Martínez Aladro¹.

Lic. David Berné Delgado Toro.²

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Katia María Martínez Aladro y David Berné Delgado Toro (2020): "Tanteo y retracto legales vs convencionales. Retos en Cuba", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (diciembre 2019). En línea:
<https://www.eumed.net/rev/caribe/2020/01/tanteo-retracto-cuba.html>

RESUMEN: Desde una perspectiva histórica, doctrinal y comparada la presente investigación, motivada por las deficiencias en la legislación civil nacional respecto a la regulación de los derechos de adquisición preferente, fundamenta la necesaria modificación de la Ley No. 59/87 a fin de contribuir al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico vigente, en correspondencia con las posiciones modernas de la dogmática civil y el actuar de los operadores del Derecho. Se ilustran los antecedentes históricos, sistematización de los aspectos doctrinales y una valoración de la regulación civil de estos derechos (tanteo, retracto y opción) en el derecho comparado. Realizamos la reseña histórica del tanteo y del retracto en el marco nacional, acompañado de su regulación civil y administrativa actual. Establecimos propuestas para mejorar el régimen jurídico vigente empleando métodos teóricos: histórico-lógico, análisis-síntesis, inducción-deducción; métodos específicos de las investigaciones jurídicas de orientación teórica: teórico-jurídico, jurídico-comparativo, exegético y el método empírico: análisis de contenido.

PALABRAS CLAVES: tanteo- retracto-opción- convencional- legal.

ABSTRACT:

KEY WORDS: score-retraction-option- conventional-legal.

¹ Licenciada en Derecho en la Universidad de Oriente en el año en el año 2006, profesora de Derecho de Contratos y Metodología de la Investigación Jurídica en el Departamento Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Guantánamo, correo electrónico: aladro84@cug.co.cu

² Licenciado en Comunicación Social en la Universidad de Oriente en el año en el año 2006. Periodista y Locutor de Televisión y Radio. Especialista Comercial en la Sucursal Transtur. S.A. Guantánamo, correo electrónico: davo80@gmx.es

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Marco histórico-doctrinal de los derechos de adquisición preferente. III.- Tanteo, retracto y opción: una mirada desde la óptica del Derecho Comparado en América Latina y Europa. IV.- Derechos reales de adquisición preferente en el devenir histórico nacional. V. Tanteo y retracto legal a la luz del Código Civil vigente en Cuba VI.-Reflexiones Finales. VII.-Referencias bibliográficas.

I. Introducción

El propietario de un bien ejerce un poder pleno sobre el mismo, que incluye la facultad de libre disposición para hacer con la cosa lo que estime conveniente. No obstante, en determinadas ocasiones esta facultad de disposición se encuentra limitada por entender la ley que existen intereses de otras personas que son dignos también de protección. Por este motivo surgen los derechos reales de adquisición preferente, en los cuales se suele exponer una serie de facultades que tienen como denominador común otorgar a su titular la posibilidad de adquirir, con preferencia frente a cualquier otra persona, la propiedad de una determinada cosa en caso de que su propietario decida enajenarla. Restringen la libertad del propietario para elegir la persona que ha de adquirir el título dominical del bien. Estos derechos sucintamente enunciados son el tanteo, el retracto y la opción.

La doctrina nacional y extranjera se ha encaminado a desarrollar la naturaleza jurídica, modalidades, elementos de la relación jurídica, así como las causas de extinción de tales derechos reales, desde el ámbito civil y administrativo preferentemente.³ Sin embargo, en el marco interno persisten deficiencias legales que deben ser analizados desde la ciencia jurídica.

En el ejercicio del tanteo y del retracto legal se perciben en el país las siguientes **situaciones problemáticas**:

- La regulación civil cubana limita la aplicación de los derechos de adquisición preferente a enajenaciones onerosas y en sede contractual expresamente al contrato de compraventa, lo que difiere de la práctica desarrollada por los operadores del derecho en el supuesto de copropiedad donde admiten la cesión de participación onerosa y gratuita.
- La declaración de nulidad de actos jurídicos cuando se vulnera el derecho de tanteo imposibilita el ejercicio de un verdadero retracto, que deja sin efecto una venta válida.
- La redacción del concepto de retracto en el artículo 227 del Código Civil implica subrogación en lugar y grado del comprador, sin embargo, en la práctica jurídica el retrayente no sustituye al comprador en el propio contrato, sino que al declararse nula la enajenación realizada el bien revierte al patrimonio del propietario, correspondiéndole al retrayente la facultad de preferencia para asumir la condición de comprador.

Por lo que se fundamenta en el presente artículo que la aplicación limitada del tanteo y del retracto legal a enajenaciones onerosas mediante compraventa en la legislación civil sustantiva cubana exige la modificación de los artículos del 226 al 231 de la Ley No.59/87, en aras de lograr su correspondencia con la práctica jurídica actual y las posiciones modernas de la dogmática civil.

II. - Marco histórico-doctrinal de los derechos de adquisición preferente

¿Constituyen los derechos de adquisición preferente meras facultades o verdaderos derechos subjetivos?, ¿ostentan una naturaleza crediticia o real?, ¿son de aplicación limitada al contrato de compraventa o se admiten en enajenaciones gratuitas?, ¿representan el tanteo y el retracto dos fases de un solo derecho o han de entenderse como derechos independientes?

³ V.gr. Marco nacional: Rosa Alba Pupo Kairuz, “*Hacia un modelo teórico de los derechos de adquisición preferente a partir del ordenamiento jurídico cubano.*” Tesis en opción al título académico de especialista en Derecho Civil y Familia; Javier Ojeda e Isbel López contenidas en Temas de Derechos Reales de Orlando Rivero.

Arista internacional: V.gr. Estefanía Hernández Torres, “Los derechos de tanteo y retracto en la ley del patrimonio histórico español y en la Ley Canaria”; Vidal Rivera Sabatés, “El retracto convencional”; Karla Alfaro González, Antonio Cortez Gómez y Elmer Gómez Campos, Tesis en opción al título de licenciados: “Los efectos del pacto de retroventa y su desnaturalización en un contrato de mutuo hipotecario”.

“El derecho real ha sido concebido tradicionalmente como aquel derecho patrimonial integrado por dos elementos: el sujeto o titular del derecho y la cosa u objeto de él. Entre el sujeto y la cosa se establece una relación directa o inmediata, un poder que permite al titular obtener de ella una utilidad mayor o menor sin necesidad y con exclusión de la intervención de otra persona” Gatti- Alterini (1998:34). De ahí que se diferencie de los derechos de créditos precisamente porque el titular no necesita la mediación o cooperación de persona alguna para obtener de la cosa que es objeto del derecho los rendimientos o utilidades que produzca, y en tal sentido, las personas que entren en contacto con el titular del derecho real, ya sea en calidad de adquirentes, acreedores, vecinos, entre otras modalidades, han de respetar la posición y actuación del titular. Se genera un estado de sujeción, esto es, un deber general de respeto.

Colín y Capitant (como se citó en Luis Diez Picazo y Antonio Gullón, 1991) expone que existe derecho real cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata que puede ser invocada contra cualquier otra, la que significa en principio, una relación entre una persona y una cosa, sin que exista intermediario entre el titular y el objeto de este derecho. Para CANTÓN (____) derecho real es aquel en el que el dueño de una cosa tiene la facultad de ejercitar directamente sobre ella y sin intermediario alguno, dado el contenido de su derecho de propiedad, obteniendo las utilidades que la cosa pueda proporcionar, de tal manera que se colocan frente a frente la persona y el objeto del derecho.

Del concepto de derecho real se derivan las siguientes características: inmediatez, corporeidad, perpetuidad, efectos absolutos u oponibilidad frente a terceros, reipersecutoriedad, preferencia sobre los derechos de créditos y publicidad registral. “Tienen por objeto una cosa específica y determinada; no pueden ser producto de la mera obligación, contrato o título; dan lugar a una acción real, eficaz contra cualquier poseedor de la cosa o bien, o sea, que su titular tiene un poder inmediato sobre ésta, que le permite excluir cualquier perturbación del ejercicio de su derecho; el titular de los derechos reales tiene la facultad de reivindicar la cosa misma; en los derechos reales la acción nace con su violación pues sólo al ocurrir ésta es que se determina contra quién ha de dirigirse; los derechos reales, por lo general perecen con la extinción de su objeto; los derechos reales pueden ser adquiridos por usucapión al ser poseídos por determinado tiempo; son de duración indefinida y al extinguirse ocasionan un empobrecimiento del patrimonio”. (Pupo, año, p. 9).

Más allá de tales características generales, la constitución de los derechos reales obedece al sistema aplicado por cada ordenamiento jurídico estatal, ya sea *numerus apertus* o bien *numerus clausus*. El primero faculta a las personas para la creación de derechos reales atendiendo al ejercicio de la autonomía de la voluntad, en cambio, el segundo sistema responsabiliza al legislador, en tanto es la norma la que establece taxativamente las figuras típicas.⁴

Han sido disímiles los criterios empleados por la doctrina para clasificar los derechos reales. Basado en lo estipulado en el Código Civil argentino, los derechos reales pueden ser agrupados atendiendo seis criterios

⁴ “La codificación emprendida como proceso definitivo a partir del CN1804 determinó que la literatura se planteara si admitir la posibilidad de que las personas crearan libremente derechos reales (*numerus apertus*) o si, por el contrario, debían acogerse sólo a las figuras típicas previstas en el ordenamiento legal (*numerus clausus*). La respuesta en general parece haber dependido de las percepciones acerca de la eficacia de los mecanismos jurídicos para garantizar la seguridad del tráfico y de los derechos adquiridos, así como de la consideración sobre el llamado carácter estático de los derechos reales y su peso dentro de las relaciones jurídicas. Sin embargo, la adopción del sistema de *numerus clausus* no puede ser considerada necesariamente como una restricción a la autonomía de la voluntad. Hay códigos como el argentino, donde claramente se regula que los derechos creados por las personas en el ejercicio de la voluntad comercial deben ser considerados generadores de derechos personales cuando no se acojan a alguna de las figuras típicas de derechos reales (CC Arg. a.2502); con lo cual se salvaguarda a un tiempo la rigidez del régimen real y libertad de obligarse.” Vid. *Ídem*, p.22.

diferentes: 1) sobre cosa propia, ajena y mixta; 2) principal y accesorio; 3) sobre la sustancia y el valor; 4) según el objeto sobre bienes muebles e inmuebles; 5) perfectos e imperfectos; 6) según la persona del titular en derechos subjetivamente personales y subjetivamente reales. (Mariani de Vidal, 2004).

En la doctrina y legislación civil cubana se clasifican los derechos reales en tres grupos: los Derechos Reales de Aprovechamiento que confieren a sus titulares la facultad de utilizar los objetos sobre los que recaen los derechos y eventualmente enajenarlos; los Derechos Reales de Garantía que aseguran el cumplimiento de obligaciones principales constituidas a favor de determinados acreedores y los Derechos Reales de Adquisición Preferente a tenor de los cuales sus titulares tienen prioridad para adquirir bienes sobre los que recaen los derechos, si su propietario intentase enajenarlos a terceros.

No es posible conceptualizar los derechos reales de adquisición preferente sin hacer referencia a su surgimiento. A pesar de que existen autores que lo nieguen, los antecedentes históricos del derecho de tanteo se remontan a la época romana, donde las legislaciones existentes en países que se rigen por leyes romanas muestran que sí eran reconocidos el tanteo y el retracto, pudiéndose demostrar a partir de los ejemplos que se ilustran a continuación:

- En Cataluña rigió el derecho de tanteo del copropietario en la venta de una parte indivisa de la cosa común; esto fue establecido por la Ley 55, Título V de la Partida 5ta. Pero donde tuvo importancia el derecho de tanteo fue en la enfiteusis, siendo designado con el nombre de *fádiga*, consistió en el derecho que tiene el dueño directo de quedarse con la finca en caso de venta, dando el mismo precio ofrecido por el comprador. Este derecho estuvo regulado en el Código de Justiniano: Ley 3ra, título LXVI, Libro IV. Según esta disposición el derecho de tanteo debía ejercitarse dentro de los dos meses contados desde el día en que se hizo saber la enajenación al dueño directo.
- En Navarra, rigieron las leyes romanas, y el derecho de tanteo solo tenía lugar cuando la finca enfiteútica se enajenaba por dinero.
- En el derecho romano varias legislaciones autorizaban el *pacto promíteseos*, o sea, la estipulación del derecho de tanteo a favor del vendedor para el caso de que el comprador tratase de enajenar la finca.
- Fue reconocido también el tanteo de jurisdicción, el que consistió en que cuando la Corona estaba en apuros se enajenaban antiguamente la jurisdicción y señorío de muchísimas villas y lugares, y un sin número de oficios o empleos públicos, especialmente de justicia y de gobierno, con graves perjuicios de los pueblos que veían el manejo y la disposición de sus intereses y negocios en manos de personas no siempre dignas por sus vicisitudes ni por sus talentos. Los pueblos que se hallaban en tal caso, podían rescatar su señorío y jurisdicción, oficios, valiéndose del derecho de tanteo y reintegrarle a los compradores o a sus herederos el precio que hubieran desembolsado.

El origen del retracto, que proviene del latín *retractus* se encuentra en las leyes Mosaicas (Capítulo XV del levítico) apareciendo en su modalidad gentilicia o familiar. A veces el retracto gentilicio es denominado familiar donde quiera que subsista, pero respecto a Navarra hay algo especial que notar. Para los autores del proyecto del Código Civil de Navarra el retracto familiar consistió en el derecho que la ley concedía a los parientes del vendedor para rescatar dentro del plazo legal el inmueble vendido por precio al contado o a plazos, o en pago de débitos. En Navarra, Aragón, Vizcaya, el retracto gentilicio era nombrado comúnmente retracto familiar.

En el Derecho Romano se recogió en la Ley No.14, *De Contraendaemptione et venditione* del Código de Justiniano, relacionada con esta materia, en la cual no se reguló el retracto legal, pero sí fue reconocido, en cambio, el retracto convencional con la denominación de *pactum de retrovendo*, cuya licitud fue admitida por el Derecho Canónico y por las Partidas (1, 42, Título III, parte 3ra).

La regulación legal del tanteo y del retracto desde la Antigüedad ha generado el estudio doctrinal de los derechos de adquisición preferente. Del estudio de los presupuestos teóricos de los derechos de adquisición preferente que enriquece la doctrina foránea y nacional asumimos la siguiente definición: son aquellos derechos reales que facultan a su titular para, concurriendo ciertos requisitos, convertirse en propietario del bien sobre el que recaen con preferencia a otros adquirentes en potencia o en lugar de estos, según esté en condición de adquirirlo o ya se haya consumado la adquisición. De este concepto se desprende su clasificación como derecho de dominación limitada o en cosa ajena, principal, sobre la sustancia, que recae sobre bienes muebles e inmuebles, imperfecto y subjetivamente personal. Cabe significar que no existe una postura unánime en la doctrina para delimitar si la enajenación debe realizarse a título oneroso o gratuito. Lasarte (1999) es partidario de que la enajenación sea onerosa al decir que “los derechos de adquisición preferente no son aplicables en las enajenaciones gratuitas, donaciones, herencias testadas e intestadas”; sin embargo Albadalejo (1989) acoge la posibilidad de su constitución en supuestos de enajenación a título gratuito.

Diez Picazo y Gullón (1991) afirman que la naturaleza jurídica de los derechos reales de Adquisición Preferente depende del concepto de derecho real que se profese, porque si este derecho recae sobre la idea del señorío directo e inmediato no son entonces derechos reales, pero si se fundamenta en la idea de oponibilidad y eficacia *erga omnes*, son derechos reales, amparado por la publicidad legal o registral. El carácter personal o real también ha sido discutido en la doctrina según la modalidad de que se trate:

- En el tanteo si se configura dicho derecho con carácter personal u obligatorio, el incumplimiento no sería más que el incumplimiento de una obligación de no hacer (de no enajenar sin posibilitar la adquisición por el titular del tanteo) y se resolvería con una indemnización de daños y perjuicios; la adquisición del tercero sería válida, eficaz e inatacable por el titular del derecho de tanteo. Si se configura con carácter real se debe exigir una causa legítima y suficiente que justifique la prohibición de disponer, por tanto, no puede pactarse por tiempo indefinido.
- Respecto al retracto, para algunos autores será real cuando se constituye de forma convencional, no así para el retracto legal a pesar de imponerse de modo absoluto o *erga omnes* y sin consideración a terceros, por ser “simples restricciones de la propiedad, que por ser estatuidas directamente por la ley están investidas de una publicidad que supera la que el Registro pueda proporcionar, haciendo superflua su inscripción. Son limitaciones a modo de cargas de Derecho Público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares, están motivadas por el interés general”. Así opina Roca (año) y además añade que “son modos de ser o estar la propiedad y, más que limitaciones, son delimitaciones que precisan las fronteras jurídicas naturales, determinando hasta dónde llega el poder del titular del dominio o derecho real”.
- Sobre la opción se plantea que por la frecuente concesión a favor de arrendatarios puede ser de naturaleza personal, se tratará entonces de una promesa de venta o negocio equivalente aceptado mediante la contraprestación (contrato bilateral) o sin ella (unilateral). En determinadas circunstancias puede pactarse con carácter real por su inscripción en el Registro de Propiedad (su ejercicio es unilateral sin la necesaria intervención del concedente del derecho), sin embargo se ha criticado por no considerarse que su inscripción en el Registro de la Propiedad no modifica su naturaleza personal sino que la hace oponible *erga omnes*, es un derecho personal que accede al Registro de la Propiedad por exigencias del tráfico jurídico económico.

Con independencia de las posturas estudiadas consideramos que los derechos de adquisición preferente son verdaderos derechos subjetivos de naturaleza real, si partimos de considerar que todo derecho real es aquel derecho subjetivo que implica una relación jurídica entre sujetos respecto a determinado bien, y en el caso concreto, estos facultan al titular para adquirir el bien con prioridad a otra persona, ya sea excluyéndola o desplazándola.

Los derechos reales de adquisición preferente inciden sobre la facultad dispositiva del propietario no privándole de ella, ni condicionándola para que sólo al titular pueda válidamente enajenarla, (no puede impedirse que el propietario transmita válidamente la cosa a otro), sino polarizándola, ejercitado el derecho en su favor: haciendo que, sin que el dueño haya decidido enajenarla a nadie se la transmita a él (opción); o que, habiendo decidido transmitirla a una determinada persona, se desvíe hasta él el impulso transmisible (tanteo); o que, válidamente transmitida a un tercero, este se desplace de su posición de adquirente para ser ocupada por el titular (retracto). En fin, la incisión del derecho real de adquisición preferente no consiste en impedir la adquisición por otro sino el poder transmitirla a su favor, es restringir la libertad del propietario para elegir la persona que por compraventa u otro título traslativo, haya adquirido la cosa.

El tanteo y el retracto de origen convencional representan limitaciones por motivo de interés privado de la libertad contractual y el *iusdisponendi*. El tanteo limita la facultad de disposición y la libertad contractual del titular del bien cuya enajenación es objeto de tanteo. El retracto limita esa libertad y facultad pero del adquirente que es retraído, sin el concurso de su voluntad se le priva de un bien efectivamente adquirido. Cuando el origen del tanteo y del retracto es legal, han de considerarse límites y en dependencia del interés que protejan, serán por motivos de interés público cuando su finalidad es conservar el orden general de la sociedad imponiendo conductas positivas y prohibitivas, o bien de interés privado cuando se regulan situaciones de posibles conflictos entre particulares a causa del ejercicio de sus derechos reales.

En la doctrina es común incluir dentro de los derechos de adquisición preferente: la opción y los derechos de tanteo y retracto de origen convencional y legal. Ahora bien, ¿constituyen el tanteo y el retracto derechos independientes o dos fases de un derecho único? Autores de la doctrina española enuncian que los derechos de adquisición preferente responden a una de estas dos estructuras:

- El tanteo y retracto, que (al menos, son ejercitables) con ocasión de la enajenación de una cosa, mediante venta u otro negocio traslativo y facultan a su titular para sustituir al (tanteo) o subrogarse en la posición del (retracto) adquirente de aquella, pagando su precio.
- La opción de compra, que puede reservarse el vendedor o atribuirse a una persona con independencia de cualquier otro negocio o circunstancia que permite forzar al dueño que por tiempo fuere de la cosa, a venderla al optante en determinado precio.

El tanteo se ejercita como consecuencia del ofrecimiento previo del propietario de adquirir el bien en las mismas condiciones pactadas con el tercero; mientras que el retracto procede cuando el propietario omite la notificación y el titular de la preferencia conoce por cualquier otro medio la venta perfeccionada, con la singularidad de que la falta de notificación previa supone que el plazo de caducidad para ejercitar el retracto no comienza a correr hasta que no haya tenido lugar la consumación de la transmisión y el retrayente tenga conocimiento de la misma. De una manera más sencilla pudiésemos referir que la diferencia radica en el momento temporal a que el derecho de adquisición preferente esté referido: el tanteo se ha de ejercitar, de forma precisa, antes que la enajenación se

haya consumado o hecho efectiva; mientras que el retracto se ejercita una vez consumada la enajenación entre propietario y tercero.

Si bien es común para el tanteo y el retracto un acto antecedente del propietario, no así el momento en el que operan, la diferencia de estos derechos con la opción obedece esencialmente a tres criterios: 1) al momento del ejercicio del derecho: en el tanteo y en el retracto provocado por un acto anterior de enajenación del dueño, mientras que la opción puede ejercitarse mientras éste se limita a usar la cosa; 2) el precio a pagar por la cosa: en el tanteo y en el retracto es, precisamente, el que otro está dispuesto a pagar o ha pagado ya y, por tanto, solo se fija en el momento de enajenar; mientras que en la opción se fija, o se dan los datos para su fijación por la ley o el contrato, al crear tal derecho; 3) por su origen: el tanteo y el retracto tienen un origen convencional y legal, mientras que la opción es preponderantemente voluntario. No obstante, pudiera constituir una semejanza entre ellos considerar como causa general de extinción los plazos de caducidad establecidos en la legislación o el pactado siempre y cuando no exceda el estipulado en ley. Es imprescindible en atención al objeto de estudio de nuestra investigación, profundizar en las especificidades de los tipos de Derechos de Adquisición Preferente.

El retracto puede nacer de un pacto entre las partes (retracto convencional) o puede provenir de una imposición legal (retracto legal). Será legal cuando se otorga por ministerio de la ley en los casos taxativamente establecidos. Cuando se define esta modalidad de retracto se emplea la expresión "subrogación en lugar y grado del adquirente", entendiéndose por tal un desplazamiento y sustitución por el retrayente que viene a ocupar su posición jurídico-contractual y en su caso en la relación real, pagando el precio por aquel abonado y los restantes pagos de legítimo abono. (Castán, 1945). Sobre este particular se pronuncian dos tesis: la doctrina clásica y algún autor actual que consideran que la idea predominante es la de resolución de la primera enajenación y subrogación o sustitución del retraído por el retrayente, por tanto, el retracto legal implica una condición resolutoria y una subrogación en sentido técnico; por su parte, la tendencia actual se aparta de la doctrina clásica al considerar que no figura una condición resolutoria, ni en sentido estricto, la subrogación, sino una suerte de facultad legal de opción, esto es, de posibilidad adquisitiva para el retrayente y de necesidad transmisiva para el adquirente retraído, por tanto, se produce una doble transmisión.

Se entiende por retracto convencional -también denominado venta con pacto de retro, retroventa, venta a carta de gracia o pacto de rescate o de recompra- al pacto agregado al negocio jurídico voluntariamente por las partes, por el cual el transmitente se reserva el derecho de recuperar la cosa enajenada reembolsando al adquirente el precio del bien enajenado, gastos del contrato y otros que procedan. Si partimos de esta definición nos encontramos ante un retracto independiente de origen convencional, pues el retracto no se acompaña de una previa facultad del tanteo, ahora bien, el propio autor considera que el tanteo en cambio siempre se acompaña del retracto. En este segundo supuesto el concepto de retracto convencional debe variar, entendiéndose por tal, la facultad de dejar sin efecto la enajenación de una cosa realizada a favor de una persona diferente del retrayente, después de efectuada la transmisión de la cosa, y dentro del término convenido, previo reembolso por el adquirente del precio pagado, y en su caso, de los demás gastos que procedan.

El retracto convencional puede ejercitarse en cualquier momento dentro del plazo convenido o señalado por el Código para el caso de que los interesados no hayan estipulado otro más reducido. En el caso del retracto legal, sólo procede cuando se presenta la oportunidad de que el propietario de una cosa la ha vendido o existe otra persona diferente del comprador a quien el Código concede preferencia para adquirirla.

El Derecho de Opción faculta a su titular durante un tiempo determinado, para adquirir un bien específico perteneciente a otro sujeto, mediante el pago del precio y el cumplimiento de las otras estipulaciones pactadas.

Dentro de los elementos subjetivos de la relación jurídica real figura como sujeto activo el optante y como sujeto pasivo el concedente o promitente. El objeto sobre el que recae el derecho de opción es el bien ofrecido. El contenido de este derecho queda reflejado en la obligación del concedente a no disponer del bien ofrecido y mantener la oferta, sin poder retirarla durante el plazo estipulado, correspondiendo al optante el ejercicio de su derecho para que, consumada la opción, se perfeccione el contrato de compraventa y pague el precio del bien recibido. Las características esenciales de este derecho pudieran resumirse en las siguientes: -Intransferible: no puede traspasarse por acto entre vivos. El asignatario podrá enajenar la asignación pero no ceder el derecho de opción. -Intransmisible: con ello se quiere decir que, por un acto de voluntad por causa de muerte, es decir, por testamento, no puede disponerse del derecho de opción. Así, el que es llamado a aceptar o repudiar una asignación, no podría disponer de esta facultad a favor de su sucesor. -Indivisible: en el sentido en que no se puede aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto, el asignatario no puede adoptar distinta posición para cada parte de la asignación. -Irrevocable: una vez ejercitada la opción sea aceptando o repudiando, no puede quedar sin efecto, la aceptación o renuncia son en principio irrevocables. -No está sujeta a modalidades: no se puede aceptar o repudiar a término o condicionalmente. El ejercicio de la opción está ligada de terceros como los acreedores hereditarios y testamentarios que necesitan saber en forma cierta el partido que tomará el asignatario si acepta o repudia, los terceros quedan advertidos y podrán así deducir sus acciones contra quien correspondan. -Cuando el derecho de opción se inscribe en el Registro de Propiedad, puede ser ejercitado no sólo frente al concedente de la opción sino también frente a posibles terceros adquirentes del inmueble.

Ciertamente el tema de los derechos de adquisición preferente constituye un particular de gran relevancia en la actualidad jurídica, lo que amerita un estudio comparado en las legislaciones civiles de países de América Latina y Europa.

III.- Tanteo, retracto y opción: una mirada desde la óptica del Derecho Comparado en América Latina y Europa

El estudio de Derecho Comparado persigue valorar la regulación jurídica civil de los derechos de adquisición preferente en Argentina, México, Venezuela y Perú por compartir el régimen jurídico romano-francés, en el caso de España fue seleccionado debido a la herencia histórica que la etapa colonial representó en el marco legislativo cubano. De ahí que se determine: concepto, modalidades, naturaleza jurídica, elementos de la relación jurídica civil, así como las principales causas de extinción de tales derechos reales.

Las legislaciones civiles escogidas no regulan el derecho de opción. Argentina, México y Perú reglamentan el tanteo convencional bajo la denominación de “pacto de preferencia”, aplicable en enajenaciones onerosas, específicamente en la compraventa, a diferencia del último que si bien lo prohíbe en este convenio lo admite en el contrato de suministro a favor del suministrante o del suministrado según el caso de que se trate. Su modalidad legal solo es reconocida en la normativa mexicana y española con el nombre de “Derecho del tanto” y “Derecho de tanteo” respectivamente. A excepción de México que prohíbe la retroventa, los cuatro restantes países aceptan el retracto convencional mediante las terminologías: “venta con pacto de retroventa”, “pacto de retroventa” y “retracto convencional”. El carácter legal del mismo se advierte en los Códigos Civiles venezolano, peruano y español, como la facultad del retrayente de subrogarse en el grado del comprador previo reembolso del precio y demás gastos estipulados.

El sujeto titular del tanteo convencional será por regla general el vendedor que ejerce su derecho frente al comprador, excepcionalmente la condición de tanteante podrá asumirla el suministrante o suministrado según el caso. Cuando se conciba de forma legal, serán las personas que señale la ley, en la normativa mexicana se

favorece al arrendatario, aparcerero, socio, coheredero y copropietario, para España de forma recíproca el dueño directo y el útil en el censo enfiteútico o los copropietarios de la finca, así como el cedente y el cesionario en los contratos análogos. En el retracto convencional coinciden los sujetos con los relacionados anteriormente en el tanteo voluntario, a excepción de la legislación venezolana que incluye dentro de los sujetos pasivos al tercero adquirente o extraño y de la española que faculta al vendedor a ejercer su potestad contra el comprador o el poseedor que traiga su derecho del comprador. Por último, el retracto legal se corresponde con los supuestos reconocidos en la normativa vigente, prevaleciendo como titulares aunque no de modo exclusivo, los copropietarios y coherederos, los que podrán actuar frente a dos sujetos pasivos: el adquirente retraído y el propietario que le enajenó el bien o la cuota en cuestión.

Los cuerpos legislativos analizados le confieren al tanteo y al retracto una naturaleza crediticia, variando su concepción como derechos subjetivos propiamente dicho o meras facultades. Es común regular el retracto tal cual una condición resolutoria del contrato. Salvo determinados supuestos, tales derechos recaen sobre bienes muebles e inmuebles o en lo concerniente la cuota cuando intervienen copropietarios y coherederos. Son aplicables en enajenaciones onerosas por concepto de venta o dación en pago. Su extinción solo es posible por caducidad, sin embargo, el plazo varía en dependencia de la modalidad del derecho y de la clasificación del bien objeto del mismo.

IV.- Derechos reales de adquisición preferente en el devenir histórico nacional

En Cuba la aplicación de los derechos de tanteo y retracto se limita a enajenaciones onerosas y en sede contractual expresamente al contrato de compraventa.

El derecho de tanteo en Cuba fue establecido en el artículo 2 de la Ley de Puertos de 1880, que lo concedió a los dueños de terrenos colindantes, cuando el Estado enajenara inmuebles situados en la zona marítima terrestre. Por su parte, la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 reguló en sus artículos del 1616 al 1628 los procedimientos legales para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto. En la legislación española además, se regula el tanteo en el Libro de los Jueces o Fuero Juzgo (654 D.C) que en materia de compraventa abarcó disposiciones que en cierto modo subyacen en preceptos modernos, sin aparecer pronunciamiento alguno respecto al retracto. En los Fueros de Logroño, Sepúlveda, Cuenca, Alcalá y otros aparecen disposiciones respecto al tanteo y retracto gentilicio en las Ordenanzas Reales de Castilla (1484). Leyes 6ta y 7ma, título 7, Libro 5to, en la Novísima Recopilación de las leyes de España (1805) dedica un epígrafe en el título XIII del libro X, denominado "De los retractos y derecho de tanteo".

Con la vigencia a partir del 5 de noviembre de 1889 del Código Civil español de 11 de mayo de 1888 extensivo a la Isla por Real Decreto de 31 de julio de 1889, se reconoció el derecho de retracto de origen legal y convencional; entendiéndose que este último tendrá lugar cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1518 y lo demás que se hubiese pactado; y por el legal como el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago. El derecho de retracto legal se establecía para los casos del censo enfiteútico; de colindantes, al conceder el derecho real de que se trata a los propietarios de predios vecinos; y de crédito litigioso, que permitía al deudor de un crédito controvertido vendido a un tercero subrogarse en lugar de éste, reembolsándose el precio, costas e intereses. En los artículos del 1636 al 1642 se reguló acompañando al tanteo legal, solo fue admitido de manera independiente en el artículo 1521.

Con el cese de la soberanía española y la instauración del gobierno norteamericano el 1º de enero de 1899, el gobierno militar dicta su proclama de esa misma fecha por la que se dispone que quedara con fuerza el Código Civil vigente, cambiándose en un futuro a través de modificaciones pertinentes, a los fines de su adaptación a las nuevas circunstancias. Extremo que venía dispuesto en la Base 27 de la Ley de 1888 acordada para la elaboración del Código y que establecía la periodicidad de cada diez años para conocer de las reformas que convinieran introducir en el Código.

Durante la etapa neocolonial (1902-1959) el Código Civil español vigente en Cuba sufrió algunas modificaciones, entre ellas se encuentra la derogación expresa del retracto convencional por la Orden Militar 191 de 20 de agosto de 1901⁵. Artículos que fueron derogados bajo el sustento de que con el retracto convencional se producía una inmovilización de la propiedad hasta un término de 10 años y ante la eventualidad del ejercicio del pacto en un período inferior o al finalizar este, los bienes podrían sufrir graves deterioros, pues el comprador, ante esa expectativa, era posible que no realizara las mejores o no adoptara las medidas necesarias de conservación, aunque al ejercicio del retracto se le conociera el reembolso de los gastos efectuados en la cosa. Aludiéndose además que el mismo hace incierta la propiedad y constituye un obstáculo para el buen cultivo de las fincas, porque el comprador, al no recibir su dominio con carácter irrevocable no se cuidará más que de coger los frutos de la tierra.

En el Decreto Ley No.113 de 31 de julio de 1935, sobre apremio, se dispuso que cuando resultase rematada una finca de conformidad con sus prescripciones, tenía el deudor desposeído el derecho de retracto para recuperarla libre de nuevos gravámenes, en un plazo de tres meses a partir del día en que se hubiera formalizado la adjudicación. Es en la República Mediatizada, por Decreto Ley No.102 de 8 de enero de 1934 que se creó este derecho a favor del Estado para todos los procedimientos cuyo objeto fuesen bienes inmuebles, respaldado por la Constitución de 1940 a tenor de su artículo 89 que reconoció el derecho de tanteo del Estado en toda adjudicación o venta forzosa de propiedades inmuebles y de valores representativos de propiedades inmobiliarias.

La Ley No.6 de 7 de mayo de 1942 para la Protección de los documentos históricos dispuso que el Estado tendría el retracto legal para adquirir, en caso de enajenación, venta o donación los documentos que se enumeran en el artículo 1ro de la propia ley. La Ley No. 407, de 16 de septiembre de 1952, sobre propiedad horizontal, concedió los derechos de tanteo y retracto a los titulares de la propiedad de pisos o locales sujetos a ese régimen cuando los dueños de los apartamentos vecinos pretendieran enajenarlos. De igual forma la Ley Decreto No.449, de 19 de octubre de 1952, sobre arrendamientos y derecho de permanencia de los arrendatarios concedió tanto a estos últimos como a los propietarios de inmuebles destinados a locales de negocio, los derechos de tanteo y retracto.

La Ley Decreto No. 1581, de 4 de agosto de 1954, instituyó el derecho de retracto a favor de campesinos e industriales, para los casos en que ostentaran la condición de arrendatarios de fincas rústicas o urbanas cuya

⁵ ORDEN DE CUARTEL GENERAL, DEPARTAMENTO DE CUBA, N° 191 DE 20 DE AGOSTO DE 1901, PUBLICADA EN LA GACETA DE 21 DE AGOSTO DE 1901.

El Gobernador Militar de Cuba, a propuesta del Secretario de Justicia, ha tenido a bien disponer la publicación de la siguiente ORDEN:

I.- Por la presente se suprime la Institución del "retracto convencional" de que tratan los artículos 1507 al 1520, inclusive, del Código Civil vigente, quedando dichos artículo derogados.

II.- En su consecuencia los Notarios no otorgarán ninguna escritura de compraventa en la cual el vendedor se reserve e derecho de recuperar la cosa vendida, reembolsando al comprador el precio que hubiere recibido u otro que en el contrato se fije.

III.- No obstante lo dispuesto en esta Orden, los contratos de compraventa con pacto de retro, celebrados antes del día en que empiece a regir esta Orden con arreglo a las leyes vigentes se regirán por los preceptos que le sean aplicables de dichas leyes y surtirán los efectos legales en las mismas prevenidos.

IV.- Esta Orden empezará a regir a los veinte días de su publicación en la Gaceta de La Habana.

propiedad fuese enajenada a un extraño o rematada en procedimiento judicial. Por su parte, el Decreto No. 2462 de 5 de septiembre de 1956, concedió al Banco Nacional de Cuba el derecho de retracto en las operaciones de venta de oro que realizaran empresas particulares. Es importante resaltar que aún y cuando se pone en vigor la Ley Fundamental del 1959, la categoría de derecho de tanteo a favor del Estado no sufre ninguna modificación.

Una vez triunfada la Revolución, el contenido regulado en el Código Civil Español vigente sobre el retracto legal sufre algunas modificaciones; en este sentido, su aplicación quedó restringida al amparo la Primera Ley de Reforma Agraria del 17 de mayo de 1959 en relación con las fincas rústicas, al contemplar en el artículo 1521 apartados 1 y 2 que resultaría inaplicable en cuanto a su régimen general, exceptuando el retracto de los hijos del deudor que hubiesen estado trabajando la finca rematada a que se refieren los artículos 35 y 60 de dicha ley; y de Ley de Reforma Urbana del 14 de octubre de 1960 respecto a que el retracto legal de inmuebles urbanos sería también inaplicable a virtud de la prohibición genérica introducida por el artículo 2 y su no inclusión en las excepciones contempladas por su artículo 4. En dicho cuerpo legal queda tácitamente derogado el artículo 1523 y sustituido por las reglas de los artículos 16, 19, 21 (párrafo 3ro), 22, 23 y siguientes relacionado con la redistribución de tierras y la definición, concesión y ampliación del “mínimo vital” agrícola de la Ley de Reforma Agraria. Por otra parte, el artículo 1525 fue modificado estableciendo que en el retracto legal se observarían como normas las mismas a las que se hacían referencia en los artículo 1511 y 1518 que si bien habían sido derogados a tenor de la OM 191 de 20 de agosto de 1901 fueron transcritos a dicha normativa pues subsistían para los efectos de su aplicación ya que el texto original de la misma se remitía a dichos artículos.

En el artículo 21 de la Constitución de 1976 se consignó la titularidad de preferencia al Estado mediante el pago del justo precio, una vez que el agricultor pequeño ejerciese su derecho a vender la tierra con previa autorización de los organismos determinados por la ley. Con la reforma constitucional de 1992, el Estado al amparo del artículo 19 mantiene su derecho de adquisición preferente, mediante el pago de su justo precio, cuando los agricultores pequeños pretendieran enajenar la tierra de su propiedad.

Con la entrada en vigor de la Ley 59/1987 “Código Civil de la República Cuba” se destina el Libro Segundo (Derecho de Propiedad y otros Derechos sobre Bienes), Capítulo IV del Título Tercero, a la regulación de los derechos de tanteo y retracto en sentido genérico, de ahí que posean una naturaleza real y carácter legal. Es de interés resaltar que dichos derechos se encuentran estipulados también en la sede de diferentes supuestos evidenciados en la propia normativa, *V. gr.* el derecho de tanteo en la venta de la tierra y los derechos de tanteo y retrato en copropiedad por cuotas y en coherederos. Además del Código Civil existen otros supuestos de tanteo y retracto legal en normativas administrativas pudiendo citarse las siguientes:

- En la Ley No.1 de 4 de agosto de 1977 sobre “Protección del Patrimonio Cultural” reglamentada por el Decreto Ley No. 118 de 23 de septiembre de 1983, se regula en los artículos 9 y 10 el derecho de tanteo a favor del Ministerio de Cultura (cuando se pretenda la transmisión del dominio o posesión de los bienes protegidos por esta ley, por el precio que corresponda, con la previa y expresa autorización de este) y, del Estado (en los casos en que la transmisión pretenda efectuarse a favor de una persona natural o jurídica que resida fuera del territorio nacional cubano, abonando el precio declarado por el vendedor o cedente y si existiera duda en cuanto a dicho precio, por el que determinen los peritos designados al efecto.) Su Reglamento, por otra parte, dispone en el artículo 46 el derecho de tanteo a favor de la Dirección de Patrimonio Cultural del Ministerio de Cultura a fin de adquirir el bien declarado Patrimonio Cultural de la nación, o de valor museable cuya trasmisión le haya sido solicitada pagando el precio que esta acuerde con la persona propietaria o poseedora o del perito designado en caso de no llegar a acuerdo.

- La Ley No.2 del 4 de agosto de 1977 sobre los Monumentos Nacionales y locales reglamentada por el Decreto No.55 de 29 de noviembre de 1979, en su artículo 10 señala que el Estado cubano podrá hacer uso del derecho de preferencia para adquirir el bien cultural de que se trate, cuando se pretende transmitir a favor de una persona natural o jurídica que resida fuera del territorio nacional, con la obligación de pagar el precio declarado por el vendedor o cedente, y si existieren dudas sobre la veracidad de dicho precio, por el que determinen los peritos designados al efecto.
- En la Ley No. 65, "Ley General de la Vivienda" de 1988 el Estado ostenta el derecho de tanteo a tenor del artículo 21 sobre los solares yermos (en el caso en que los propietarios de estos deseen transferir con previa aprobación de las Direcciones Provinciales de Planificación Física, mediante compraventa o donación, la propiedad de estos a las personas que los necesiten para construir sus viviendas abonando el pago de su precio legal); al amparo del precepto 24 sobre las azoteas o parte de ellas (cuando sus propietarios pretendan conceder a otros propietarios de viviendas en el nivel superior o a un tercero el uso de esta para la construcción de una nueva vivienda) y sobre la vivienda construida en los límites de fincas rústicas cuando su propietario pretenda permutarla, donarla o venderla, mediante el pago de su precio legal sustentado en el artículo 108 último párrafo.

Tanto en los supuestos que hace referencia el Código Civil como en las normativas administrativas anteriormente mencionadas se evidencian características coincidentes, resaltando entre estas que: 1) tales derechos son de carácter legal debido a la no regulación en Cuba de la modalidad convencional; 2) exceptuando los supuestos de copropiedad y de coherederos, el Estado posee la titularidad del derecho; 3) cuando el Estado figura como titular del derecho preferente, media previa autorización de entidad facultada en el momento en que pretenden enajenar los bienes que constituyen su objeto; 4) se extinguen por dos causales, esto es, cuando la autoridad facultada emite la autorización y por caducidad al no ejercerse dentro del término de 30 días contados a partir de la presentación de la solicitud de autorización, ello en virtud de la aplicación supletoria de lo dispuesto en los artículos 230 y 231 del Código Civil en el caso de los contemplados en legislaciones especiales, pues estas no prevén un término específico, a excepción del derecho de adquisición preferente de bienes del Patrimonio Cultural, donde se establece un plazo para resolver sobre la autorización diferente al de caducidad que establece el Código Civil y no precisan de inscripción registral.

Luego de un recorrido histórico por las principales normativas que han conformado el régimen jurídico-constitucional de los derechos de adquisición preferente en Cuba, se impone en lo adelante un desglose minucioso del concepto, naturaleza jurídica, elementos, período de caducidad y demás características de estos derechos en la parte genérica del Código Civil cubano.

V.- Tanteo y retracto legal a la luz del Código Civil vigente en Cuba.

El ordenamiento jurídico cubano aplica el sistema de creación de los derechos sobre bienes *numerus clausus*, en consecuencia, como Derechos de Adquisición Preferente se reconocen el tanteo y el retracto, los que serán aplicables a los supuestos legales regulados en sede civil y administrativa. Con independencia de tales supuestos, que ya fueron enunciados en el epígrafe anterior, se impone un análisis de los artículos del 226 al 231 del Código Civil, donde se regula con carácter genérico el objeto de estudio de nuestra investigación.

El tanteo y el retracto al amparo de este cuerpo legal constituyen verdaderos derechos subjetivos de naturaleza real. Son derechos porque así se pronuncia el Código Civil cuando en los artículos 226.1 y 227 emplea las frases

“El derecho de tanteo” y “El derecho de retracto”. Su carácter real se infiere de su ubicación en el Capítulo IV del Título Tercero, Libro Segundo “Derecho de Propiedad y otros Derechos sobre Bienes”.

Se advierte que la Ley solo admite el origen legal del tanteo y del retracto, pues representa un denominador común en los artículos mencionados anteriormente, la expresión “faculta a una persona designada por ley”, sobre este particular cabe destacar que el Código Civil dista de su antecesor que regulaba el retracto en su modalidad legal y convencional, pero mantiene la finalidad de la Orden Militar 191/01. El carácter legal de estos derechos no se exige su inscripción, la propia ley publica su concesión y por tanto, ningún adquirente puede desconocer su existencia, en consecuencia, la publicidad legal suple a la registral. Le atribuimos como positivo al Código Civil que excluya cualquier posibilidad del tanteo y retracto convencional, pues aunque limite el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 312 del propio cuerpo legal, previsto en sede contractual, la admisión de estos derechos por acuerdo de voluntades, expresamente del retracto convencional, sirve para encubrir fraudulentamente “contratos de préstamo usurario”, así el retracto convencional puede ser utilizado por prestamistas particulares que disimulan así el cambio de una vivienda por crédito, imponiendo asimismo cláusulas o incluso contratos privados adicionales que conllevan elevados intereses, lo que incrementa exponencialmente el monto a devolver para recuperar la vivienda. También puede emplearse en contratos de compraventa sobre bienes muebles y otros tipos de inmuebles además de la vivienda. Que sí están prohibidos en el artículo 380 del Código Civil cuando regula el contrato de préstamo y en el artículo 229 de la Ley 62/87 “Código Penal” como actividad económica ilícita.

Del estudio doctrinal realizado anteriormente se precisó como causa general de extinción de los Derechos de Adquisición Preferente el plazo de caducidad establecido en la legislación o el pactado siempre y cuando no exceda el estipulado en ley. En tal sentido, a tenor de lo establecido en el artículo 230 de nuestro Código Civil, es común para el tanteo y el retracto la causa de extinción por caducidad y el término señalado para ello, que será de 30 días, en el primero se determina a partir del ofrecimiento y en el segundo desde que su titular haya tenido conocimiento de la venta. En los casos en que para la transmisión de un bien inmueble se requiera la autorización previa de un órgano u organismo estatal, y a la vez, se le conceda al Estado el derecho de tanteo respecto a dicho bien, el artículo 231 señala que el término para ejercitarlo comienza a contarse desde el momento en que se presenta la solicitud de autorización.

Los Derechos de Adquisición Preferente a tenor del Código Civil cubano solo son aplicables en enajenaciones onerosas, expresamente en el contrato de compraventa, lo que se infiere del artículo 226.1 cuando a pesar de no especificar el legislador el tipo de enajenación en la que procede el tanteo, emplea el término “precio”, así como del apartado 2 del propio precepto cuando se refiere a la figura del “vendedor” y a la “venta”. Rapa (1986) expresa que: “se debe entender que también habrá de informarle [el propietario del bien al titular del tanteo] si se propone realizar otra enajenación por concepto distinto al de la venta, como sería una dación en pago”. El retracto al igual que el tanteo, se aplica en la compraventa exclusivamente, lo que obedece quizás al hecho de que este se hace acompañar del tanteo según lo regulado en el Código Civil, por tanto, cuando se conceptualiza en el artículo 227 se utilizan las expresiones: “bien vendido”, “comprador” y “reembolso del precio de la venta”. Sin embargo, consideramos que bien pudo el Código Civil admitir la aplicación de estos derechos en supuestos de enajenación de diferentes títulos, de modo expreso o tácito, en el último caso con el empleo de términos, figuras y categorías jurídicas generales que no den paso a la ambigüedad, máxime si valoramos que la regulación que obra en los artículos del 226 al 231 es global, no se circunscribe a un supuesto específico de los previstos en la legislación nacional.

Analizados los criterios generales y comunes de estos derechos, resulta de vital importancia para nuestra investigación abordar de forma independiente el concepto y los elementos de la relación jurídica sobre bienes del tanteo y el retracto.

En el ya comentado artículo 226.1 se define el tanteo como: *El derecho que faculta a una persona designada por la ley a adquirir un bien por el precio convenido o el legal, según el caso, con preferencia a otro adquirente, cuando su propietario pretenda enajenarlo.* De este concepto se cuestiona la categoría “precio legal” por no coincidir con lo establecido en la Constitución que emplea el término “precio justo” en su artículo 19 al consagrar el derecho preferente del Estado cuando un agricultor pequeño interese enajenar sus tierras. Sobre este particular también ha sido objeto de crítica que la adquisición se producirá mediante el pago del “precio convenido” o del “legal”, por ello la existencia de un precio convenido es precisamente lo que fundamenta la denominación de tanteo, pues se produce una prelación de comprar la cosa o del tanto que el comprador habría de dar al tiempo de celebración del contrato, criterio que asumimos, porque el carácter legal del tanteo no radica en el pago de un precio fijado por ley, sino que es la ley la que confiere la titularidad del derecho a determinadas personas. Además es importante darle cierto margen de autonomía al propietario cuando ejerce su facultad dispositiva, condicionada para elegir la persona a la que ha de transmitir su bien y no así en el precio a cobrar por dicha enajenación.

Si bien es positiva la redacción genérica que emplea el legislador en el artículo 226.1 por referirse al enajenante como el “propietario” y por no definir el tipo de enajenación, el apartado 2 no sigue esta concepción global y limita la aplicación del tanteo a la compraventa como se expresó anteriormente. De ahí que los supuestos establecidos en el propio cuerpo legal -copropiedad por cuotas, entre coherederos y como limitaciones al derecho de propiedad del pequeño agricultor- también se restrinjan a la compraventa. Sin embargo del desarrollo de la práctica jurídica en las últimas décadas se ha comprobado que el tanteo y por consiguiente el retracto se han aplicado en otros contratos traslativos de dominio, estos derechos no están limitados a las ventas, sino, que se pueden ejercitar en los supuestos de enajenaciones en general.

En la relación jurídica sobre bienes interviene como sujeto activo el tanteante o titular del derecho, que será la persona designada por la ley, la que varía en correspondencia con el supuesto legal de que se trate, *V. gr.* copropietarios, coherederos, el Estado; en cambio el sujeto pasivo no es más que el propietario limitado por ley para elegir la persona a la que ha de transmitir su bien. De la redacción del artículo 226.2 se infiere que estamos en presencia del vendedor (sujeto pasivo) y del comprador (sujeto activo). El objeto sobre el que recae el derecho de tanteo es enunciado por el apartado 1 del propio precepto como el bien que se pretende enajenar, a pesar de emplear una terminología genérica, puede afirmarse que se trata de una cosa preferentemente corporal, mueble e inmueble, también puede ejercerse sobre una porción o cuota, lo que se justifica con el contenido del artículo 46 apartados 1 y 2, de la expresión *“en los casos en que para la trasmisión de un bien inmueble...”* consignada en el precepto 231, ambos del Código Civil y cuando nos adentramos en los supuestos específicos regulados por el ordenamiento jurídico vigente. El contenido se manifiesta en los derechos y obligaciones de cada uno de los sujetos de esta relación jurídica real, que incluye para el titular la facultad preferente de adquisición del bien a cambio de cumplir las condiciones proyectadas por el propietario o transmitente, esto es, pagar el precio convenido o el legal; debiendo el vendedor, una vez que decida enajenar el bien, informarle al tanteante de la condiciones de la venta.

A fin de garantizar la aplicación del tanteo en enajenaciones de distintos títulos proponemos la siguiente redacción, que no por ser genérica ha de entenderse ambigua, recordemos que donde el Derecho no distingue no cabe distinción alguna:

Artículo 226.1. El derecho de tanteo faculta a una persona designada por la ley a adquirir un bien con preferencia a otro adquirente, cuando su propietario pretenda enajenarlo.

2. Con la finalidad de que el titular del derecho pueda ejercitarlo, el propietario del bien tiene la obligación de darle cuenta de las condiciones de la enajenación que se propone realizar, las que deberán adoptarse en cumplimiento de la legalidad socialista.

El retracto es regulado en el artículo 227 del Código Civil como un *derecho que faculta a una persona designada por la ley para adquirir el bien vendido, subrogándose en lugar y grado del comprador, mediante el reembolso del precio de la venta, de los gastos del contrato y de cualesquiera otros útiles y necesarios, incluidos los realizados en el propio bien*. En esta definición se reconoce, cuando se emplea el término “bien vendido”, que sirve como antecedente al ejercicio del retracto, un acto enajenante del propietario o vendedor, pero no cualquier acto, sino una enajenación consumada. Adviértase que no es este el único requisito previo, es necesario como se refirió en el análisis del artículo 229, que el titular del derecho no se haya enterado de la enajenación, esto es, que el vendedor haya incumplido su obligación de informarle de la venta y de sus condiciones, privándolo del ejercicio de su derecho de tanteo.

Sobre el retracto legal coexisten dos posturas que fueron analizadas en el capítulo anterior pero que resulta importante retomar. Por un lado, la tesis clásica a tenor de la cual el retracto implica una condición resolutoria y una subrogación en sentido técnico, pues se produce la resolución de la primera enajenación y la subrogación o sustitución del retraído por el retrayente. Por otro lado, la teoría moderna que sin negar el desplazamiento que conlleva el retracto, no admite la condición resolutoria, ni en sentido estricto, la subrogación, lo que se origina es una posibilidad adquisitiva para el retrayente y de necesidad transmisiva para el adquirente retraído, por tanto, se produce una doble transmisión. De una simple lectura del artículo 227 se infiere que el Código Civil responde a la tesis clásica cuando emplea la frase “*subrogándose en lugar y grado del comprador*”.

Sin embargo, cuando analizamos el artículo 191 del propio Código Civil se regula de modo expreso que en el supuesto del retracto en venta de tierra a favor del Estado, cuando se realiza la enajenación sin autorización, sea porque no se solicite (en cuyo caso el Estado se ve imposibilitado de ejercer su derecho de tanteo) o porque solicitada se realice sin esperar el transcurso de los 30 días con que cuenta el Estado para el ejercicio del tanteo, se declara nula la enajenación realizada. En relación a ello, de la práctica jurídica desarrollada por el país y de lo establecido en el artículo 67 inciso ch) del propio cuerpo legal se infiere tácitamente que lo mismo sucede con el resto de los supuestos legales consignados en el ordenamiento jurídico cubano. No se produce una doble transmisión en el sentido de que no está conminado el adquirente retraído a transmitirle al retrayente, sino que el bien regresa al patrimonio del propietario como si la primera enajenación no hubiera existido, debiendo este último realizar la enajenación a favor del titular del retracto. Tampoco se produce una condición resolutoria, pues se declara nulo el acto jurídico. A nuestro juicio no estamos en presencia de una subrogación, porque la enajenación ya está consumada, no es posible que el retrayente pueda ocupar, en tal contrato, el puesto del tercero, sino que solo es posible volver al momento inicial y exigirle al propietario que enajene el bien a favor del retrayente.

En fin, la legislación cubana no aplica ninguna de las dos teorías. Incluso, cabe preguntarse hasta qué punto la declaración de nulidad excluye la aplicación del retracto, si partimos de considerar por un lado, que al amparo del artículo 68 el acto no es convalidable y puede impugnarse en todo momento por parte interesada o por el Fiscal y por otro lado, que el derecho de retracto supone una venta válida que quedará sin efecto cuando el retrayente ejerza su derecho dentro del tiempo dispuesto por ley, previo reembolso por este de los gastos que proceden, además del precio para el caso de una enajenación onerosa.

En la relación jurídica sobre bienes interviene como sujeto activo el retrayente, es decir, la persona designada por ley que se hace coincidir -al amparo de los artículos 228 y 229 del Código Civil- con aquella que en su momento tenía el derecho de tanteo, en consecuencia serán los sujetos que se correspondan con los supuestos legales regulados en la legislación nacional, *V. gr.* copropietarios, coherederos, el Estado; como sujeto pasivo figura el propietario que enajenó el bien y el adquirente retraído o comprador según establece el artículo 227 cuando refiere que la subrogación se corresponde en lugar y grado del comprador. El objeto sobre el que recae el derecho es el bien vendido, que cumple las mismas características que en el tanteo, recordemos que al retracto le antecede el tanteo. El contenido se manifiesta en los derechos y obligaciones de cada uno de los sujetos de esta relación jurídica real, que implica para el titular la facultad preferente de adquisición del bien que fue enajenado, dejando sin efecto la transmisión consumada. En el artículo 227 del Código Civil se plasma que el retrayente no solo tiene preferencia para asumir la condición de comprador sino que al subrogarse en lugar y grado del adquirente, tendrá la obligación de pagar el precio del bien vendido, los gastos del contrato y demás útiles y necesarios en los que incurrió el adquirente retraído.

Si asumimos que el tanteo y el retracto deben admitirse en enajenaciones de distintos títulos y que en el retracto no se produce una subrogación en el propio contrato inicial, consideramos oportuno modificar la redacción de los artículos 227, 229 y 320 como se ilustra a continuación:

- Artículo 227. El derecho de retracto faculta a una persona designada por la ley para adquirir el bien enajenado, dejando sin efecto la transmisión efectuada a favor de un tercero, mediante el reembolso del precio de la venta en los casos de enajenación onerosa, de los gastos del contrato y de cualesquiera otros útiles y necesarios, incluidos los realizados en el propio bien.
- La redacción de los artículos 229 y 230 están limitados a los contratos de compraventa, por tanto, sugerimos cambiar en el primero "*proposición de la venta*" por "*proposición de la enajenación del bien*", y en el segundo, cuando se precisa el momento en el que opera el retracto, sustituir "*desde que su titular haya tenido conocimiento de la venta*" por "*desde que su titular haya tenido conocimiento de la enajenación del bien*".

Las propuestas de modificación del Código Civil vigente realizadas en este artículo, en cuanto a la reglamentación genérica de los derechos de tanteo y retracto, constituyen un intento encaminado a cumplir las exigencias que impone la realidad social cubana y la práctica jurídica desarrollada en el país por los operadores del Derecho, a fin de contribuir al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano.

IV.- Reflexiones finales.

Los derechos de adquisición preferente constituyen verdaderos derechos subjetivos de naturaleza real, aplicables en enajenaciones de distintos títulos. Facultan a su titular para, concurriendo ciertos requisitos, convertirse en propietario del bien sobre el que recaen con preferencia a otros adquirentes en potencia o en lugar de estos, según esté en condición de adquirirlo o ya se haya consumado la adquisición. La doctrina reconoce dentro de tales derechos con carácter convencional o legal al tanteo y retracto, concibiendo la opción exclusivamente de forma voluntaria; sin embargo, países de América Latina y Europa omiten en su respectiva legislación civil este último.

Los Códigos Civiles de Argentina, México, Venezuela, Perú y España advierten una naturaleza crediticia de los derechos de adquisición preferente, variando su concepción como derechos subjetivos propiamente dicho o meras facultades. Se regula el retracto como una condición resolutoria del contrato. Salvo determinados supuestos, tales derechos recaen sobre bienes muebles e inmuebles o sobre la cuota cuando intervienen copropietarios y coherederos. Son aplicables en enajenaciones onerosas por concepto de venta o dación en pago. Su extinción solo es posible por caducidad, sin embargo, el plazo varía en dependencia de la modalidad del derecho y de la clasificación del bien objeto del mismo.

En el ordenamiento jurídico cubano se regulan el tanteo y retracto legal, los que proceden en enajenaciones onerosas, expresamente en el contrato de compraventa, sin embargo la práctica jurídica ha demostrado que su aplicación puede ser admitida en supuestos de enajenación de diferentes títulos. Del propio cuerpo normativo y otras legislaciones de naturaleza administrativa prevalecen como sujeto titular el Estado, los copropietarios y coherederos. Derechos que se extinguen por caducidad dentro del término de 30 días, contados a partir del ofrecimiento en el tanteo y desde que su titular haya tenido conocimiento de la venta en el retracto. Por su ubicación en la Ley No.59/87 y su definición han de entenderse como derechos subjetivos de naturaleza real.

La aplicación limitada de estos derechos al contrato de compraventa amerita un redimensionamiento de los preceptos 226, 227, 229 y 230 del Código Civil vigente que garantice el alcance del tanteo y del retracto a enajenaciones de distintos títulos, en consonancia con la práctica jurídica cubana y la doctrina moderna, así como suprimir la terminología "subrogación" en la definición del retracto, por no producirse tal subrogación en sentido estricto al tratarse de una transmisión consumada, lo que impide que el retrayente pueda ocupar, en tal contrato, el puesto del tercero, solo es posible volver al momento inicial y exigirle al propietario que enajene el bien a favor del retrayente.

VII.-Referencias bibliográficas.

- ALBADEJO, Manuel. *Derecho Civil III. Derecho de Bienes, v-II*. Barcelona: Librería Bosch. (1989)
- CANTÓN, L. (s.f.), *Conferencia de propiedad y derecho reales*, Curso dirigido al Ministerio de Educación Superior, p. 242.
- CASTÁN, J. (1945). *Derecho Civil español, común y foral*. Madrid: Editorial Eros.
- COLÍN, A. y Capitant, H. (1925). *Curso elemental de Derecho Civil*. Madrid: Editorial REUS, S.A.
- Concepto, clases y función de la opción*. Recuperado de 24.03.2015 de <http://valerioperezdemadrid.es/notas-para-el-estudio-de-la-opcion-de-compra>
- Constitución de un derecho de preferente adquisición a título oneroso en derecho común*. Recuperado el 12.03.2015 de <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/preferente-adquisicion-oneroso-comun-225984>
- Cuba. (1992). Constitución de la República de Cuba. *Gaceta Oficial* número 7 de 1 de agosto.
- Decreto No. 292. (2013) Regulaciones para la Trasmisión de la propiedad de vehículos de motor. *Gaceta Oficial (Extraordinaria)*. (29)
- Decreto No. 320. (2014) De la Trasmisión de la propiedad de vehículos de motor, su comercialización e importación. *Gaceta Oficial (Extraordinaria)*. (37)
- Decreto-Ley No. 322 (2014) Modificativo de la Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988, Ley general de la vivienda. *Gaceta Oficial (Extraordinaria)* (40).
- Decreto-Ley 288 (2011). modificativo de la Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988, Ley general de la vivienda. *Gaceta Oficial (Extraordinaria)*. (35)
- Decreto-Ley No. 318 (2013) De la Trasmisión de la propiedad de vehículos de motor, su comercialización e importación. *Gaceta Oficial (Extraordinaria)*. (46).
- Definición de tanteo*. Recuperado de 02.02.2015 de <http://www.notarfor.com.ar/diccionario/tanteo.php>
- Derecho de adquisición preferente en caso de venta del local*. Recuperado el 10.02.2015 de <http://www.modelocontrato.net/derecho-de-adquisicion-preferente-en-caso-de-venta-del-local.html>
- Derecho de opción*. Recuperado el 12.03.2015 de <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200706-10112541121214451214.html>
- Derecho real de adquisición preferente: limitaciones a la discrecionalidad de enajenar*. Recuperado el 15.02.2015 de <http://www.actibva.com/magazine/vivienda/derecho-real-de-adquisicion-preferente-limitaciones-a-la-discrecionalidad-de-enajenar>
- Derechos de preferente adquisición nacidos de contratos*. Recuperado el 15.02.2015 de <http://practicos-vlex.es/vid/preferente-adquisicion-nacidos-contratos-415989346>

DIEZ, L. y Gullón, A. (1991). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas v-III*. Madrid: Editorial Olmos.

El retracto legal como derecho de adquisición preferente Recuperado el 21.02.2015 de <http://www.consumer.es/web/es/vivienda/compra/2002/02/18/38189.php>

El derecho de tanteo y retracto Recuperado el 21.02.2015 de www.demierabogados.com

¿Es posible renunciar al derecho de adquisición preferente?. Recuperado el 21.02.2015 <http://www.modelocontrato.net/%C2%BFes-posible-renunciar-al-derecho-de-adquisicion-preferente.html>

ESPÍN, C. (2013). *Manual De Derecho Civil Español*. Madrid: Editorial Jurídica Conosur.

GATTI, ALTERINI, Edmundo y Jorge (1998), *El Derecho Real, Elementos para una Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.

LASARTE, C. (1999). *Curso de Derecho Civil Patrimonial; Introducción al Derecho*. Barcelona: Ed. Ariel, S.A.

VIDAL, M. (2004). *Curso de derechos reales, (T I)*. Buenos Aires: Editorial Hnos. Ralfh.

Orden de Cuartel General, Departamento de Cuba, No 191 de 20 de agosto de 1901, publicada en la Gaceta de Cuba 21 de agosto de 1901.

PAVÓ, R. (2013). *La Investigación Científica del Derecho*. Perú: Editorial Nuevos Tiempos.

PÉREZ, L. B. (2013). *Tras las huellas del legislador del Código Civil de los cubanos*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación.

PUPO, R A. (2005). *Hacia un modelo teórico de los Derechos de adquisición preferentes a partir del ordenamiento jurídico cubano*. La Habana: Editorial UNION.

RAPA, V. (1986). *La Codificación del Derecho Civil. Revista Jurídica* IV(11).

Retratos legales. Enciclopedia jurídica. Recuperado el 12.03.2015 de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/retractos-legales/retractos-legales.html>

RIVERO, O. (2013). *Temas de Derechos Reales*. La Habana: Editorial Félix Varela.

ROCA SASTRE, R. M. , *Derecho Hipotecario, "Fundamentos de la Publicidad Registral"*, tomo III, p.302. 7ª ed.,

Barcelona, 1979

Pupo Kairuz, R.A.(año), "*Hacia un modelo teórico de los derechos de adquisición preferente a partir del ordenamiento jurídico cubano.*" (tesis de especialidad), Universidad _____ lugar_____.

Tanteo y retracto en la ley general de la vivienda Recuperado el 22.01.2015 de <http://www.monografias.com/trabajos82/tanteo-retracto-ley-general-vivienda/tanteo-retracto-ley-general-vivienda2.shtml#ixzz3ZT8a7dIU>

Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992 y 2002,
Gaceta Oficial Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003.