

LA FIGURA DEL TANTEO Y EL RETRACTO

Las consecuencias de su incorrecta redacción en la Ley general de la vivienda.

Mayelis Castilla Torres (*)

Danay Pantoja Falcón (**)

Fecha de publicación: 31/03/2012

Resumen:

La sociedad cubana ha visto con desagrado el fenómeno complejo de la errónea aplicación de las figuras del Tanteo y el Retracto a nuestra legislación inmobiliaria, la cual comprende una amplia variedad de temas. Es por ello que su análisis resulta de gran importancia ya que menoscaba los principios fundamentales de nuestra constitución al lacerar de cierta manera los derechos fundamentales del ciudadano al no poder aplicárseles correctamente sus derechos y principalmente su concurrencia dentro del Sistema Jurisdiccional Cubano al manchar en cierta forma la letra de nuestra Ley General de la Vivienda, por lo que guíamos esta investigación en buscar las consecuencias de la incorrecta redacción de la figura del tanteo y el retracto en la Ley General de la Vivienda. El trabajo cuenta con introducción, desarrollo, conclusiones, recomendaciones y bibliografía.

Abstract

The Cuban society has seen with dislike the complex phenomenon of the erroneous application of the figures Rough calculation and Retraction to our real estate legislation, which a wide variety of topics. It is for it that their analysis is of great importance because it impairs the fundamental principles from our constitution when his rights lacerating in a certain way the

(*) Profesora de la Universidad ISLA DE LA JUVENTUD, Cuba.

mcastilla@cuij.edu.cu

(**) Profesora de la Universidad ISLA DE LA JUVENTUD, Cuba.

fundamental rights from the citizen when are not being correctly applied and mainly its concurrence inside the Cuban Jurisdictional System when staining some now the letter of our General L Housing Law, for what we guide this investigation in order to look for the consequences of the incorrect writing of the figure of the rough calculation and the retraction in the General Housing Law. This work has introduction, development, conclusions, recommendations and bibliography.

Introducción.

Cuando abordamos un tema, buscamos su origen histórico, semántico o sus definiciones y conceptos.

En esta oportunidad queremos hacer referencia a las figuras de Tanteo y el Retracto y para ello primeramente debemos conocer que son los derechos reales ya que ellas provienen de uno de los tipos de derechos reales a los que se afilia nuestra legislación y doctrina.

Como definición clásica de Derecho Real podemos tomar la siguiente: "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". Esta definición implica, en principio, una relación entre una persona y una cosa, sin que exista intermediario entre el titular y el objeto de ese derecho. Supone un sujeto activo del derecho y una cosa determinada objeto de dicho derecho.

Los Derechos Reales de adquisición son aquellos que conceden a su titular un derecho de preferencia para adquirir determinadas cosas. Son aquellos que facultan a su titular para convertirse en propietario de la cosa sobre la que recaen, si concurren ciertos requisitos y dentro de estos, la doctrina española incluye el tanteo y el retracto.

El Derecho de Tanteo es el derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa, en el caso de que el dueño quiera enajenarla. Es presupuesto fundamental para que pueda ocurrir el tanteo que no se haya producido todavía la enajenación de esa cosa sobre la que recae ese derecho.

Estas figuras tienen su origen en los fueros municipales de España donde el retracto gentilicio fue el primero en surgir, pues la familia constituía un organismo de más amplitud que la familia moderna, y era de verdadero interés público que la propiedad no saliera de la misma.

Cuando ha sido usado el vocablo tanteo en nuestra legislación tradicional cubana ambos derechos se encuentran comprendidos, por tener la misma finalidad, de tal suerte que quien tiene el derecho de tanteo le asiste también el de retracto, porque si así no fuera y se concediera el tanteo sin el retracto, el fin de aquel pudiera eludirse fácilmente por el obligado al aviso y quedar sin efecto la preferencia. En fin, para conseguir ésta puede ejercitarse la acción, lo mismo ofreciendo el tanteo antes de la consumación de la venta, que intentando el retracto del bien enajenado.

El Retracto era considerado, por ALBERTO BLANCO una de las causas de extinción del contrato de compraventa, y es además un verdadero derecho real sobre el objeto, ejercitable no solamente contra el vendedor, sino contra los terceros adquirentes, en cuyo lugar se subroga quien tiene derecho al retracto.

Es por ello que nuestro trabajo va enfocado al buen desenvolvimiento de estas figuras en nuestro derecho, por su gran importancia en el desarrollo de un derecho civil e inmobiliario como el nuestro donde se trata de proteger como principio fundamental de nuestro sistema al hombre y no lacerar sus derechos establecidos en nuestra Constitución.

Material es y Métodos:

Métodos de investigación

La investigación se sustenta en el método dialéctico materialista, cuyo enfoque rector permitió describir la dialéctica del desarrollo del proceso estudiado, revelar sus contribuciones y elaborar los fundamentos teóricos para la concepción de la redacción de las figuras del tanteo y el retracto.

Métodos del nivel Teórico

- **Analítico-Sintético:** Permitted analizar la problemática en cuestión, así como la información que se fue obteniendo con el objetivo de ser claros y precisos en determinar la información pertinente y de mayor relevancia.
- **Exegético-Analítico:** Para verificar la correspondencia de la norma con la realidad socioeconómica.
- **Histórico-Lógico:** Permitted revelar las tendencias históricas de la figura del tanteo y el retracto en la Isla de la Juventud, a través del estudio documental que permitió confirmar el estado del arte de la problemática estudiada.

Métodos del Nivel Empírico.

- Estudio de documentos: Revisión de bibliografía sobre el tema.

➤ Encuestas a Juristas y Jueces, para conocer sus opiniones al respecto.

Resultados y discusión.

Los derechos de Tanteo y de Retracto en la transmisión de la vivienda. Los errores en su redacción dentro de la Ley General de la Vivienda.

Las disposiciones sobre lo referente a la vivienda en Cuba se regían por el Código Civil Español de 1889 desde su promulgación.

El 27 de diciembre de 1984 es que se aprueba la Ley General de la Vivienda, la que dispuso en su artículo 70 que "Cuando se tratase de ceder la propiedad de una vivienda por una vía que no sea la permuta, ya sean viviendas adquiridas por lo dispuesto en la presente ley o las que desde antes hayan sido propiedad del que pretenda cederla, la cesión deberá hacerse ante notario público por el precio que acuerden las partes o sin precio alguno y previa autorización de la Dirección Provincial de Vivienda, que tendrá el derecho de subrogarse en lugar y grado del adquirente y recibir la propiedad de la vivienda para el Estado, abonando al vendedor el precio legal establecido en la presente ley menos el importe de la parte del precio de la vivienda que estuviera pendiente de pago, en su caso.

Esa subrogación en lugar y grado del adquirente no es otra cosa que el derecho de Tanteo, que no sabemos por que el legislador no lo llamó por su nombre. Muy correcta es la exclusión de la permuta en este caso. No obstante el legislador cometió el error de conceder este derecho en los casos de cesiones en las que no medie precio. También habla de subrogarse en lugar y grado del comprador, pero si lo que paga es el precio legal, de haberse ofrecido otro precio, se estaría subrogando en el lugar del comprador, pero no en su mismo grado, porque para esto tendría que abonar la cantidad ofrecida.

No obstante lo dispuesto en este artículo, la Disposición Especial Octava faculta a al Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda para que, excepcionalmente autorice entregas y traspasos de la propiedad de viviendas y fije los precios a pagar distintos a los establecidos en la ley, y sin sujeción a los requisitos establecidos en ella, incluyendo el tanteo, mediante resolución fundada y oído el parecer del Comité Ejecutivo del Órgano Provincial del Poder Popular.

La Resolución No. 59 de 19 de abril de 1987, del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, estableció nuevas reglas para la compraventa entre particulares. En su apartado sexto dispuso: "En todos los casos de compraventa la Dirección Provincial de Vivienda ejercerá el derecho de tanteo a favor del Estado y adquirirá la propiedad de las viviendas mediante el pago del precio legal.". Este artículo de carácter imperativo eliminó la

posibilidad de que se produzca una compraventa entre particulares, por lo que en vez de estipular que en todos los casos la Dirección Provincial de Vivienda ejercerá el derecho de tanteo, se debió poner que queda prohibida la venta de inmuebles a otra persona diferente del Estado.

En esta misma Resolución se establecen algunas excepciones en las que no ejercerá el Estado el derecho de tanteo. Estas excepciones son las transmisiones a título gratuito a favor de ex cónyuges y próximos parientes o allegados. Otra vez vemos las transmisiones a título gratuito como excepciones, cuando no pueden serlo por las causas ya expuestas.

Con respecto a los solares yermos, la Resolución Conjunta No 1 de 31 de julio de 1987, de los Ministros del Comité Estatal de Finanzas y de Justicia, el Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda y el Director del Instituto de Planificación Física, dispuso que quien adquiriera con posterioridad al 30 de septiembre de 1984 un solar yermo sólo podrá utilizarlo para construir su vivienda; pero prohíbe la cesión del solar salvo por herencia, legado o donación a favor de ex cónyuges o próximos parientes, pues en otro caso sólo podrá venderlo al Estado por el precio equivalente al del derecho perpetuo de superficie. Luego, no puede pensarse en Tanteo ni Retracto para adquisiciones gratuitas.

Con la aprobación en 1988 de la Ley General de la Vivienda, el régimen legal de la vivienda y los derechos sobre la misma se rigen por esta ley, así quedó establecido por su artículo 2. Dentro De los objetivos de esta ley están los de establecer las reglas para la transferencia de los solares yermos (artículo 3 c) y de la propiedad de viviendas que el Estado construye o quedan disponibles (artículo 3 ch). En este último quedaron excluidas las viviendas construidas por esfuerzo propio, no obstante en el Capítulo II "Construcción y Reparación de Viviendas" Sección Tercera "Derechos y Deberes en la Conservación de la Vivienda por esfuerzo propio de la población", se incluyen las que se construyan con posterioridad a esta ley. Faltarían entonces todas las construidas con anterioridad; pero, haciendo una interpretación extensiva del artículo 2, estas quedarían incluidas en él.

En esta misma sección, en el artículo 13 inciso b, se permite la posibilidad de adquirir un solar yermo directamente de su propietario o de obtener la cesión de una azotea para la construcción de una vivienda. Con respecto al solar yermo, este artículo se complementa en la Sección Cuarta: "De los Solares Yermos para Construir Viviendas" cuando en el artículo 21 establece que: "Los propietarios de solares yermos podrán transferir, mediante precio o sin precio, la propiedad de esos solares a favor de personas que lo necesiten para construir sus viviendas, sobre el supuesto que no existan restricciones urbanísticas que lo impidan, y previa

aprobación de la Dirección Provincial de la Vivienda, la cual, en todo caso, podrá ejercer el derecho de tanteo y adquirir para el Estado la propiedad del solar mediante el pago de su precio legal".

El precio legal a que se refiere este artículo se encuentra regulado en el artículo 42 que establece que el precio legal, será el que fije la Dirección Municipal de la vivienda de acuerdo con las bases que establezca el Consejo de Ministros, a propuesta del Comité Estatal de Precios. Para ello hacen una clasificación en si se trata de una vivienda nueva, teniendo en cuenta la cantidad de metros cuadrados, la ubicación y en caso de ser individual si tuviere jardines o patios, y si se trata de una vivienda del fondo actual, además de atender a los factores antes dichos, se tendrá en cuenta el descuento por depreciación.

No encontramos en esta ley, ni en ninguna posterior el plazo para dar la aprobación, ni para ejercer el derecho de tanteo. La Ley General de la Vivienda en su Disposición Final Cuarta, derogó todas las disposiciones que se opongán al cumplimiento de esta ley. A nuestro juicio, la ley aplicable sería el Código Civil, amparado en su artículo 8 que establece que: "Las disposiciones de este Código son supletorias respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales."; por tanto, el término que tendría la Dirección Provincial de Vivienda para ejercer el derecho de tanteo, sería de treinta días contados a partir del ofrecimiento, amparado en el artículo 230 del Código Civil que establece éste término como un término de caducidad.

Respecto a la construcción de viviendas en azoteas, esta se regula en la Sección Quinta del mismo capítulo. Según el artículo 24, los propietarios de viviendas individuales, los de viviendas ubicadas en edificios de varias plantas, en los que cada planta constituya una vivienda y los propietarios de las viviendas que integren un edificio de apartamentos, podrán conceder de común acuerdo al o a los propietarios de las viviendas en el nivel superior el derecho de ampliar sus viviendas, o a un tercero el de construir una nueva en la azotea sobre la edificación sobre el supuesto de que técnicamente pueda ejecutarse dicha construcción y que no existan restricciones urbanísticas que lo impidan según dictamen de la Dirección Municipal de Arquitectura y Urbanismo, y siempre que se hubiese obtenido autorización de la correspondiente Dirección Provincial de Vivienda, la que podrá ejercer en todo caso el derecho de tanteo a favor del Estado. Es importante señalar que tanto en el artículo 26 como en el 27 se habla de cesión y no se especifica si a título oneroso o gratuito, y el artículo 31 inciso e establece que la escritura en que se haga constar la cesión debe constar el precio o constancia de que esta es gratuita, por lo que pueden ser

ambas; Sin embargo el artículo 24 establece que la Dirección Provincial de Vivienda podrá ejercer el derecho de tanteo en todo caso. Si la cesión de que se habla puede ser a título gratuito, entonces técnicamente no opera el derecho de tanteo, porque para que pueda este realizarse, tiene que mediar un precio.

El artículo 29 establece que el precio será libremente convenido por las partes, entonces el Estado, de ejercer el derecho de tanteo, tendrá que darle lo que por la cesión de la azotea hayan convenido las partes, ya que en el artículo 24, donde se le da este derecho preferente no se dice el precio por el que adquirirá la azotea de ejercer su derecho.

Una vez construida la vivienda en la azotea, establece el artículo 32, que será propiedad personal del que la construya, por lo que para su transferencia, se regirá por los artículos del Capítulo V "Régimen Jurídico de las Viviendas de Propiedad Personal".

El artículo 70 de la Ley General de la Vivienda permite la transmisión de la propiedad de una vivienda por permuta o donación, la cual deberá realizarse ante notario por el precio que acuerden las partes o sin precio alguno y previa autorización de la correspondiente Dirección de Provincial de Vivienda, la que tendrá el derecho de tanteo para adquirirla en propiedad para el Estado, abonando al propietario el precio legal establecido en esta ley.

Este artículo presenta el mismo problema que hemos señalado en otros casos en que se le concede el derecho de tanteo al Estado. Se incluye este derecho en los casos de donación, en los que no debe haber tanteo por no mediar precio. Otro señalamiento a este artículo es que la transmisión se hará por el precio que acuerden las partes, sin embargo, a la Dirección Provincial de Vivienda se le da el derecho de tanteo por el precio legal. Por qué no ejerce este derecho por el precio que le ha sido ofrecido al vendedor, si es así como debería ser.

El párrafo tercero del propio artículo 70, faculta al Instituto Nacional de la Vivienda para regular el procedimiento para la transmisión de la propiedad de la vivienda y establecer los casos en los cuales el Estado otorgará la aprobación de la cesión o ejercerá el derecho de tanteo a su favor. Con este párrafo la Ley General de la Vivienda mantuvo vigente la Resolución 59 de 1987 y quedó excluida la posibilidad de la compraventa entre particulares, por lo que el artículo 70 de la Ley General de la Vivienda, que permite la compraventa entre particulares, dándole el derecho de tanteo al Estado, es innecesario, pues este fue hecho con posterioridad a la Resolución 59; y si la intención del legislador fue mantener vigente esta Resolución, era

innecesario este artículo. Si se quería mantener una posibilidad de compraventa entre particulares, esta la da la Disposición Especial Segunda que faculta al Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda para que, excepcionalmente, autorice entregas y traspasos de la propiedad de viviendas, mediante resolución fundada y oído el parecer del Comité Ejecutivo del Órgano Provincial del Poder Popular correspondiente.

Con respecto a las viviendas del pequeño agricultor, estas, a pesar de ser de propiedad persona, están sometidas a un régimen especial, y están reguladas en el Capítulo VII de la Ley General de la Vivienda, Sección Primera "De las Viviendas en Zonas Rurales". En el artículo 108, inciso b, se establece que la permuta, donación, venta o traspaso de estas viviendas sólo podrán efectuarse previa aprobación del Ministerio de Agricultura, el que podrá en todo caso ejercer el derecho de tanteo a favor del Estado abonando el precio legal. Una vez más se otorga, erróneamente el derecho de Tanteo en las transmisiones a título gratuito.

Respecto a cualquier reclamación de derechos referente a la vivienda, son competentes para conocer y resolver, al amparo del artículo 122, las Direcciones Municipales de Vivienda, y corresponderá a la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de los Tribunales Provinciales Populares conocer las reclamaciones contra lo resuelto por las Direcciones Municipales de la Vivienda.

Resultados de la investigación.

Las consecuencias de la incorrecta redacción de la figura del tanteo y el retracto en la Ley General de la Vivienda.

- La errónea interpretación de los operadores del derecho en este sentido, así como también de la población en general que lea la ley y se interese por un trámite de este tipo.
- La mala aplicación de la doctrina a la práctica propiciando de esta manera una imperfecta aplicación de este derecho.
- No determina la aplicación de estas figuras para los casos onerosos y gratuitos realizando una incorrecta aplicación de la figura.
- Se le concede el derecho de tanteo al Estado sin mediar precio alguno y además se incluye en los casos de donación donde categóricamente no puede mediar precio.
- Se le aplica a las viviendas del pequeño agricultor, a pesar de estar sometidas a un régimen especial en el artículo 108, inciso b, ejercen el derecho de tanteo a favor del Estado abonando el precio legal. Una vez más se otorga, erróneamente el derecho de Tanteo en las transmisiones

a título gratuito y sin una determinación del precio legal influyendo así en su incorrecta aplicación en nuestra legislación inmobiliaria.

- Se aplica erróneamente el tanteo y retracto a figuras gratuitas siendo incorrecto por su constitución.

Con respecto a estas deficiencias establecidas se elaboraron las siguientes medidas:

- Exhortar a los legisladores de nuestro país a revisar la redacción de la figura del tanteo y el retracto en la Ley General de la Vivienda.
- Eliminar la aplicación de las figuras del tanteo y el retracto a cualquier transmisión realizada a título gratuito.
- Lograr una concordancia entre la aplicación del precio legal y el precio que acuerden las partes a la hora de ejercer el Estado el derecho de tanteo.
- Establecer en la Ley General de la Vivienda el plazo para dar la aprobación y ejercer el derecho de tanteo.

Conclusiones

- Entre los Derechos Reales de Adquisición, se encuentran el tanteo y el retracto. El Derecho de Tanteo es el derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa, en el caso de que el dueño quiera enajenarla. El retracto es la facultad de dejar sin efecto la venta de una cosa a persona diferente del titular, después de efectuada y dentro del término legal o convenido, previo reembolso al comprador del precio por él pagado, y en su caso, de los demás gastos que procedan.
- La errónea aplicación de las figuras del Tanteo y el Retracto en nuestra legislación inmobiliaria, menoscaba los principios fundamentales de nuestra constitución al lacerar de cierta manera los derechos fundamentales del ciudadano.
 1. la incorrecta calificación de excepciones a las transmisiones a título gratuito a favor de ex cónyuges y próximos parientes o allegados, cuando no pueden serlo ya que para que pueda operar el derecho de tanteo tiene que mediar un precio y no gratuitamente.
 2. Establecer que la transferencia de solares yermos o viviendas en la que no medie precio se pueda ejercer el derecho de tanteo, y además se incluyen los casos de donación donde categóricamente no puede mediar precio.

3. Con respecto a las viviendas del pequeño agricultor el Ministerio de la Agricultura, también podrá en todo caso ejercer el derecho de tanteo a favor del Estado abonando el precio legal, otorgando una vez más erróneamente el derecho de Tanteo en las transmisiones a título gratuito.
- La lucha contra esta deficiente redacción no debe de tener otra frontera que la de la reducción y eliminación de estos errores que laceran nuestra legislación.

Recomendaciones

- Que el colectivo de estudiantes de la Facultad de Especialidad de Derecho en el Municipio Especial Isla de la Juventud continúe profundizando en el estudio teórico-doctrinal, jurídico y práctico de la figura del tanteo y el retracto en la legislación cubana.
- Convocar a Eventos Científicos y Talleres, con el objetivo de fomentar los estudios sobre el tema, enfatizando en la determinación de sus efectos y de esta manera contribuir a la búsqueda de soluciones que permitan una adecuada redacción de estas figuras en la Ley General de la Vivienda.
- Poner a disposición de los jueces, abogados, fiscales, consultores y asesores jurídicos, estudiantes y profesores de la Especialidad de Derecho, así como de demás interesados en el tema, el Trabajo Investigativo realizado.
- Y como recomendación principal exhortar a los legisladores cubanos estudiar el tema y tratar de solucionar el problema de la redacción con algunas modificaciones o aclaraciones en este sentido.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ ALBADEJO, Manuel: Derecho Civil III. Derecho de Bienes, v-II, Barcelona, Librería Bosch, 1989.
- ❖ BORRELL Y SOLER, Antonio M: Derecho Civil español, t-II, Barcelona, 1955.
- ❖ CASTÁN TOBEÑAS, José: Derecho Civil español, común y foral, t-II Madrid, 1945.
- ❖ CLEMENTE FERNÁNDEZ, Elías: Novísimo tratado de Derecho Civil español, Madrid, 1873.
- ❖ COLÍN, Ambrosio y CAPITANT, Henry: Curso elemental de Derecho Civil, t-I, Madrid, Editorial REUS, S.A ,1925.

- ❖ DIEZ PICASO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas, v-III, Madrid, 1981..
- ❖ FUEMAYOR CHAMPIN, Amadeo de: La revocación de la propiedad, Madrid, 1941..
- ❖ LASARTE, Carlos: CCurso de Derecho Civil Patrimonial, “Introducción al Derecho”, Madrid, segunda edición, 1990.
- ❖ MACHADO, José Compraventas, retractos y deslindes, La Habana, Editorial Puga, 1947.
- ❖ RIAZA, Narciso: Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia, Madrid, 1919.
- ❖ ROCA SASTRE, Ramón: Derecho Hipotecario, “Fundamentos de la Publicidad Registral”, t-III, Barcelona, sexta edición, Editorial Bosch, 1968.
- ❖ SAMA HERNÁNDEZ, Luis F. :Cómputo del plazo en el retracto de colindantes, Madrid, Editorial Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, 1991
- ❖ TRIAY LEÓN, Andrés: Derechos Reales, v-II, La Habana, 1946.

Legislación

- ❖ Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial número 7 de 1 de agosto de 1992.
- ❖ Ley General de la Vivienda, (1988).