

## Tanteo y retracto sucesorio

Alex Fernando Plácido Vilcachagua

*Al maestro Dr. César Fernández Arce,  
con gratitud.*

### INTRODUCCION

**C**UANDO EXISTEN VARIOS herederos se produce, de pleno derecho —desde la apertura de la sucesión y hasta la partición sucesoria—, la figura jurídica de la copropiedad de éstos sobre los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tengan derecho a heredar. Se trata del estado de indivisión hereditaria; que se rige, en lo no previsto, por las disposiciones relativas a la copropiedad.

De tal situación se originan y derivan una serie de derechos y obligaciones que corresponden a cada heredero. Uno de esos derechos es el referido a la facultad de disposición de la cuota hereditaria. Así, se admite, por regla general, ceder el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado. Sin embargo, con el propósito de tender a reunir todas las cuotas hereditarias en un solo heredero o, por lo menos, reducir el número de herederos a fin de consolidar la propiedad y evitar las inconveniencias que resultan de la copropiedad hereditaria, se reconoce —en los ordenamientos jurídicos— el derecho de los mismos para adquirir preferentemente la cuota hereditaria de aquél que la ceda a título oneroso; excluyendo o desplazando, con ello, a cualquier adquirente. Este derecho de preferencia adquisitiva de los herederos se manifiesta en dos

fases distintas, ya sea antes o después de la cesión a título oneroso de la cuota hereditaria. En la primera fase, estamos frente al tanteo y, en la segunda, ante el retracto sucesorio.

En este breve trabajo, pretendemos precisar si con los derechos de preferencia adquisitiva de los herederos, tal como están regulados en nuestro ordenamiento positivo, se logra definir la copropiedad hereditaria y limitar, para ello, la facultad de disposición de la cuota ideal; proponiendo, de ser el caso, las enmiendas necesarias para tal efecto.

### 1. *Los Derechos de Preferencia Adquisitiva*

Los derechos de preferencia adquisitiva son, siguiendo a Puig Brutau<sup>1</sup>, "los que permiten hacer la adquisición derivativa de una cosa excluyendo o desplazando a cualquier otro posible adquirente". Vale decir, son aquéllos que otorgan la facultad adquisitiva de la propiedad de un bien mediante una preferencia sobre las demás personas que pretenden adquirirlo o lo hayan adquirido. Añade, el autor citado<sup>2</sup>, que "en la medida en que esta preferencia limite, con eficacia real, la libertad del propietario de la cosa de enajenarla a quien quiera, se tratará de derechos reales limitativos del dominio, por afectar a la facultad de disposición y extinguirse por su ejercicio"<sup>3</sup>. Se trata, pues, de verdaderas limitaciones a la facultad de disposición de un bien.

La doctrina incluye, entre los derechos de preferencia adquisitiva, el tanteo y el retracto. Empero, se puntualiza que no son derechos diferentes ambos sino oportunidades distintas de manifestarse un mismo derecho. Como observa Santos Briz, citado por Puig Brutau<sup>4</sup>, "el tanteo y el retracto, en principio, presentan distintas fases de un mismo derecho: mientras el tanteo ha de ejercitarse antes de la perfección del contrato traslativo que lo origina, el retracto ha de ejercitarse después; es decir, una vez perfecto dicho contrato"; comprobándose, además, la existencia de una inevitable conexión temporal entre ambos.

1 PUIG BRUTAU, José. "Fundamentos de Derecho Civil". Tomo III - Volumen III. 2da. Edición. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1974, p. 393.

2 PUIG BRUTAU, José. Op. cit. p. 404.

3 Sin embargo, en la doctrina se discute si los derechos de preferencia adquisitiva son de naturaleza real o personal.

4 PUIG BRUTAU, José. Op. cit. p. 395.

Se puede decir, entonces, que el tanteo es el derecho de preferencia que tiene su titular para adquirir la propiedad de un bien, excluyendo a cualquier posible adquirente, en el caso que el propietario decida enajenarlo; y, el retracto es el derecho de preferencia que tiene su titular para subrogarse en el lugar del que ha adquirido el bien por compra-venta o dación en pago.

Por otro lado, "el tanteo ha de estar necesariamente complementado por el retracto para el caso de que al titular del derecho de adquisición preferente no le haya sido posible el ejercicio de aquél. Por otra parte, si este titular dejó pasar voluntariamente la posibilidad de ejercitar el tanteo, no se le concede la misma oportunidad consumada la adquisición que pudo pero no quiso impedir"<sup>5</sup>.

Los derechos de preferencia adquisitiva son regulados, en nuestro Código Civil, en los artículos 989 —el tanteo— y 1592 y ss. —el retracto—; otorgándoseles un tratamiento distinto y omitiéndose, además, la conexión temporal existente entre ambos. Así, se reconoce el tanteo para evitar la venta de los bienes comunes en pública subasta y adquirir su propiedad. Adviértase que el tanteo está referido a los bienes sobre los que recae la copropiedad. En lo que respecta al retracto, relacionado con la copropiedad, se le admite para los casos de "venta a terceros de las porciones indivisas". Asimismo, se comprueba la omisión de la conexión temporal existente entre el tanteo y el retracto cuando se establece que el primero es pertinente en los casos de venta en pública subasta de los bienes sobre los que recae la copropiedad; y, el segundo, lo es en los casos de venta de las porciones indivisas o cuotas ideales de los copropietarios a terceros.

## 2. *La cuota hereditaria*

La cuota ideal o porción indivisa es, como explica Borda<sup>6</sup>, "el haz de derechos que se le reconocen al condómino sobre la cosa común".

Este concepto de cuota concilia y hace compatible la unicidad del derecho con la pluralidad de los titulares; pues, "la cuota expresa la indivisión (puramente intelectual, se entiende) del derecho (división

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 404.

<sup>6</sup> BORDA, Guillermo A. "Manual de Derechos Reales". 2da. Ed. revisada y actualizada. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1981. p. 289.

jurídica), no estando dividido, ni siendo divisible el objeto de ese derecho. El derecho entero, por consiguiente, corresponde por cuotas abstractas a cada titular (co-titularidad o participación en el derecho). Este, pues, es el titular exclusivo de la propia cuota; y la cuota, bajo este aspecto, forma parte de su patrimonio como entidad autónoma y separada de las cuotas de los otros comuneros<sup>7</sup>.

En lo que concierne a la copropiedad hereditaria, no ha de considerarse que a cada heredero le corresponde una porción indivisa sobre cada bien de la masa hereditaria, sino que su respectiva cuota hereditaria está referida globalmente al derecho sobre todos los bienes de la herencia, en proporción a la parte que tenga derecho a heredar. Por tal razón, y "por no referirse directamente a bienes concretos, es llamado derecho hereditario en abstracto el que corresponde a cada coheredero"<sup>8</sup>.

Por otra parte, siendo el heredero titular de la cuota que le corresponde en la copropiedad hereditaria, puede disponer de ella e inclusive gravarla. Tal acto de disposición se lleva a cabo mediante la cesión del derecho hereditario en abstracto, sea a título gratuito u oneroso; lo que implica la transmisión de la cualidad de heredero, pero se responde de ella al cesionario.

En nuestro Código Civil se consagra la facultad de disposición de los copropietarios respecto a su cuota ideal (artículo 977); que se realiza, en relación a la copropiedad hereditaria, a través de la cesión del derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado (artículo 1209).

### 3. *Las limitaciones a la facultad de disposición de la cuota hereditaria: el tanteo y el retracto sucesorio*

Los derechos de preferencia adquisitiva constituyen verdaderas limitaciones a la facultad de disposición de un bien. En lo que concierne a la copropiedad hereditaria, el tanteo y el retracto sucesorio se presentan como restricciones a la facultad de disposición de la cuota hereditaria. Esto responde al interés de definir la copropiedad hereditaria, pues se facilita la reunión de todas las cuotas en un solo heredero o, por lo menos, reducir el número de ellos, consolidándose —de esta manera— la propie-

7 MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo II. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, p. 51.

8 PUIG BRUTAU, José. Op. cit. Tomo V - Volumen I, p. 365.

dad; y al interés de conservar el patrimonio hereditario en favor de los herederos, pues se evitará la concurrencia de terceros ajenos al vínculo familiar y con posiciones distintas a la de aquéllos.

En general, los derechos de preferencia adquisitiva de los herederos suponen, para su ejercicio, en primer lugar, que la herencia se encuentre en estado de indivisión hereditaria; en segundo lugar, que se pretenda ceder o se haya cedido a título oneroso una cuota hereditaria; en tercer lugar, que tal cesión se quiera realizar o se haya realizado en favor de terceros; en cuarto lugar, que se comuniquen a los demás herederos la intención de ceder o la cesión de la cuota hereditaria ya efectuada, mediante carta de fecha cierta o por aviso judicial; y, por último, que se ejerciten dentro de un plazo de caducidad fijado en la ley y computado a partir de la comunicación respectiva.

En nuestro ordenamiento jurídico positivo se consagra la facultad de disposición de la cuota hereditaria y la existencia del retracto sucesorio en favor de los coherederos para los casos de cesión a título oneroso o dación en pago de la cuota ideal adquirida por terceros. Pero, con relación al tanteo sucesorio, éste no ha sido previsto en nuestro Código Civil<sup>9</sup>.

En la exposición de motivos de la Comisión Revisora del Código Civil de 1984, relativo al capítulo del derecho de retracto<sup>10</sup>, se indica que la razón de conferir el retracto a favor del copropietario es la de "propender a la consolidación del dominio, dadas las conocidas dificultades creadas por la copropiedad". A lo que De la Puente y Lavalle<sup>11</sup> agrega: "en la venta de porciones indivisas no hay una traslación de propiedad fuera del condominio, sino, por el contrario, una accesión de un tercero que en nada beneficia o mejora la situación de la copropiedad, pudiendo conglomerarse esta parte en manos de otro copropietario con el significativo beneficio".

Siendo así, ¿no se obtiene el mismo resultado —y quizás con mayor facilidad— otorgando a los herederos, también, el derecho de tanteo para

9 Ya hemos constatado que en nuestro Código Civil el tanteo se otorga para la adquisición preferente de los bienes sobre los que recae la copropiedad, pero no con respecto a la cuota ideal de cada copropietario. (Supra n.1).

10 Separata especial publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 19 de julio de 1987, p. 42.

11 En "Código Civil Peruano" Parte III, Tomo VI, Lima, 1985, p. 244. Compilación realizada por la Dra. Delia Revoredo de Dehakey.



el caso en que uno de ellos quiera ceder su cuota hereditaria a título oneroso a un tercero? ¿no se logra, con ello, la definición de la copropiedad o la disminución de las inconveniencias de tal estado? ¿no se impide, del mismo modo, la intromisión de terceros, animados de mero espíritu de lucro, en la copropiedad hereditaria? ¿no se beneficia, de igual manera, a los demás herederos?<sup>12</sup>

Con el tanteo sucesorio, pues, se obtendrá siempre el mismo fin que se busca al admitir el retracto; por lo que consideramos que debe regularse este derecho de preferencia adquisitiva, atendiendo, además, a que:

1.— Con el tanteo sucesorio se impide la intromisión de terceros, animados de mero espíritu de lucro, en la copropiedad hereditaria.

2.— Con el tanteo sucesorio se conserva al grupo de los herederos, que forman parte de la familia del de cuius, el patrimonio hereditario; evitándose mayores controversias en la partición, más fáciles de surgir con extraños.

3.— Con el tanteo sucesorio se otorga seguridad jurídica a los terceros adquirentes de la cuota hereditaria, pues existirá la certeza de que los herederos han podido ejercer su derecho de preferencia con anterioridad a la cesión y se elimina, con ello, la incertidumbre en relación a una posible acción de retracto.

4.— Con el tanteo sucesorio se evita a los demás herederos ingresar al dificultoso campo del litigio judicial y enfrentar a su familiar; beneficiándoseles, además, ya que la porción indivisa a cederse se añadirá a sus respectivas cuotas, en partes iguales.

5.— Con el tanteo sucesorio se asegura al heredero cedente la imposibilidad de sufrir una acción por daños y perjuicios a cargo del tercero cesionario como consecuencia de haberse interpuesto el retracto de los otros herederos; toda vez que tal derecho de preferencia adquisitiva no surgirá en el futuro.

En el derecho comparado, el tanteo y el retracto sucesorio son reconocidos. Así, por ejemplo, en el artículo 732 del Código Civil italiano se establece, considerando la conexión temporal existente en los derechos de

12 En la ponencia presentada ante la Comisión Reformadora, la Dra. Maisch von Humboldt proponía se legale el derecho de tanteo o preferencia de los copropietarios para evitar la venta de los bienes a terceros, norma recogida del artículo 920 del Código Civil derogado. Sin embargo, no hace referencia para su aplicación a los casos de cesión a título oneroso de la cuota ideal.

preferencia adquisitiva, que: "el coheredero que quiere enajenar a un extraño su cuota o parte de ella debe notificar la propuesta de enajenación, indicando su precio, a los otros coherederos, los cuales tienen derecho de prelación. Este derecho se debe ejercitar dentro del plazo de dos meses desde la última de las notificaciones. En defecto de la notificación, los coherederos tienen derecho a rescatar la cuota del adquirente o de todo posterior causahabiente, mientras dura el estado de comunidad hereditaria. Si los coherederos que quieren ejercitar el derecho de rescate son varios, la cuota se asigna a todos en partes iguales"<sup>13</sup>.

### CONCLUSION

Consideramos que debe legislarse el tanteo sucesorio toda vez que con este derecho de preferencia adquisitiva se logrará consolidar, más fácilmente, la propiedad; otorgándose, además mayor seguridad y certeza jurídica a los interesados. De esta forma, el retracto sucesorio entrará a tallar en el caso de no haberse podido ejercer el tanteo, como resultado de la no comunicación del propósito de ceder a título oneroso la cuota hereditaria.

Y nos preguntamos, finalmente, ¿no será conveniente, también, admitir el tanteo para las demás formas de copropiedad?

---

<sup>13</sup> El tanteo es denominado derecho de prelación y al retracto se le llama derecho de rescate.