

## ABOLICIÓN DEL DERECHO DE RETRACTO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

ÁNGELA CATTAN ATALA

### INTRODUCCIÓN

Como parte de la legislación y el derecho de la época indiana que rigieran en Chile, mientras formó parte de la monarquía española y que enseguida de su independencia continuó vigente, encontramos la interesante figura del retracto. Consiste éste en el derecho del que ha vendido una cosa, de recuperarla mediante la devolución al comprador del precio que pagó por ella, aun cuando la cosa hubiera sido, con posterioridad a la primera venta, vendida a su vez, a un tercero, caso en el cual el retracto podía ser aplicado por el primer vendedor en contra del tercer comprador.

En su esencia, esta figura ya era conocida por el derecho romano clásico, pero tenía ahí como fuente exclusivamente un pacto agregando al contrato de compraventa (*pactum de retrovendendo*), en virtud del cual el vendedor se reservaba el derecho de recuperar la cosa devolviendo el precio recibido. Este negocio podía esconder un mutuo garantizado por una prenda y con pacto de renuncia a la acción prendaria por parte del pignorante, en caso de no pagarse la deuda oportunamente (*lex commissoria*); y como ello puede ser uno de los instrumentos de abuso por parte de los prestamistas usuarios, tanto la compraventa con pacto de retrocompra, como la prenda con *lex commissoria* terminaron por ser prohibidos.

En el Derecho Romano, el pacto de retrovendendo tenía efectos puramente personales; es decir, afectaba el ejercicio del derecho de recuperar del vendedor únicamente al comprador, no a terceros adquirentes de éste.

Pese a la prohibición del pacto de retrovendo en el derecho romano postclásico, esta figura se volvió a desarrollar en el derecho medieval consuetudinario, como institución de carácter gentilicio, destinada a permitir la recuperación de ciertos bienes considerados familiares, después de haber sido vendidos, a través de la devolución del precio al comprador o a terceros adquirientes. El retracto así concebido, no tenía su origen en el pacto sino en la costumbre o en la ley, que hacían titular del mismo a determinadas personas y que tenían efectos reales, es decir, oponibles a terceros; naturalmente, también era posible pactar el retracto, pero entonces ya quedaba regido de acuerdo con los criterios del derecho romano.

En el derecho castellano el retracto estaba consagrado en la *Novísima Recopilación*, título 13, bajo la denominación *de los retractos y derechos de tanteo*.

El derecho de retracto aparece definido por los autores como aquel que consiste en la recuperación de la cosa vendida, por el mismo precio hecha por aquel que tiene derecho a ella, nacido de la ley, la costumbre o del pacto<sup>1</sup>.

Como decíamos al principio esta regulación permaneció vigente en Chile después de la independencia tal cual ocurrió con toda la legislación indiana y castellana no política<sup>2</sup>.

En el transcurso de la primera mitad del siglo XIX, empero, el régimen republicano emprendió reformas a esta legislación, para adaptarla al espíritu de los tiempos nuevos. Una de las ideas matrices de este movimiento de reformar estuvo constituido por la libertad de circulación de los bienes. El derecho de retracto era una institución que claramente contrariaba este espíritu, porque implicaba una cierta provisionalidad en el dominio del adquiriente de un bien sujeto a retracto y de sus sucesores, desde el momento en que el vendedor titular del retracto podía recuperar la cosa, no es extraño en consecuencia que en definitiva se haya abolido el derecho de retracto.

Dedicamos la presente nota al estudio de la historia de esta abolición.

CÁMARA DE DIPUTADOS

En la sesión del día 30 de junio de 1947, se presentó y leyó por primera vez

<sup>1</sup>PÉREZ Y LÓPEZ, ANTONIO JAVIER. *Teatro de la legislación universal de España e Indias*. Tomo XXV, Madrid, p. 365, año 1748.

<sup>2</sup>GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *Andrés Bello Codificador*. Tomo 1. Ediciones de la Universidad de Chile, pp. 65 y siguientes, año 1982.

la moción del señor diputado Fernando Urízar Garfias, en la que propone la derogación del derecho de retracto.

Las principales discusiones en torno a la abolición de este derecho tienen lugar en las *sesiones del 19 al 28 de junio de 1847*.

Como opinión contraria a la abolición, destaca la del señor diputado Pedro Francisco Lira Argomedo, quien, después de hacer una exposición del origen e historia del derecho de retracto, da las razones que justifican su existencia. Su origen y vigencia en el tiempo, que indican presencia fuerte sobre su racionalidad y fundamento para no pretender derogarla. Desde el punto de vista de las personas que pueden impetrar este derecho, éstas son muy pocas y sólo pueden hacerlo valer en determinadas circunstancias. En el aspecto jurídico, el derecho de retracto no es derogación del contrato, puesto que con él, sólo se prefiere al que tiene más derecho de colocarse en lugar del comprador, no para derogarlo, sino que para llevarlo a cabo.

El señor Manuel Montt, presidente de la Cámara de Diputados, y que presidía esta sesión, manifestó su desacuerdo con la opinión precedente y agrega que, prácticamente, la única razón que justifica la vigencia del derecho de retracto, es la afección natural que se supone en los individuos, respecto a los bienes que fueron de sus padres, dice que es perjudicial, porque dando preferencia para la compra de ciertas personas, disminuye el número de compradores y debe en consecuencia bajar el precio. Es inmoral porque ofende las buenas costumbres y se utiliza para preferir a extraños, a través de la simulación. Coarta la libertad, porque no permite al dueño transferir sus bienes a quien quiera, sino que le obliga, el retracto, a enajenar en favor de un privilegiado. El derecho de retracto puede tener una justificación bajo los gobiernos monárquicos, sirven de apoyo a la nobleza, y conservar el lustre de las familias, porque realmente lega en alguna manera la posesión de ciertos bienes a las clases privilegiadas.

Por último, el señor Montt, manifiesta que los retractos, lo mismo que los mayorazgos, son privilegios que no debieran existir en un país constituido bajo un gobierno republicano.

La discusión del proyecto se deja para una segunda oportunidad.

En la *sesión del 30 de julio de 1847* se continuó el debate sobre la abolición del derecho de retracto, comenzando con la intervención del diputado Urízar Garfias, quien dice que uno de los principales argumentos que se hacen valer en pro del derecho de retracto, es la natural afección que todos tienen a las cosas que han pertenecido a los mayores, lo que a juicio del señor Urízar Garfias, es una razón puramente supositiva, pues no es posible dar tanta importancia a esta razón y que por ella deba sacrificarse

en su obsequio todos los inconvenientes que ofrece la protección que dispensa la ley.

Por otro lado, el privilegio de la ley, coloca a determinadas personas en situación de obtener por dos lo que vale tres, y ése es, a su concepto, la única causa de apego que se supone a los bienes patrimoniales.

El diputado Gabriel Palma interviene, a continuación, dado que fue el encargado de informar sobre el proyecto. Agrega que opinó en favor del mismo puesto, que observando los pleitos de retracto, la mayoría son simulados. Da como ejemplo lo que sucede con los fundos adquiridos por sucesión testada, así dice sale un fundo a la venta y el heredero rico hace correr el rumor que va a ejercer el derecho de retracto, esto aleja a los compradores con el objeto de favorecer a un tercero.

Además, las leyes de retracto han sido abandonadas por los códigos modernos, como sucede por ejemplo con el código francés, que ha conservado sólo tres, el convencional, el derecho litigioso y el de sucesión.

El diputado Manuel Tomás Tocornal y Grez se muestran conforme con la opinión precedente, pero propone dejarlo subsistente respecto de los comuneros, como sucede en la legislación francesa.

El diputado Palma se opone a la moción anterior, en atención a que bajo el nombre de comuneros, se entienden todas las compañías: las conyugales, la de comercio y otras sociedades; luego no debe eliminarse a los comuneros del proyecto, puesto que seguirían igual los numerosos pleitos de retracto; y, especialmente, debe quedar abolido en lo relativo al derecho de los comuneros en las compañías, para no perjudicar a los herederos del socio muerto. Y, por último, las razones de excepción del código francés son de carácter filosófico, que no se dan en los casos de comunidad.

Terminada la discusión se sometió la ley a votación, la que fue aprobada, la primera parte del artículo por mayoría de 21 contra 8 y lo referente a los comuneros por mayoría de 15 votos contra 14.

#### CÁMARA DE SENADORES

En la *sesión del 25 de septiembre de 1848*, se discutió el proyecto que era del siguiente tenor:

Artículo único. "Queda abolido el derecho de retracto en los bienes de patrimonio y abolengo y el del comunero para retraer los bienes que se hubieran vendido de la compañía".

El senador Andrés Bello discrepa respecto de la forma como está redactado el proyecto, ya que en relación al derecho de los comuneros, se trata de un caso especial, a la venta de los bienes de la compañía, es

partidario de abolir el derecho de retracto de todos los comuneros; pues de otra manera se va prohibir algo que no existe. En consecuencia, su posición se basa principalmente no porque lo considera pernicioso sino superflua.

En relación a que no existe acuerdo se nombra a una comisión para el examen y redacción de la ley. El presidente de la Cámara designó con este objeto a los señores Andrés Bello, Juan Francisco Meneses, Manuel Camilo Vial Formas y Juan de Dios Vial del Río.

En la *sesión del 6 de octubre de 1848*, se procedió a leer el informe cuyo tenor es el siguiente:

Art. 1º. "Ninguna persona tendrá derecho para retraer las cosas vendidas sea en razón de patrimonio o abolengo, de comunidad o por otro cualquier título.

Art. 2º. "Ninguna persona tendrá tampoco derecho para ser preferida en la compra de una cosa cualquiera en igualdad de precio".

Bello manifiesta que el motivo que ha tenido la comisión para variar el artículo referente a los comuneros, es que la redacción de la Cámara de Diputados es oscura y puede dar lugar a dudas. La intención, sin embargo, es la misma, es decir, abolir el derecho de retracto. En cuanto a los comuneros debe indicarse en general, puesto que la forma, como aparece mencionada por la Cámara de Diputados, podría ser interpretada en el sentido que debe ser entendida como contraída a un caso particular.

En esta sesión se votó sobre los artículos 1º y 2º y fueron unánimemente aprobados.

En la *sesión del 18 de octubre de 1848*, de la Cámara de Diputados, se da cuenta del hecho de haberse aprobado con modificación el proyecto de abolición del derecho de retracto y el *20 de noviembre del mismo año* se aprueban las modificaciones.

En la *sesión del día 29 de noviembre* el Senado toma conocimiento de que la Cámara de Diputados ha aprobado la enmienda hecha por este cuerpo, y el día 19 de diciembre de 1948 es publicada como Ley de la República.

#### CONCLUSIÓN

Cabe destacar, al analizar el proceso seguido para la derogación del derecho de retracto, que con él se persigue la liberación del movimiento comercial de los bienes, como un factor de aumento de la riqueza del país, idea que también se habría hecho presente, en las ex vinculaciones de los censos, capellanías, mayorazgos y en la prohibición de usufructos sucesivos.

Por esta razón, consideramos que la abolición del derecho de retracto corresponde a la línea económica de libertad promulgada por Bello y sus seguidores en la naciente economía de la República.