

DERECHO DE RETRACTO

*Mario Castillo Freyre**

1. Introducción.— 2. Fundamentos tradicionales que justifican el retracto.— 2.1. Importancia social y económica del retracto.— 2.2. El retracto no limita la libertad de contratar.— 3. Fundamento de su regulación legal.— 4. Ubicación legal y carácter del retracto.— 5. Nomenclatura.— 6. Concepto.— 7. Principales características y efectos del retracto en el Código Civil Peruano de 1984.— 8. Clases de retracto.—

1. INTRODUCCIÓN

Son varios los criterios adoptados dentro de nuestra tradición legislativa, en torno al aspecto conceptual del retracto. Así, por ejemplo, existe un grupo de Códigos Civiles que establece que el derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas.

Son varios los cuerpos legales que regulan el derecho de subrogarse en el lugar del comprador.

Según precisa otro criterio, el retrayente se subroga en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa.

Adicionalmente, se establece que son obligaciones del retrayente, reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los intereses pactados.

Se dispone también que resulta improcedente el retracto en las ventas hechas por remate público; mientras que otro sector legislativo sí admite el ejercicio de este derecho en las ventas que se hacen en pública subasta.

2. FUNDAMENTOS TRADICIONALES QUE JUSTIFICAN EL RETRACTO

Fernando Cantuarias Salaverry, basándose en la Tesis de Bachillerato de Fabián Novak Talavera,¹ recuerda que son dos los fundamentos centrales que harían

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com.

¹ Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Retracto: Réquiem de un Derecho “Económico y Social”». En: *Thémis*. n.º 24 Lima: Revista de Derecho editada por

recomendable regular la figura del retracto en nuestro Código Civil: su importancia social y económica, y el hecho que no limita la libertad de contratar.

2.1. *Importancia social y económica del retracto*

En relación a este punto, Cantuarias recuerda que Novak sintetiza los argumentos dados por la doctrina para justificar la vigencia social y económica del retracto: el retracto implica una mejor forma de aprovechamiento de la riqueza, la consolidación del dominio en una sola mano, lo cual se traduce en beneficio de la familia. Busca además, en el caso de un litigio, evitar el detrimento del deudor, igualmente proporcionar la propiedad de los predios a quienes los trabajan, así como culminar con estados de indivisión o servidumbres que tan sólo van en detrimento de la propiedad.

De esta manera —agrega— la importancia social del retracto se daría en el supuesto del inquilino, al existir un interés social del «legislador de otorgar un derecho especial en favor de quien... habita —el inmueble—, esto es, de permitirle el acceso a la propiedad».

Continúa señalando que, por otro lado, la importancia económica del retracto se encontraría presente, por ejemplo, en los supuestos contenidos en los incisos 2), 3), 4) y 5) del artículo 1599 del Código Civil, referidos al derecho de retracto de los copropietarios, litigantes, usufructuarios y superficiarios, así como de los propietarios en los dos últimos casos; ya que, mediante el retracto se lograría consolidar la propiedad en una sola mano y se acabarían los juicios.

Según Cantuarias, todas y cada una de las fundamentaciones a las que hace referencia el legislador para justificar el reconocimiento legal del derecho de retracto en favor de ciertas personas, demuestran una gran sensibilidad, y parecerían ser social y económicamente valederas. Pero estima que las mismas no responden para nada a la pregunta de cómo afecta el ejercicio del retracto el libre intercambio de bienes; y esto porque el legislador parte de la premisa de considerar que el retracto afecta sólo en pequeña medida el intercambio de bienes, razón por la cual, sus beneficios son —en apariencia— mayores que sus cargas.

2.2. *El retracto no limita la libertad de contratar*

Recuerda Cantuarias que Jack Bigio, Ponente del Título sobre Retracto en nuestro Código Civil, considera que con la aplicación de dicha figura no se crean grandes daños al libre intercambio de los bienes, ya que «el retracto no limita el derecho de disposición del enajenante, sino el derecho de propiedad de quien

estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, pp. 24 y ss.

adquiere por compra-venta».

En opinión de Cantuarias, siguiendo esta premisa del legislador, el retracto no afectaría a nadie, por cuanto salvo a lo que se refiere a la diferencia de persona, —el retracto— no trata de introducir alteración ninguna en las condiciones estipuladas; la voluntad del que retrae carece de eficacia jurídica para influir en las condiciones de la adquisición; estas condiciones están ya fijadas por el comprador y el vendedor; al retrayente toca respetarlas y cumplirlas en lo que le afecta; con vista de ellas determinará si hace o no uso del retracto; y si a ello se decide, ya sabe que el pacto está hecho y que es una ley a la cual tiene que someterse.

Agrega Cantuarias que de esa manera, y siempre de acuerdo con la premisa del legislador, las partes interesadas en una transacción no se perjudican, por cuanto:

- 2.2.1. El vendedor: en primer lugar, él puede enajenar su derecho en cualquier momento, y, en segundo lugar, el retrayente terminará respondiendo según las estipulaciones contractuales pactadas de antemano, por lo que, a la larga, el vendedor recibirá el íntegro del precio convenido.
- 2.2.2. El original comprador: no sufrirá pérdida alguna, ya que, como bien establece el artículo 1592 del Código Civil, el retrayente debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por éste y en su caso, los interés pactados. De esta manera, el original comprador queda igual a como estaba antes de la transferencia.
- 2.2.3. El retrayente: éste adquiere la propiedad o el derecho que buscaba, pagando de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato originalmente celebrado entre (a) y (b).
- 2.2.4. Los terceros: éstos no se perjudican con la aplicación del retracto, sino que, muy por el contrario, se benefician, toda vez que su utilización habrá implicado un beneficio «social» o «económico».

Así, reflexiona Cantuarias que de esta manera, considerando la importancia «social» y/o «económica» del retracto y teniendo presente que su utilización en nada perjudica a las partes y los terceros, resulta pues coherente para el legislador que nuestro Derecho regule una figura jurídica creada con el fin de limitar o controlar la libre transferencia de los bienes. Pero se pregunta si son ciertas las fundamentaciones que da el legislador para mantener la figura del retracto, si es verdad que el retracto no importa perjuicio alguno para las partes y los terceros; y si es el retracto el mecanismo idóneo para cumplir estos intereses particulares dentro de una sociedad moderna.

3. FUNDAMENTO DE SU REGULACIÓN LEGAL

A decir de la Comisión Revisora del Código Civil Peruano,² el legislador ha considerado conveniente mantener la institución del retracto tomando en consideración que en todas sus formas responde a intereses que se desean proteger; y agrega que tal razón explica por qué el legislador sacrifica el principio de la autonomía de la voluntad, al permitir que un tercero ajeno a las partes pueda adquirir un bien contra la voluntad de ellas.

4. UBICACIÓN LEGAL Y CARÁCTER DEL RETRACTO

Según la Comisión Revisora,³ a pesar de que un sector de la doctrina moderna considera al retracto como un derecho real de adquisición, el Código Civil ha preferido mantener la tradición jurídica de los Códigos Civiles de 1852 y 1936, en el sentido de regular el retracto como un Capítulo de la compraventa, dado que es este contrato el que generalmente da origen al retracto.

Agrega la citada Comisión que el derecho a retraer no es propiamente un derecho real, pues el retrayente sólo tendrá el derecho real de propiedad cuando se ampare su pretensión, momento en el cual dejará de ser retrayente y pasará a convertirse en titular del dominio del bien.

Por último, señala que antes el retrayente sólo tiene una expectativa que se protege a través de lo que se conoce como energía persecutoria, la que propiamente no constituye un derecho real, ya que no tiene un poder directo e inmediato sobre el bien.⁴

² COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. «Exposición de Motivos Oficial del Código Civil». En: *Diario Oficial «El Peruano»*. Separata Especial, Lima, lunes 26 de noviembre de 1990, p. 5.

³ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, p. 5.

⁴ Sobre este tema se pronuncia Manuel de la Puente, quien luego de analizar las nuevas tendencias existentes sobre el particular, así como las tradicionales, opta, en criterio que compartimos plenamente —dados sus sólidos fundamentos— por considerar que el retracto es un derecho personal y no real (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, pp. 270-272):

«Se discute vivamente si el derecho de retracto es de carácter real o personal.

Sin embargo, antes de terciar en esta discusión creo que es adecuado conocer un tema nuevo en el Derecho Civil, que es el relacionado con los derechos reales de adquisición.

Sostiene DIEGO que el tanteo y el retracto son derechos reales limitativos del dominio, pero de adquisición. Se entiende por derechos reales de adquisición aquellos que facultan a su titular para adquirir la propiedad de una cosa determinada.

GARCÍA Cantero expone algunas notas sobre la evolución de los modernamente denominados derechos reales de adquisición, diciendo que tienen en su base un tronco

germánico ampliamente desarrollado durante la Edad Media, que se cristalizó doctrinariamente en el *Näherrecht*, que consiste en el poder que corresponde a uno sobre la cosa de otro, en virtud del cual el primero está autorizado para apropiársela en el caso de que su actual poseedor la venda a un tercero, mediante el cumplimiento de todas las condiciones bajo las cuales la adquirió el comprador y con resarcimiento de todos los gastos hechos en consideración a la cosa. Esta concepción pasó a Francia y España, donde la doctrina la ha estudiado muy a fondo.

Según ALBALADEJO, los derechos reales de adquisición que autorizan a su titular para obtener de otra persona, a la que pertenece la cosa, la transmisión de la misma, son los de tanteo, retracto y opción. En ellos, siendo derechos reales, el poder directo e inmediato que otorgan sobre la cosa ajena: 1º Limita el señorío del dueño de ésta, en cuanto que le quita la libertad (que tendría sin el derecho de adquisición del otro) de enajenarla a quien quiera. 2º Siendo tal derecho un gravamen sobre la cosa, que la sigue y pesa sobre ella, esté en poder de quien esté, faculta al titular para obtener la adquisición de la misma, no sólo mientras es del primer dueño (o sea, no sólo frente a éste), sino frente a cualquiera; de forma que puede perseguir la cosa en manos de toda otra persona que la haya adquirido, y exigirle que se la transmita.

Considera ESPÍN que desde un punto de vista constructivo, tal vez el mayor interés que puede ofrecer la admisión por la doctrina de los derechos reales de adquisición, junto a las categorías tradicionalmente admitidas de derechos reales de goce y garantía, consiste en permitir agrupar bajo una base común los derechos de tanteo, retracto y opción, creando una doctrina común que permita, en su día, una regulación legislativa unificadora y sistemática.

En el sistema jurídico peruano no se ha desarrollado la teoría de los derechos reales de adquisición. ARIAS-SCHREIBER hace alusión a ellos diciendo que contemporáneamente existe la tendencia a identificar el retracto como un derecho real autónomo de adquisición, que persigue el bien allí donde se encuentre y tiene carácter preferencial, pues le da al titular la facultad de excluir a los terceros.

Volviendo a la discusión sobre el carácter del derecho de retracto, puede decirse que las opiniones están bastante divididas.

Como se ha visto, DIEGO, ESPIN, ALBALADEJO, y GARCÍA CANTERO, fieles a su concepción de los derechos reales de adquisición, otorgan carácter real al derecho de retracto. Asimismo, COLIN y CAPITANT opinan que la acción de retracto, en todos los casos en los que la ley la establece, es de carácter real, como creada por la ley sobre la cosa misma, y con un finalidad que afecta al interés social. Por su parte CASTÁN TOBEÑAS considera que hay que reconocer el carácter real de la acción de retracto, pues si bien el artículo 1.521 del Código Civil español no sea muy expresivo acerca de este punto, el 37, número 3º de la Ley Hipotecaria, al exceptuar de la regla general del párrafo 1º (según el cual no se dan contra tercero hipotecario las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias), las acciones de 'retracto legal en los casos y términos que las leyes establecen', ha venido a dar plena efectividad al derecho de retracto y permite proclamar su naturaleza real.

De otro lado, GHESTIN y DESCHE consideran que el derecho de retracto es de naturaleza personal y no real, porque es el derecho de contratos el que recoge, a título exclusivo, dicho derecho. Si bien tiene por objeto una cosa, mueble o inmueble, él no está atado a la cosa. En la doctrina nacional, CORNEJO, PALACIO PIMENTEL, BIGIO y ARIAS-SCHREIBER opinan que se trata de un derecho estrictamente personal.

La compraventa es un contrato consensual que sólo crea obligaciones (la del vendedor de transferir la propiedad de un bien y la del comprador de pagar su precio en dinero) y no tiene efectos reales. En estas condiciones, como en virtud del derecho de retracto la

5. NOMENCLATURA

Según la Comisión Revisora del Código Civil,⁵ el Código vigente mantiene la denominación que empleaba el Código Civil derogado para distinguir el retracto como aquella institución mediante la cual determinadas personas ajenas a la relación jurídica creada por el contrato están facultadas para sustituir al comprador en todas sus estipulaciones.

La Comisión recuerda que durante los debates para la aprobación del Código Civil, se discutió arduamente acerca de su denominación, pues Javier Alva Orlandini, su Presidente, y los profesores invitados —y miembros de la Comisión Reformadora—, Max Arias-Schreiber Pezet y Manuel de la Puente y Lavalle estaban de acuerdo con la denominación de *derecho de sustitución* que se utilizó en el Proyecto de Código Civil de 1981, a fin de que la institución estuviese más de acuerdo con su verdadera naturaleza jurídica. Pero finalmente prevaleció la tesis contraria, que contaba con la opinión favorable de Fernández Arce, Haya de la Torre, Cáceres Velásquez, Zamalloa Loayza, Velaochaga Miranda y Bigio Chrem, la misma que sostenía que si bien el vocablo *retracto*, desde el punto de vista semántico, podía ser equívoco (ya que retraer es volver a traer), resultaba más acorde con nuestra tradición legislativa y porque así es conocido en nuestra doctrina y jurisprudencia.

Además, no se consideró conveniente denominar de la misma manera a tres figuras totalmente diferentes, reguladas en el Código Civil: la sustitución del poder (artículo 157); la sustitución en la herencia (artículo 740) y el derecho de retracto, que se proponía designar como derecho de sustitución (artículo 1592).

Estas expresiones de la Comisión Revisora son ratificadas por Arias-Schreiber,⁶ cuando señala que en el retracto no existe un retorno sino una sustitución, y por ello fue llamado así en el Proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil; recordando que la Comisión Revisora mantuvo —empero— su denominación primitiva, en aras de la tradición y, según se expresó en su seno, para evitar confusiones con otras figuras legales, y a pesar de la opinión de Manuel de la

persona que goza de este derecho ocupa, por subrogación, el lugar del comprador, asume los derechos y obligaciones propios del comprador, o sea el derecho a que se le transfiera la propiedad del bien y la obligación de pagar su precio en dinero. Para que dicha persona adquiera la propiedad del bien se requerirá la tradición del mismo, tratándose de bienes muebles, y el concurso del artículo 949 del Código Civil, tratándose de bienes inmuebles. Consecuentemente, pienso que el ejercicio del derecho de retracto da lugar a que el retrayente asuma una relación obligacional que lo vincula con el vendedor, por lo que puede afirmarse que el retracto no tiene carácter real, sino sólo personal».

⁵ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, p. 5.

⁶ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo II, Lima: San Jerónimo Ediciones, 1998, pp. 131 y 132.

Puente y Lavalle y del propio Arias-Schreiber.

No obstante su posición primigenia, Arias-Schreiber anota —recordando expresiones del tratadista español Ignacio Izquierdo Alcolea— que hay razones para mantener la opinión de que no es un desatino gramatical el seguir llamando al retracto legal, *retracto*, y esto sin ofender al lenguaje.

Según Izquierdo Alcolea, en primer lugar, porque aunque el más extendido y corriente significado de la palabra retraer sea el de volver a traer, traer hacia sí alguna cosa que antes ha estado ya en nuestro poder y disposición, algo que supone volver a nosotros de nuevo, otro significado que se desprende también de la misma raíz del vocablo es sin duda el de traer hacia nosotros... sin más; incorporar en nuestro patrimonio algún bien o derecho, independientemente de que con anterioridad haya o no estado en él, haya o no pertenecido a nosotros.

Agrega el citado profesor español que la palabra *retraer* se deriva del verbo latino *retraho*, compuesto de «*traho*», que significa traer, acercar, y de la partícula «*re*» que refuerza su sentido, indicando con ello la fuerza, la energía, el vigor, y, en definitiva, la necesidad jurídica con que se efectúa la acción de traer. Considera que esto ya es bastante para conservar la palabra *retracto* dentro de nuestra técnica con el significado que a la especie del retracto legal es atribuido por nuestro ordenamiento jurídico positivo.

Por otra parte, Arias-Schreiber recuerda que el mismo Izquierdo Alcolea agrega que el término *derecho de sustitución* tiene muy serios inconvenientes, pero, como más importantes, señala dos. El primero de ellos está referido a la resistencia natural de la doctrina en materia de denominación y terminología a admitir palabras nuevas, cuando las utilizadas normalmente no presentan ninguna dificultad de importancia. El segundo, y muy poderoso, a la vez que digno de ser tenido en cuenta en toda ciencia, consiste en que así como el vocablo *retracto legal* es término inequívoco, de significado claro y concreto en nuestro sistema legal, la palabra *sustitución* goza ya en nuestro ordenamiento jurídico, y concretamente en el campo del Derecho Sucesorio, de un significado y una significación que no es posible identificar ni mucho menos asimilar al que en el Derecho de Obligaciones se le quiere dar; pues la ciencia utiliza los conceptos como instrumentos y emplea vocablos para calificar estos conceptos, palabras que encierran en su seno una idea. Así, según Izquierdo Alcolea —citado por Arias-Schreiber—, debe tender la doctrina a que cada figura jurídica sea denominada de forma que la sola enunciación evoque un concepto, y debe huir —por el contrario— del vicio que implica, para una buena inteligencia entre sus cultivadores, el utilizar una palabra con significados diversos dentro del mismo sistema.⁷

⁷ Sobre este particular también se pronuncia De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, pp. 268-270):

6. CONCEPTO

Según refiere Max Arias-Schreiber,⁸ etimológicamente «retracto» deriva de las voces latinas *re*, que significa repetición o retorno y *tractus*, esto es tracción o movimiento, y consiste en la facultad que la ley otorga a determinadas personas para evitar la transferencia de un bien y permitirle la subrogación, bajo las mismas

«Dice BADENES que la palabra `retracto' se aplica al retracto legal sin tener en cuenta su verdadero sentido gramatical. En efecto, se entiende por retraer, volver a traer, traer otra vez, traer de nuevo, reintegrar una cosa al estado en que ya se ha encontrado. Si, según la Real Academia, la preposición *re* denota ordinariamente repetición, reiteración, unida al verbo *traer*, denotará una repetición en la tracción, es decir, que lo que *hace al retraer es traer de nuevo, por segunda vez, con repetición. Retrayendo se recupera un objeto que salió del mismo patrimonio.* Agrega que es necesario, para que estemos ante un retracto propiamente tal, que la relación jurídica creada y cuyo desdoblamiento aquél origina, constituya entre los contratantes una situación transitoria, no definitiva y acabada. Este estado de interinidad es requisito vital en el retracto, pues por existir previamente un estado tal es por lo que el que retrae incorpora la cosa retraída con el carácter de retorno inmediato al desapoderamiento. El retrayente mantiene un invisible contacto con la cosa; actúa en cierto modo sobre ella; no se considera extraño respecto a la misma, no se ha desprendido por completo de lo que enajenó. Y si se produce una adquisición que no trae causa de la enajenación anterior, no se readquiere jurídicamente.

Riaza, por su parte, afirma que 'si la esencia de este derecho consiste en la sustitución de una persona por otra en el lugar que ocupa el adquirente en un contrato, si no hay anulación de la venta ni retrocesión, si el contrato se mantiene eficaz, podrá llamarse derecho de subrogación, o derecho de sustitución, derecho de adquisición preferente o derecho de preferencia en la adquisición. Todo menos llamarle retracto'.

Tomando esto en consideración, la Comisión Reformadora denominó 'derecho de sustitución' al que posteriormente se llamó 'derecho de retracto'. Así el artículo 1623 del Proyecto de Código Civil aprobado por dicha Comisión tenía el siguiente texto:

Artículo 1623.- El derecho de sustitución es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador, respetando las condiciones pactadas en el contrato de compraventa.

Relata Bigio que la Comisión Revisora aprobó por mayoría la denominación de derecho de retracto, sosteniendo que si bien el vocablo retracto, desde el punto de vista semántico, podía ser equívoco (ya que retraer es volver a traer), resultaba más acorde con nuestra tradición legislativa y porque así es conocida en nuestra doctrina y jurisprudencia. Además, no se consideró conveniente denominar de la misma manera tres figuras totalmente diferentes, reguladas en el Código Civil; la sustitución del poder (artículo 157), la sustitución en la herencia (artículo 740) y el derecho de retracto, que se proponía designar como derecho de sustitución (artículo 1592).

CASTILLO participa de la posición de la Comisión Revisora.

Si bien son plausibles las razones invocadas por la Comisión Revisora, debe tenerse presente que la doctrina habla del retracto legal y del retracto convencional, dando el mismo nombre de retracto a dos figuras completamente distintas, lo que motivó que el codificador peruano denominara pacto de retroventa a lo que es conocido como retracto convencional. Bien podría buscarse también una denominación más apropiada al retracto legal».

⁸ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, p. 130.

condiciones pactadas entre el vendedor y el comprador.

No compartimos el parecer de Arias-Schreiber, toda vez que el derecho de retracto es una figura que tiene por finalidad conceder la facultad de subrogarse en la relación contractual, ocupando el lugar del comprador; mas no se trata de una figura creada para evitar la transferencia.

León Barandiarán,⁹ al referirse al derecho de retracto y su concepto, señalaba que el retracto, disciplinado en el Código Civil (de 1936) en sus artículos 1445 a 1455, era una situación que podía producirse en relación a una compraventa (o a una adjudicación en pago), para el efecto de que un tercero, extraño al negocio jurídico que se ha realizado de compraventa (o de adjudicación en pago), se substituya al comprador (o al adjudicatario), adquiriendo la cosa vendida (o adjudicada), pagando a dicho comprador (o adjudicatario) lo que éste último pagó al vendedor (y en el caso de la adjudicación, lo que viene a representar el valor de la cosa adjudicada); entendiéndose, como lo hacemos por adjudicación en pago una *datio in solutum*. Dicha substitución —reafirma León Barandiarán— obra por ministerio de la ley, en cuanto el retracto está establecido por aquélla y no depende, por lo tanto, del contrato mismo de compraventa al que el retracto legal accede, pues precisamente en esto reside la diferenciación entre el llamado *retracto convencional* (la retroventa) y el *retracto legal*. La ley es pues —según León— la que instituye el retracto de que ahora trata, confiriendo una facultad a determinada persona, el retrayente, para que en su favor opere la subrogación consistente en desplazar al comprador y colocarse dicho retrayente en su lugar, sobreviniendo así una especie de novación impuesta sobre la persona del comprador; facultad que nace desde que se verifica la venta, encontrándose en potencia y actualizándose cuando el retrayente interpone su demanda; de suerte que aunque establecido por la ley, el efectivo ejercicio del retracto depende exclusivamente de la voluntad del retrayente.

Agrega León que la compraventa respectiva (o la dación en pago) no se rescinde, ni se anula, pues se trata en lo que hace a la situación interdependiente de vendedor y comprador (y en su caso de *solvens* y *accipiens* en la dación en pago), de una operación jurídica perfecta; sólo que sobreviene la substitución por subrogación del comprador por el retrayente. Así, León recuerda a Riaza, cuando escribe: «resulta, por tanto, que el retrayente substituye la persona del comprador, se incrusta en el comprador, y como la sal en el agua, la personalidad del comprador se diluye, dando como consecuencia que el retrayente aparezca como primero y único adquirente pero transmitido (en el supuesto de una sola venta) por obra del derecho que le asiste, sin necesidad de un nuevo contrato, de una nueva transmisión en que figure adquiriendo de un primer comprador, que se convierte en su vendedor, y sin necesidad de tocar para nada la compraventa primitiva, que es inatacable y debe

⁹ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. Tomo I, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1965, pp. 92 y ss.

permanecer inalterable».¹⁰

Por su parte, Castán Tobeñas,¹¹ al comentar el artículo 1521 del Código Civil Español, señala que la figura del retracto es pasible de definirla como el derecho que por ministerio de la ley tienen ciertas personas y en determinadas situaciones, para adquirir la cosa que fue objeto de un contrato de compraventa, subrogándose en el lugar del comprador.

Ahora bien, en virtud a lo establecido por el artículo 1592 del Código Civil

¹⁰ Subrayaba León que la venta misma no se rescinde. Recordaba lo escrito por Casals, cuando decía que «en el retracto legal no existe resolución ninguna de contrato primitivo de transmisión onerosa de la finca, del que ha nacido el derecho de retracto por ministerio de la ley. De haberla, nos encontraríamos, en primer lugar, que no habiendo sido parte el retrayente en aquel contrato, no podría figurar como adquirente de la cosa con respecto al contrato rescindido. Porque el retrayente no recobra nada, ni el vendedor devuelve ningún precio. El contrato de venta inicial permanece inatacable por el retracto, no sufre de rescisión ninguna, puesto que ni el vendedor devuelve el precio que se ha adjudicado en méritos de aquél, ni si este precio en su cuantía es devuelto al comprador, no lo recibe éste de manos de su contratante, como ocurría en caso de rescisión, sino en manos de un tercero que no había intervenido en el contrato. Por otra parte, el comprador, ciertamente se ve desposeído de la cosa adquirida, pero no la 'devuelve' al vendedor de ella en el contrato primitivo, sino que se ve obligado a entregarla a un tercero que no ha intervenido en aquél».

León (LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, pp. 93 y 94) también hacía referencia al retracto en una compraventa ineficaz.

Señalaba que el retracto por ser una situación que sobreviene en relación a la venta realizada, presupone a ésta como un concepto de primer grado que inordina el retracto. Mas —se pregunta—, ¿qué ocurriría si la venta resultase ineficaz? Explica que al respecto escribe Borrel y Soler: «El retracto podría frustrarse si se dejase sin efecto el contrato de compraventa. Si la resolución de este contrato se fundase en alguna causa legal tendría esta eficacia, y el retrayente perdería su derecho como si hubiese sido nula desde el principio por faltarle alguno de los requisitos que exige el artículo 1261 del Código Civil para la validez del contrato. Lo mismo puede decirse si el contrato fuese anulable o rescindible por haber causado alguna de las lesiones que menciona el artículo 1291, o adoleciese de alguno de los defectos del consentimiento que los hace anulables conforme a los artículos 1300 y siguientes del Código Civil, y el contrato hubiere sido rescindido o anulado. Pero si tratasen de invalidarlo los mismos contratantes, simplemente por su voluntad, ésta no tendría eficacia para anular el derecho del retrayente, tal como fue declarado por la sentencia de fecha 12 de octubre de 1912, estableciendo que, si bien la acción de retracto desaparece cuando tal derecho se anula o rescinde por causas legales, no sucede lo mismo cuando la declaración de nulidad o de rescisión no obedece a motivos fundados y legítimos, sino que es producto solamente de la voluntad o conveniencia de los contratantes; y la escritura de rescisión objeto del pleito se otorgó no sólo cuando había nacido el derecho de retraer el condominio, sino después de haberlo ejercitado en forma legal, y la determinación del vendedor y comprador carece de eficacia para borrar o destruir el expresado derecho de retracto».

¹¹ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo II, Madrid: Reus, 1943, pp. 64 y 65.

Peruano de 1984, el derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa.

De la definición anotada podemos deducir que el Código Civil Peruano ha tomado partido por una de las posiciones que la doctrina de nuestra tradición jurídica sostiene sobre el retracto.

En efecto, según expresa Manuel de la Puente y Lavalle,¹² existen dos posiciones respecto a la naturaleza jurídica del derecho de retracto. Según una primera posición, el retracto es el derecho que compete a alguien para adquirir para sí el bien comprado por otro, rescindiéndose el contrato celebrado. De acuerdo con la segunda posición, el retracto debe ser considerado como un derecho de subrogación en virtud del cual el comprador es sustituido por un tercero, ajeno al contrato de compraventa, quedando subsistente este contrato.

Agrega De la Puente que el artículo 1592 del Código Civil Peruano opta por la segunda posición, al establecer que el retrayente tiene el derecho de subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa, con lo cual pone de manifiesto que continúa vigente la relación jurídica obligatoria creada por el contrato, que está regulada por las estipulaciones del mismo; produciéndose así, en realidad, una subrogación **sui generis**, con efectos similares a los de una cesión de posición contractual, pero que tiene su origen en la ley y no en la voluntad de las partes, aun cuando opera por impulso personal (el del retrayente).

Por nuestra parte, y a pesar de compartir la posición doctrinaria y legislativa de que el retracto implica la «subrogación» del retrayente en la posición contractual del comprador, debemos ser muy claros en precisar que no debe confundirse esta «subrogación» con aquella de que trata el Código Civil en sus artículos 1260 a 1264.

Resulta evidente¹³ que el retracto no coincide —en lo absoluto— con el pago con subrogación.

A lo señalado, que son las consideraciones manejadas usualmente en nuestro medio jurídico, podríamos agregar que lo relevante está relacionado con la mención que hace el artículo 1592 del Código Civil a la palabra «subrogarse».

Resultará indispensable, por tanto, determinar a qué se refiere el Código con

¹² Citado por REVOREDO MARSANO, Delia. *Código Civil*. Tomo VI, Lima: Okura Editores, 1985, p. 239.

¹³ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Segunda Parte, tomo VII, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, pp. 361-521.

este término: si lo está utilizando en su sentido lato o vulgar, o si lo hace de acuerdo al sentido estricto que le corresponde dentro del Derecho de Obligaciones.

Consideramos que el término es empleado en su primer sentido. Cuando nos encontramos ante un contrato de compraventa celebrado entre el propietario de un bien y un comprador, y, además, un tercero goza potencialmente del derecho de retracto sobre el bien materia del contrato, la mayoría de las veces el referido contrato de compraventa se habrá terminado de ejecutar rápidamente (en la medida en que el precio se haya pagado al contado y la propiedad del bien se haya transferido inmediatamente después de celebrado el contrato).

Dentro de tal orden de ideas, además de haberse extinguido el contrato (luego de su celebración), también se habrían extinguido por completo las obligaciones emanadas (nacidas) del mismo. Así las cosas, ya no estaríamos (en la gran mayoría de supuestos) ante relación jurídica alguna, pues las obligaciones habrían sido ejecutadas (pagadas).

De este modo, mal podría hablarse de que en el retracto se estaría produciendo subrogación alguna, pues ya existirían pagos que habrían generado la extinción total de las obligaciones. Y tales pagos no habrían sido efectuados por ninguna de las personas mencionadas en los artículos 1260 y 1261 del Código Civil.

Con ello queda descartada la posibilidad de que se trate de un pago con subrogación en estricto.

Por eso se ha pensado que tal vez podríamos estar ante una sustitución en la posición contractual del comprador, que el retrayente ocuparía luego de efectuar el respectivo pago. Pero este argumento —como veremos más adelante— tampoco parece revestir solidez, en la medida, insistimos, en que la sustitución en la posición contractual de alguna de las partes exige que el contrato continúe surtiendo efectos.

7. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS DEL RETRACTO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

Según Arias-Schreiber,¹⁴ el criterio que compartimos, las características y efectos fundamentales del retracto, en el Código Civil de 1984, son los siguientes:

- 7.1. Su condicionamiento legal (causales pre establecidas), respondiendo a estímulos de orden público y sin que pueda ser interpretado extensivamente, en la medida de que constituye un recorte a los principios generales de la autonomía de la voluntad y de la estabilidad contractual.

¹⁴ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, pp. 132 y 133.

- 7.2. Su función subrogatoria (teoría de la subrogación que ha superado a las teorías de la rescisión y la compraventa), por la cual el retrayente se sustituye al comprador y ocupa su lugar sin necesidad de ir a un nuevo contrato de compraventa, bastando, en consecuencia, el otorgamiento de una simple escritura de sustitución, todo lo cual tiene incuestionable importancia doctrinaria y práctica (impuestos, etc.); subrogación que supone, en consecuencia, la existencia de un sujeto activo, que es el que se subroga y que puede ser una persona física o jurídica y requiere de capacidad plena para contratar; y de otro sujeto pasivo, que es el subrogado en el contrato y que tendrá, entre tanto, todos los derechos acordados por la ley al poseedor de buena fe.
- 7.3. Las severas limitaciones que le ha impuesto el legislador como respuesta a su naturaleza excepcional y a los perjuicios que representa para la libre comercialidad y la contratación. Estas limitaciones son: Una reducida área de acción contractual, un breve plazo de ejercicio y su carácter personalísimo.

8. CLASES DE RETRACTO

Al hacer el análisis del contenido de esta figura en el Código Civil de 1936 en lo referente a las clases de retracto, León Barandiarán¹⁵ anotaba que eran varios los tipos de retracto legal, a saber: el de abolengo o de sangre, gentilicio, el de comunidad nominal, el de propietarios colindantes.

Recuerda que en el Código Civil de 1936 no se reconoció el retracto familiar, o sea aquel que se establecía en favor de parientes del vendedor, por la venta que éste efectuaba en favor de extraños. A diferencia del anterior Código (de 1852) que sí lo contempló, pero en relación a parientes consanguíneos hasta el cuarto grado (artículo 1501, inciso 7).

Para el caso del retracto en las ventas judiciales, refiere León¹⁶ que en el caso de venta (judicial o convencional) el retrayente se coloca en lugar del comprador, y éste resulta así, en último término vendiendo la cosa al retrayente, asumiendo el papel de vendedor forzoso. Opina que el retracto viene, por tanto, a modificar la situación únicamente del comprador, pues en cuanto al vendedor su situación no se modifica por el ejercicio de la facultad retractual, ya que aquél retiene el precio de su comprador.

En lo que respecta al tema del retracto en las ventas a plazos, León

¹⁵ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, p. 94.

¹⁶ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, p. 94.

Barandiarán¹⁷ anotó que tratándose de una venta al crédito el Código dedicaba el precepto 1447 que es el siguiente: «Cuando la venta fue a plazo, es obligatoria la prestación de garantía para el pago del precio, aunque en la venta no se hubiere exigido del comprador».

Opina que el retrayente en general ocupa el sitio del comprador y queda sujeto, por ende, a las mismas obligaciones. Si la venta fue al contado, su obligación se cumple con la consignación del precio. Pero si la venta es a plazos, se le impone una obligación que puede no haber asumido el comprador: la prestación de garantía por el precio no pagado (total o parcialmente); tratándose de una garantía forzosa. La garantía será una suficiente, a juicio del juez. Si se ofrece la necesaria garantía, el retracto no prospera. La razón por la cual debe el retrayente prestar una garantía, es obvia —según León—; el vendedor puede haber dispensado al comprador de la prestación de la garantía, en virtud de conocer al último y tener confianza en su solvencia y circunspección, pudiendo darse que tal no sea el caso en lo que hace a la opinión que puede tener el vendedor en cuanto a la persona del retrayente.

El Código Civil Peruano de 1984 contempla seis casos de retracto, todos recogidos en el artículo 1599.

Así, tenemos el derecho de retracto concedido al copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas; el del propietario, en la venta del usufructo y a la inversa; el del propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos; el de los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor; el del propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquella y ésta reunidas no excedan de dicha unidad; y el del litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente.

Lima, octubre de 2007

¹⁷ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, pp. 95 y 96.