

---

# El retracto en los contratos de compraventa a plazos

## El paradigma obligatorio y unidimensional del legislador

**Miguel León Untiveros**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of Business Administration por la Maastricht School of Management/The Netherlands.

### Introducción

De un tiempo a esta parte ha quedado establecido en la teoría del conocimiento que no existe tal sin que el mismo no se fundamente en paradigmas, que a decir de Karl Popper son marcos conceptuales (*framework*) que sustentan nuestros conceptos epistemológicos; aclarándose que estos no son inmutables ni irrenunciables, sino que pueden ser cambiados por otros<sup>(1)</sup>.

Pero cuando se mantiene un paradigma indefinidamente hasta tal punto que este ya no es adecuado para poder explicar los fenómenos jurídicos, entonces caemos en el dogmatismo, entendido como la defensa irracional de cierta forma de pensamiento.

Este defecto es el que encontramos en lo que es materia de este artículo. En efecto, el legislador concibe que todo fenómeno de cooperación entre los sujetos de derecho se instrumenta mediante una relación jurídica obligatoria, con perjuicio de otras formas de relación jurídica.

Asimismo, el paradigma obligatorio del legislador deja sin contenido a la “obligación de constituir una garantía para el pago del precio pendiente”, puesto que tal esquema civil no permite una adecuada

protección del interés del acreedor (el vendedor), como lo demostraremos más adelante.

Por otra parte, el dogma de legislador es también considerar que el Derecho es de naturaleza unidimensional, y no como nosotros sostenemos (y tendremos ocasión de demostrarlo), tridimensional. En efecto, el legislador concibe al Derecho como homogéneo, no existiendo diferencias de enfoque respecto de la realidad regulada. No obstante, el perspectivismo jurídico nos enseña que existen tres niveles, no taxativos, de percibir el Derecho, y cada una de ellas tiene sus propias categorías.

Es desde el perspectivismo jurídico que abordaremos la cuestión del encuadramiento jurídico del retracto, en general, y de la obligación de constituir garantía por el precio pendiente, en especial.

Asimismo, emplearemos ciertos conceptos del Análisis Económico de los Contratos<sup>(2)</sup>, la doctrina jurídica y la jurisprudencia de intereses (nos remitimos a los trabajos de Philipp Heck, esencialmente<sup>(3)</sup>).

### 1. El perspectivismo jurídico: la base epistemológica del Derecho Justicial Material<sup>(4)</sup>

Imaginemos que hay una mesa transparente sobre la cual reposa un libro. En un primer sentido del

(1) Cfr. POPPER, Karl. *El mito del marco común. En defensa de la ciencia y la racionalidad*. Barcelona: Hurope, 1994. p. 72. Lamentablemente no es este el lugar para profundizar las relaciones entre el concepto popperiano de “marco” y el kuhniano de paradigma. No obstante, no pueden considerarse como sinónimos.

(2) Para lo cual nos remitimos a la obra de COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Derecho y Economía*. Traducido del inglés por Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

(3) Debemos hacer mención de obras suyas como *El Problema de la Creación del Derecho y Jurisprudencia de Intereses*. La postura de este autor dice lo siguiente: por la *ponderación de intereses*, el legislador enfrenta y soluciona por medio de la norma un conflicto de intereses, y opta por uno de ellos. Sin embargo, el resultado no solo debe tenerse como favorable a un interés determinado, sino que este favorecimiento es cuantitativo, es decir, la fórmula elegida por el legislador señala cuánto se ha favorecido a ese interés, y al mismo tiempo señala qué tanto se ha relegado el interés vencido.

(4) Este concepto ha sido acuñado por el autor y por David Cueva García, entrañable amigo y compañero intelectual.

Perspectivismo Jurídico, llamémoslo débil o general, se podría concebir como el hecho de que el libro puede ser visto tanto desde arriba como desde abajo, o desde algún costado u otro ángulo; obteniéndose así “diversas vistas” del objeto (el libro).

Hay un segundo sentido, llamémoslo fuerte o estricto, que podría adquirir la palabra perspectivismo en nuestro ejemplo. Ubicados en cierta perspectiva, el libro puede parecernos tridimensional. Pero desde otro punto de vista el libro puede verse como un objeto bidimensional, carente de profundidad<sup>(5)</sup>.

Tal es lo que ocurre con el Derecho. Desde la perspectiva del Derecho Material (Derecho Civil, Derecho Constitucional, Derecho Comercial, etcétera), el Derecho puede apreciarse como conformado de una naturaleza de determinado tipo. Pero desde el punto de vista del Derecho Procesal, vastos sectores del Ordenamiento cambian su carácter, y el Derecho tiende a estar conformado, aparte de las reglas ciertas del proceso, por una naturaleza de un tipo totalmente diferente.

Una consideración tal del ordenamiento como fenómeno con geometrías divergentes, es decir, una concepción del mismo, por así decirlo, como cuerpo con vistas diferentes, en definitiva, un perspectivismo jurídico, solo ha sido posible a raíz de la trascendental diferencia que estableciera a principios de siglo XX el ilustre procesalista alemán James Goldschmidt entre el Derecho Material, el Derecho Justicial Material y el Derecho Justicial Formal (o Derecho Procesal). Sobre dicha base, puede construirse una concepción entera. ¿Cómo es el Derecho? ¿Qué es el Derecho? Una función de la perspectiva.

En líneas generales, según James Goldschmidt, el Derecho Privado regula las atribuciones, posición y formas de interrelación de las personas de una determinada comunidad, en relación con el desarrollo de la personalidad de estas y la interacción de las mismas en el cuadro de las relaciones económico-sociales de la comunidad total. Asimismo, la perspectiva

desde la cual se regula esta realidad social es desde la certidumbre de que los fenómenos jurídicos ocurren de determinada manera y que son parte de la vida de los sujetos.

El Derecho Justicial Material es aquel que regula la actuación de los mecanismos heterónomos de tutela ante la alteración o transgresión de las “atribuciones” dadas por el ordenamiento a los sujetos según el Derecho Privado (más en general, según el Derecho Material). En especial, determina las diversas posiciones de ventaja y desventaja de los particulares frente a la justicia estatal, en orden al reestablecimiento de las situaciones jurídicamente protegidas a los particulares agredidos<sup>(6)</sup>, situaciones protegidas que vinieron siendo respetadas hasta antes de la aparición de la transgresión. Es decir, es el Derecho de los remedios de la justicia material. Asimismo, en esta perspectiva estamos ante un ámbito de certeza o de supuesto de certeza de los sucesos de transgresión de los intereses materiales jurídicamente tutelados mediante situaciones jurídicas. No obstante se trata de la interacción entre los sujetos cuyos intereses han sido transgredidos y la justicial estatal.

El Derecho Procesal, o como le llamara Goldschmidt, Derecho Justicial Formal, por su parte, regula típicamente la composición coercitiva de los conflictos de intereses de los particulares a cargo de los órganos estatales diseñados a este fin. Es decir, regula cómo han de ser planteados los conflictos ante estos órganos, cómo ha de ser procesada la información por los mismos y cuáles van a ser las acciones posibles e imposibles tanto de los sujetos privados en litigio, como del órgano encargado de la resolución del conflicto; todo esto dirigido hacia una solución racional del conflicto. Esta composición heterónoma se hace desde una perspectiva de la incertidumbre sobre los fenómenos jurídicos ocurridos entre los sujetos y los sucesos de transgresión de los intereses materiales jurídicamente tutelados mediante situaciones jurídicas.

(5) Este modo de mostrar la significación del término “perspectivismo” es empleado por: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Traducido del alemán por Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona, 1988. Asimismo, es de entender que el Derecho no se agotará en sólo tres perspectivas, ya que el perspectivismo es una actitud epistemológica frente al Derecho. Es decir, que el Derecho va “ser”, o mejor dicho, “se nos aparecerá de cierto modo”, según la perspectiva en que nos ubiquemos. Y tal acción no se agota en sólo tres niveles. No obstante ésta es una cuestión que no abordaremos en el presente trabajo, por razones de espacio y oportunidad.

(6) Asimismo, debemos anotar que para Goldschmidt en realidad no hay un “reestablecimiento de las situaciones jurídicamente protegidas” en sentido estricto, sino dice lo siguiente:“(…) si el derecho [material] se comprende como medida para el juicio del juez, éste se imagina no como súbdito, sino como soberano del derecho, instrumento mediante el cual el juez juzga del mismo modo que -valga la metáfora- el albañil se sirve de la plomada para enderezar el muro. El juez establece, (...) por medio de la ley, un segundo orden, que incluso le precede en caso de colisión. La particularidad de la relación del juez con la ley consiste en que el juez aplica la ley no solo para obedecerla, sino con carácter profesional”. (GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona, Madrid: Labor, 1936. p. 48).

Así, el punto de vista del Derecho Procesal, a diferencia de los anteriores, es el de una desinformación inicial total con respecto a cuál de los sujetos haya sido el titular de una situación jurídica de ventaja asignada por el Derecho Material, que luego haya sido vulnerada por algún otro sujeto, con el consiguiente surgimiento de un mecanismo de tutela que sea deber de la justicia estatal prestar al sujeto vulnerado.

El juez, ni sabe quién es el titular de la situación jurídica subjetiva de ventaja material que pretendidamente se ha vulnerado, ni sabe, por tanto, a quién le compete ser protegido por el Estado mediante la actuación de un mecanismo de tutela.

Hasta aquí la síntesis de las ideas de James Goldschmidt, quien a este respecto dice lo siguiente:

“El Derecho Justicial que, junto con el Derecho Político en sentido estricto y con el Derecho Administrativo, integra el Derecho Público de la comunidad estatal, se divide en el Derecho Justicial Formal y en el Material. Aquel comprende los derechos procesales civil y penal, y este la totalidad de las normas relativas a la pretensión de tutela jurídica dirigida contra el Estado, como asimismo el Derecho Penal”<sup>(7)</sup>.

En la terminología de la época, la pretensión de tutela jurídica hace referencia al derecho a obtener una sentencia fundada. Citando aprobatoriamente a un autor contemporáneo suyo, Weismann, Goldschmidt dice:

“Desde el punto de vista puramente procesal, el derecho ejercitado con la acción, aparece, desde un principio, como incierto. Por otra parte, debe ser posible también contemplar la situación presuponiendo que existe entre las partes la relación cuestionada de carácter puramente jurídico-privado (...)”<sup>(8)</sup>.

La idea del Derecho Justicial Material es que, más allá de la consideración del derecho abstracto de acción, de índole procesal, es posible también analizar el aspecto material de los mecanismos de tutela debidos por la justicia estatal al titular del derecho lesionado, desde una perspectiva de certidumbre o supuesto de certidumbre. Desde este punto de vista, que no es

procesal, sino público y material, cabe hablar del Derecho a una sentencia fundada.

“Claro está que la base pública del proceso es solo la exigencia abstracta del ciudadano de que el Estado administre justicia. Pero en el caso de la exigencia del actor, acreedor según el Derecho Material de que el Estado le otorgue protección jurídica mediante una sentencia favorable, no se trata de eso. Este concepto equivale a la acción en el sentido antiguo, de la cual se distingue: a) primeramente por su emancipación del Derecho Privado, que ni siquiera al ser lesionado se identifica con la acción, sino es una exigencia privada; b) en segundo lugar en que no se dirige contra el adversario, sino contra el estado. El establecimiento de una obligación del Estado no producirá extrañeza a no ser que se niegue el Estado de derecho. El inconveniente de la concepción de Wach consistió solamente en haber sostenido el carácter procesal de la exigencia de protección jurídica. Es un derecho no menos material que el derecho protegido por ella (...)”<sup>(9)</sup>.

Conviene, por lo demás aclarar el sentido de las categorías de certidumbre e incertidumbre, a efectos de la presente exposición<sup>(10)</sup>.

Primero, la certeza del acaecimiento de un hecho jurídico<sup>(11)</sup>, que a su vez puede ser afirmativa o negativa, según sea cierto que algo sí acaeció o que algo no acaeció. Siendo esta la perspectiva del Derecho Material (tales como el Derecho Administrativo, Derecho Civil, Derecho Laboral, Derecho Mercantil). También, hablamos de la certeza del acaecimiento del hecho jurídico a que se llega luego del acto de la sentencia. Siendo la diferencia entre uno y otro que en el primero, la certeza es un punto de partida (*a priori*), mientras que en el segundo, la certeza es un punto de llegada (*a posteriori*).

Segundo, el supuesto de certeza del acaecimiento de un hecho jurídico, en el que no se conoce si un hecho acaeció o no acaeció, habiendo o una incertidumbre o una apariencia de que acaeció o no un hecho. O sea, ante las tres posibilidades -(i) incertidumbre; (ii) apariencia que un hecho acaeció;

(7) GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Justicial Material*. Buenos Aires: EJEA, 1959. La obra original se publicó en 1905.

(8) *Ibid.*; pp. 43 y 44. Únicamente desaprueba Goldschmidt la referencia a que la relación entre las partes, desde una consideración diferente a la procesal, sea jurídica privada, ya que él la concibe pública.

(9) GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso...*; pp. 29 y 30.

(10) También, a esta manera de concebir al Derecho puede denominarse fenomenológica en cuanto se centra en los fenómenos jurídicos; no obstante, no se los concibe como noúmenos, es decir, en tanto tales, sino en función a la perspectiva en que se encuentre el observador. En esta concepción nos apartamos de David Cueva García.

(11) Con esta fórmula “certeza del acaecimiento del hecho jurídico” se quiere dar a entender que se conoce cabalmente la existencia de un hecho el mundo del Derecho, que este hecho no se presenta como discutible, en tanto tal, es decir, por ejemplo, “se sabe que el contrato ‘x’ existe desde el viernes último 9 de octubre de 1998, a las 4:00 p.m.; y que, a demás, de este han derivado determinadas situaciones jurídicas subjetivas materiales.

(iii) apariencia que un hecho no acaeció- se opta por ubicarse en el plano de supuesto de certeza (de que ese hecho acaeció o de que ese hecho no acaeció) afirmativa o negativa.

Tercero, la apariencia<sup>(12)</sup> -afirmativa o negativa- de que un hecho acaeció o no. Es decir, que se está ante una situación en la que algo sin que se sepa realmente, parece ser o no ser de determinada manera.

Cuarto, la incertidumbre<sup>(13)</sup> del acaecimiento o no de un hecho. Es decir, que no es posible racionalmente afirmar o negar la ocurrencia de determinado fenómeno jurídico.

El Derecho Justicial Material trata de las instituciones que regulan los vínculos entre la justicia estatal y los sujetos encuadrados dentro de un Estado. Siendo su momento de actuación el de la certeza y el del supuesto de certeza. Así, pues, no forma parte del Derecho Justicial Material, la certeza del Derecho Civil, del Derecho Laboral, del Derecho Mercantil, del Derecho de Marcas, entre otros; ya que en todos estos no existe vinculación entre la justicia estatal y los sujetos privados.

Con el reconocimiento del Derecho Justicial Material, el Derecho, como conjunto de normas u ordenamiento, también puede clasificarse de la siguiente manera:

a) Derecho Material, que contiene a las normas que se ubican en un plano de certeza, pero que no regulan el vínculo entre la justicia estatal y los sujetos, sino entre estos últimos. Aquí las normas pueden ser de Derecho Privado o de Derecho Público.

b) Derecho Justicial Formal, que contiene a las normas que se ubican en la incertidumbre o de la apariencia, sin tratar de superarlas<sup>(14)</sup>, y que regulan, a nivel formal los vínculos entre la justicia estatal y los sujetos (es decir, la administración de justicia por el Estado).

c) Derecho Justicial Material, que contiene a las normas que se ubican en la certeza o en el supuesto de certeza (superando la incertidumbre o la apariencia) y que regulan los vínculos entre la justicia estatal y los sujetos.

Sobre la base de lo antes señalado, puede verse ya que estos tres sectores del Ordenamiento traen consigo correlativamente tres tipos de situaciones jurídicas para los sujetos, a saber: situaciones jurídicas materiales, situaciones jurídicas formales y situaciones jurídicas justicial materiales. Ahora veamos un ejemplo.

Una persona que ha vendido su casa en un contrato de compraventa, tiene la atribución de recibir un precio a cambio. Tiene un derecho de crédito a este respecto (situación jurídica material). Nótese que aún no estamos en una situación en que se haya presentado una transgresión a las disposiciones del Derecho Privado y que nuestra afirmación de la existencia del derecho de crédito se sustenta en que entendemos que tal contrato de compraventa se ha llevado a cabo (ámbito de certidumbre).

Si el deudor incumple sin justificación con pagarle el precio, el acreedor tiene el derecho a que la justicia estatal, por ejemplo, lleve a cabo una ejecución forzada de esta prestación (situación jurídica justicial-material). Este derecho a la ejecución forzada se dirige al Estado, y reclama que este cumpla con su deber de actuar ese mecanismo de tutela. Hay un derecho -idealmente, por lo menos- a la obtención de un mecanismo de tutela<sup>(15)</sup>.

Asimismo, en lo procesal, cuando el acreedor plantee su demanda frente al juez, por la absoluta desinformación de este respecto a la realidad de las cosas, tiene sólo el derecho frente al juez a que este observe correctamente las reglas de la solución de conflictos estatal (las reglas del proceso). Es un Derecho Procesal a la administración de justicia (situación jurídica justicial-formal). Solo si el juez llega a darse cuenta de que en verdad ha sido

(12) La entendemos como la mera presentación de un hecho como acaecido. El punto de apreciación de tal situación, o sea, el de la apariencia, es el conocimiento del juez, para efectos de la perspectiva del Derecho Procesal. En otras palabras, desde la perspectiva del Derecho Procesal, lo único cierto son las reglas procesales, siendo que el fenómeno jurídico, el Derecho Material y el Derecho Justicial Material son inciertos o aparentes.

(13) El sentido que manejamos de este término es más estricto al que se suele utilizar cuando se hace referencia a la determinación del derecho y no del hecho (incertidumbre jurídica), o sea, a la calificación jurídica de un hecho cuyo acontecimiento no es discutido. Para nosotros la incertidumbre es la imposibilidad cognoscitiva de afirmar o negar la ocurrencia y los efectos de un fenómeno jurídico, pero que tal imposibilidad no es absoluta sino temporal y solo *ab initio*.

(14) No se entienda como indiferencia hacia la incertidumbre o a la apariencia, sino que se asume tal grado de conocimiento (si se quiere, desconocimiento), se los reconoce, se los tiene como punto de partida; mas en conjunto se tiene la finalidad de superar tal incertidumbre o apariencia.

(15) Nótese que afirmar que el acreedor tiene "derecho" a la tutela judicial de su interés crediticio, presupone lo siguiente: (i) el contrato de compraventa acaeció como tal, (ii) el derecho de crédito derivó del contrato, (iii) el deudor incumplió injustificadamente, (iv) el deudor permanece reacio al cumplimiento. Todo esto es supuesto por el Derecho Justicial Material para conferir al acreedor lesionado el "derecho" a la ejecución forzada frente al Estado.

vulnerado en su derecho de crédito, este acreedor -en el proceso de ejecución de sentencia- reclamará, ahora sí, la actuación del mecanismo de tutela que debe serle prestado por el Estado.

Estas tres etapas nos permiten diferenciar una situación jurídica material (el derecho de crédito), una situación jurídica justicial-material (el derecho a la ejecución forzada), ambos en un contexto de certidumbre (o más exactamente, certidumbre para el Derecho Material y supuesto de certidumbre o certidumbre en sí, para el Derecho Justicial Material); y una situación jurídica justicial-formal (el Derecho de Acción, el Derecho al debido Proceso, las cargas procesales, etcétera), que es más bien propio de un contexto de incertidumbre con respecto al Derecho Material y al Derecho Justicial Material. Lo de contexto de certidumbre hace referencia a que en dicho plano del Derecho no hay dudas respecto a quiénes sean titulares de qué situaciones jurídicas subjetivas y, por tanto, tampoco hay dudas respecto a quiénes tiene derecho a obtener una sentencia fundada.

El contexto de incertidumbre, en cambio, hace referencia a cómo se ven los reclamos de derechos materiales al interior de un proceso judicial, donde el juez no sabe cuál es la verdadera situación material de las partes. El Derecho Objetivo Material, al interior del proceso judicial, es solo una medida para el arbitrio judicial. Precisamente por eso, lo que es el orden legal extra proceso puede ser visto de manera diferente al interior del proceso, originándose una diferencia entre el orden legal y el orden judicial.

“De ahí que, según la opinión que concibe al derecho como medida para el arbitrio judicial, el juez mismo no puede ser sujeto u objeto de ligámenes jurídicos. Conforme a ese criterio [nosotros diríamos, a esa perspectiva] el juez se halla por encima y, por lo tanto, fuera del derecho; la jurisdicción es [...] ‘metajurídica’<sup>(16)</sup>.”

“Pero la dualidad de ‘orden legal’ y ‘orden judicial’, que aparece en todos estos fenómenos, no se aclara antes de considerar el derecho como medida para el juez”<sup>(17)</sup>.

Nótese particularmente lo siguiente: el contexto procesal de incertidumbre solo se ha de tener, para

todos sus efectos, por superado una vez que el juez ha emitido una sentencia que adquiere la calidad de cosa juzgada. Por tanto, antes de este estadio procesal, sigue habiendo una situación de incertidumbre sobre el acaecimiento de los fenómenos jurídicos, lo cual a su vez importa una falta de determinación respecto del Derecho Material y del Derecho Justicial material. En otras palabras, desde la perspectiva del juez (que es la perspectiva del Derecho Justicial Formal, o Derecho Procesal), el Derecho Material y el Derecho Justicial Material aparecen como inciertos<sup>(18)</sup>.

Finalmente, cabe señalar que existen situaciones jurídicas justicial-materiales (tales como los derechos justicial-materiales) sin que por contrapartida exista una situación jurídica material. Tal el caso de la nulidad de un contrato, en el cual el sujeto interesado no es titular de situación jurídica material alguna, pero que justicial-materialmente es titular de un derecho frente al Estado para que este declare que determinado contrato es nulo. Por lo tanto, existen acciones concretas<sup>(19)</sup> sin derechos materiales, lo cual no significa que tales acciones concretas carezcan de sustento ni que versen sobre intereses irrelevantes para el Derecho. Asimismo, puede existir que ante la transgresión del interés tutelado por una situación jurídica material, el ordenamiento jurídico establezca más de un tipo de remedios<sup>(20)</sup> contra tal circunstancia; es el caso del incumplimiento injustificado de contrato, frente a lo cual se ha establecido como mecanismo de defensa o protección los siguientes remedios materiales: (i) excepción de incumplimiento, (ii) la caducidad de término y (iii) la resolución extrajudicial del contrato. Pero, también el ordenamiento jurídico ha dispuesto remedios justicial materiales, a saber: (i) solicitar al juez que se resuelva el contrato o (ii) exigir la ejecución forzada del mismo, y (iii) tanto en uno como en otro caso, solicitar al juez (es decir, a la justicia estatal) que ordene a la contraparte agresora que le indemnice los daños derivados de la agresión sufrida<sup>(21)</sup>.

Los conceptos antes explicados, nos servirán para analizar el retracto y la denominada “obligación de constituir una garantía por el precio pendiente”. Pero antes debemos dar cuenta de las principales tesis hasta

(16) GOLDSCHMIDT, James. *Op. cit.*; p. 48.

(17) *Ibid.*; p. 50.

(18) Lo cual no sucede si se cambia de perspectiva, por ejemplo la del Derecho Justicial Material.

(19) Para nosotros acción concreta es una situación jurídica justicial-material de ventaja activa, es decir, que favorece la satisfacción del interés de su titular permitiéndole exigir a la justicia estatal determinada prestación, derivada de una sentencia fundada; es decir, un Derecho Justicial Material.

(20) Es decir que estos remedios pueden ser justicial-materiales y materiales.

(21) Puede notarse también que el número de remedios y la intensidad de cada uno de estos, tanto materiales como justicial materiales, denota la importancia de determinado interés para el ordenamiento jurídico.

ahora elaboradas, para luego plantear nuestra propia solución.

## 2. El derecho de retracto<sup>(22)</sup>

### 2.1. Las diferentes tesis sobre el retracto

Sobre la naturaleza del retracto se ha discutido bastante, sin embargo, aún no queda clara la misma, por lo que sigue siendo una cuestión vigente. Sin el ánimo de exhaustividad, las tesis que se han propuesto como definición jurídica o sobre la naturaleza jurídica del retracto son las siguientes:

a) Novación impuesta sobre la persona del adquirente, de modo que el retrayente se subroga en el lugar del primer comprador<sup>(23)</sup>.

b) Facultad de subrogación que se actualiza cuando se interpone la demanda<sup>(24)</sup>.

c) Derecho personal por la que el retrayente asume una relación obligacional que lo vincula con el vendedor, semejante a la cesión de posición contractual<sup>(25)</sup>.

d) Supuesto de resolución del contrato de compraventa<sup>(26)</sup>.

e) Derecho de subrogarse en el lugar del adquirente del bien, tanto en una compraventa como en una dación en pago<sup>(27)</sup>.

f) Derecho de opción de compra de carácter real y legal, que se ejerce contra el comprador de la cosa solamente<sup>(28)</sup>.

g) Segunda enajenación en virtud de un derecho legal de retrayente<sup>(29)</sup>.

h) Derecho potestativo de adquisición de la posición contractual del adquirente.

Ante esta enorme diversidad de tesis, debemos dar cuenta por qué rechazamos cada una de ellas, lo cual procede a efectuarse.

- Sobre la primera tesis: novación impuesta sobre la persona del adquirente, de modo que el retrayente se subroga en el lugar del primer comprador. A este respecto debe señalarse que la novación subjetiva pasiva importa la sustitución del titular de la obligación en una relación jurídica obligatoria. Asimismo, importa la extinción de la anterior y la creación de una nueva relación jurídica obligatoria<sup>(30)</sup>. Sobre la base de lo antes señalado, nótese que en el contrato de compraventa, por ejemplo de un bien mueble inscrito, surgen típicamente dos relaciones jurídicas obligatorias, a saber: una en la que el comprador es deudor del precio y el vendedor es acreedor del mismo, y otra en la que el comprador es acreedor de la entrega del bien y el vendedor es deudor de su entrega. Si fuera cierto que el ejercicio del derecho de retracto da lugar a una

(22) Conviene hacer la advertencia que el retracto no es lo mismo que la retroventa, por una parte; y que el tratamiento doctrinal de estos dos temas se complica aun más porque algunos autores utilizan el mismo término para hacer referencia a cualquiera de estas dos instituciones, dando la falsa impresión de que estas son iguales o semejantes (por ejemplo, DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Derecho de retracto*. En: *Themis*. Segunda época. Número 38. Lima, 1998. p. 126.). Esto no es correcto, ya que, de conformidad con nuestro ordenamiento civil, la retroventa es un pacto contractual, no implica la intervención de un tercero en la relación contractual, y tiene la finalidad de que el vendedor “recupere” la propiedad del bien. En cambio, el retracto no es un pacto contractual sino un efecto legal, importa la intervención de un tercero en el contrato y no tiene la finalidad de que el vendedor “recupere” la propiedad del bien, sino que constituye un privilegio del retrayente en hacerse del bien en lugar del comprador original. Sin embargo, la fuente de esta imprecisión está en el Código Civil Español, en donde al pacto de retroventa le denomina retracto convencional, y al retracto le denomina retracto legal, sin embargo, ambas instituciones no tienen semejanza alguna como se explicó anteriormente.

(23) BORREL Y SOLER, Antonio. *El contrato de compraventa según el Código Civil español*. Barcelona: Bosch, 1952. p. 264. A esta posición se adhiere con unos ligeros cambios: León Barandiarán, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. Tomo I. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1965. p. 92. Así León Barandiarán dice que se trataría de una “especie” de novación “sobre la persona del comprador”.

(24) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*

(25) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*; pp. 128-131. A esta tesis se adhiere: ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2000. p. 141.

(26) Ver: CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo IV. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954. p. 159, citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Derecho de retracto...*; p. 127.

(27) MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil español*. Tomo X. Volumen I. Madrid: Reus. p. 495, citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*

(28) CLEMENTE DIEGO, Felipe. *Instituciones del Derecho Civil español*. Tomo II. Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín, 1959. p. 219, citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*

(29) Esta tesis es de Manuel Albaladejo. Ver: ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo III: *Derecho de bienes*. Volumen segundo: *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*. Barcelona: Bosch, 1994. p. 346. Este autor señala que la subrogación es una facultad de adquirir un bien luego que este fuera adquirido por otro.

(30) DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen. II. Madrid: Tecnos, 1997. p. 264.

novación, tal acto solo tendría efectos sobre una parte del contrato de compraventa, cuando el ejercicio del derecho de retracto lo que hace es cambiar de “comprador”. Por las razones antes mencionadas, es que desestimamos esta tesis.

- Sobre la segunda tesis: facultad de subrogación que se actualiza cuando se interpone la demanda. Este es una de la tesis más interesantes aunque incompleta en su formulación ya que el autor de la misma, José León Barandiarán, no aclara lo que entiende por subrogación, pues esta figura es técnicamente la sustitución del acreedor por un tercero legitimado, en una relación jurídica obligatoria. Por otra parte, tampoco este autor aclara el sentido de “actualizarse” la facultad de subrogación cuando se interpone la demanda. La ambigüedad de este impide hacer un mayor análisis de esta tesis<sup>(31)</sup>.

- Sobre la tercera tesis: derecho personal por la que el retrayente asume una relación obligacional que lo vincula con el vendedor, semejante a la cesión de posición contractual. El autor de esta tesis, Manuel De la Puente y Lavalle, da cuenta que el ejercicio del retracto tiene el mismo efecto que el contrato de cesión de posición contractual. Sin embargo, debe notarse que esta tesis no dice cuál es la naturaleza del derecho de retracto, ya que solo nos describe sus efectos (con lo cual estamos de acuerdo parcialmente), pero no habla de la causa de los mismos. Es decir, no lo define. Aun cuando lo califica como un derecho personal, esto no basta ya que hace remisión al género, obviando la diferencia específica. Por otra parte, habla de la asunción de una relación obligatoria semejante a la cesión de posición contractual, cuando lo cierto es que la cesión de posición contractual no transfiere una relación jurídica obligatoria determinada, sino que lo que en

realidad transfiere es la “posición” contractual<sup>(32)</sup>. Por lo tanto, esta tesis es incompleta pues no define la naturaleza del retracto.

- Sobre la cuarta tesis: supuesto de resolución del contrato de compraventa. Es conocido que esta tesis surge en la doctrina española debido a que el artículo 1506 del Código Civil Español señala que el retracto da lugar a la resolución del contrato de compraventa<sup>(33)</sup>. No obstante cuando pareciera que esta norma determinaría los efectos del retracto, el artículo 1521 del mismo texto civil español la contradice ya que en este establece que el retracto genera la subrogación en el lugar del que adquiere por compraventa o dación en pago<sup>(34)</sup>.

Sin perjuicio de lo antes señalado, la tesis de la resolución debe ser rechazada ya que nuestro Código Civil (artículo 1592) dice que el retracto da a lugar a la “subrogación” en el lugar del comprador.

- Sobre la quinta tesis: derecho de subrogarse en el lugar del adquirente del bien, tanto en una compraventa como en una dación en pago. Esta tesis emplea inadecuadamente el término subrogación ya que este cobra un sentido técnico en la teoría de las obligaciones, no obstante tiene el mérito de señalar que el retracto también se aplica la dación en pago<sup>(35)</sup>.

No obstante, debe desestimarse esta tesis ya que confunde la subrogación con la sustitución contractual.

- Sobre la sexta tesis: derecho de opción de compra de carácter real y legal, que se ejerce contra el comprador de la cosa solamente. Esta tesis representa una construcción forzada para aplicar el esquema de la opción (que es un contrato preliminar) al retracto. En efecto, la opción es el contrato por el que el optante tiene el derecho de decidir la eficacia de un determinado contrato proyectado por lo menos en sus elementos

(31) Lo curioso de esta tesis es que pareciera dar a entender que esta denominada facultad de subrogación no es de naturaleza civil sino “judicial”, ya que dice que dicha facultad se actualiza en sede judicial.

(32) Así, la doctrina más autorizada señala que el contrato de cesión de posición contractual es: “el contrato con el cual el cedente, parte de otro contrato ya celebrado con otro sujeto (el cedido), transfiere su posición contractual relativa (en sus componentes activos y pasivos) al cesionario, el que ingresa en la relación con el cedido”. (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 588). Asimismo, agrega, que el cesionario adquiere la “entera posición contractual del cedente, o sea, el complejo de las situaciones subjetivas que estarían en su cabeza, en tanto y en cuanto es parte del contrato cedido (y no solo en cuanto titular de individuales obligaciones y créditos por este creados). Esto tiene una consecuencia notable, que la teoría atomística no implicaría: el cesionario adquiere y puede ejercitar contra el cedido también los remedios contractuales inherentes al contrato objeto de la cesión -acciones (o excepciones) de nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, excepción de incumplimiento, cláusulas penales, etcétera.- así como las habría podido ejercitar el cedente”. (*Ibid.*; pp. 589 y 590).

(33) “Artículo 1506 del Código Civil Español. La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones y, además, por las expresadas en los capítulos anteriores, y por el retracto convencional o por el legal”. Nótese que en España al retracto peruano se le conoce como retracto legal.

(34) “Artículo 1521 del Código Civil Español. El retracto legal es 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”.

(35) Cabe añadir que según Manuel De la Puente y Lavalle, el retracto, también, se aplica a los contratos de permuta, y a nuestro criterio, además, se aplica a los contratos mixtos en los que se combinan elementos de la dación en pago, compraventa y/o permuta; ello de conformidad con los artículos 1266, 1531, 1603 y 1592 del Código Civil.

esenciales<sup>(36)</sup>. En el caso del retracto no existe ningún contrato preliminar celebrado entre el retrayente y el comprador. Por otra parte, si fuera tal el ejercicio de este derecho de opción afectaría también al vendedor, ya que en este caso esta también vería afectada su esfera jurídica personal con un cambio de titular de la posición contractual del comprador. Finalmente, no se deja en claro cual es el contenido de contrato final, o sea, no se sabe si se trata de un nuevo contrato de compraventa, del mismo o de otro tipo de contrato. Por estas razones no nos parece atendible esta tesis.

- Sobre la séptima tesis: segunda enajenación en virtud de un derecho legal de retrayente. Como ya vimos, esta tesis es sostenida por el gran jurista español Manuel Albaladejo. No obstante la autoridad del mismo, no puede compartirse su punto de vista toda vez que al tratarse el retracto de una “subrogación”, entendido como una sustitución del comprador en un contrato de compraventa, no existirá tal segunda enajenación.

- Sobre la octava tesis: derecho potestativo de adquisición de la posición contractual del adquirente. Si se tratara de una institución jurídica perteneciente al derecho material<sup>(37)</sup> seríamos de la opinión que el retracto sería un derecho potestativo<sup>(38)</sup> por la que el retrayente tendría la facultad de adquirir la posición contractual del comprador<sup>(39)</sup>, derecho que ubica en una situación jurídica de sujeción<sup>(40)</sup> tanto al comprador como al vendedor. Asimismo, derecho potestativo nacería luego de celebrado el contrato de compraventa, extinguiéndose indefectiblemente al vencimiento del plazo legalmente para su ejercicio.

Ahora, la construcción teórica antes señala es adecuada para el derecho español ya que de

conformidad con los artículos 1521 al 1525 del Código Civil Español, se trata de una institución de Derecho Material, lo cual no sucede en nuestro ordenamiento en el que debe tenerse en cuenta las normas establecidas en el Código Procesal Civil<sup>(41)</sup>. De esto se tratará en lo que sigue.

## 2.2. El retracto es un Derecho Justicial Material: la *sedes materiae* como punto de partida para su análisis

Según Karl Larenz al momento de determinarse las normas aplicables a cierto fenómeno jurídico es necesario hacer una revisión sistemática del ordenamiento a efectos de poder entender lo que el legislador ha establecido con respecto de este. Así, el jurista alemán señala lo siguiente:

“(…) las normas jurídicas, contenidas en una ley [término que debe entenderse en sentido lato], no están simplemente una al lado de otras, sino que están relacionadas entre sí de diferente modo y sólo en su recíproca limitación y en su armonía producen una regulación. El orden jurídico no consta de una suma de normas, sino de regulaciones”<sup>(42)</sup>.

Así, las normas no deben ser consideradas de manera aislada, sin tener en cuenta la regulación a la que pertenecen (en el sentido que Karl Larenz le da a dicho término). Y tampoco debe descuidarse la elaboración o determinación de las normas que en su conjunto conforman la regulación de determinada institución jurídica.

Para el caso del retracto debe tenerse en cuenta las siguientes normas: (i) los artículos 1502 al 1601 del Código Civil, y (ii) los artículos del 495 al 503 del Código Procesal Civil.

(36) DIEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. cit.*; p. 76. En realidad, lo que sustenta a lo que estos autores llaman “opción” es el derecho potestativo, es decir, aquella situación jurídica de ventaja activa que permite al titular provocar unilateralmente la modificación de la esfera jurídica de un sujeto jurídico distinto, imposibilitado de oponerse jurídicamente a ella. (BRECCIA, Humberto Breccia y otros. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen I: *Normas, Sujetos y Relación jurídica*. Traducido del italiano por Fernando Hinestroza. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1992. p. 416).

(37) Ver la parte 1 de este trabajo.

(38) En los términos señalados en la nota número 36.

(39) Similar a esta postura es la sostenida por: DIEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. cit.*; Volumen III. pp. 592 y 593. Ambos autores señalan que el retracto es una “facultad de opción” concibiéndolo seguramente como un derecho potestativo. No obstante, como ya señalamos, el derecho de opción es un precontrato o contrato preliminar, supuesto que no se da en el retracto.

(40) La sujeción se define como la situación jurídica subjetiva de desventaja inactiva por la que el titular de la misma debe soportar o tolerar un cambio en su esfera jurídica, producido unilateralmente por un tercero. Es decir, que esta situación no permite que su titular pueda actuar jurídicamente. (BRECCIA, Humberto y otros. *Op. cit.*; pp. 444 y 445).

(41) En el caso español si bien el retracto (como materia de una demanda) se ha regulado tanto en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil como en la nueva, dicha regulación no modifica la estructura ni la naturaleza del retracto (conocido en España como retracto legal). Ver al respecto DIEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. cit.*; Volumen III. p. 595, donde se señala que el retrayente demandará al retraído si este no cumple con su obligación de transferirle la propiedad de bien en retracto.

(42) LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1980. pp. 257 y 258.

Así determinado lo que se denomina la regulación del retracto en nuestro ordenamiento jurídico, conviene confrontar dos artículos, que son el Artículo 1596 del Código Civil y el Artículo 497 del Código Procesal Civil, que señalan lo siguiente:

“Artículo 1596 del Código Civil. El derecho de retracto debe ejercerse dentro del plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho.

Cuando su domicilio no sea conocido ni conocible, puede hacerse la comunicación mediante publicaciones en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de mayor circulación de la localidad, por tres veces con intervalo de cinco días entre cada aviso. En este caso, el plazo se cuenta desde el día siguiente al de la última publicación”<sup>(43)</sup>.

“Artículo 497 del Código Procesal Civil. Improcedencia.

La demanda será declarada improcedente si se interpone fuera del plazo de treinta días naturales computados a partir del conocimiento de la transferencia”.

Como se ve, la primera norma en el artículo 1596 del Código Civil establece un plazo de treinta días naturales dentro del cual el retracto debe ser ejercido. No obstante, la del artículo 497 del Código Procesal Civil especifica que en caso de que se interponga la demanda luego del plazo de treinta días naturales, esta será declarada improcedente. Lo cual puede ser interpretado de dos maneras, a saber:

a) Tesis del retracto como Derecho Material. Según esta tesis, puede ejercerse el derecho de retracto extrajudicialmente, lo que significaría que de conformidad con la tesis ocho antes señalada, el retrayente adquiere la posición contractual del adquirente. Lo lógico sería pensar, dentro de esta línea de ideas (es decir, el retracto como derecho material), que si el vendedor y el comprador original no tienen ningún conflicto de intereses con el retrayente no debería ser necesaria la intervención de la justicia estatal. No obstante, esta tesis cae, pues la norma procesal antes referida (artículo 497 del Código Procesal Civil) no hace distinción de ninguna clase ya que indefectiblemente se declarará improcedente a la demanda de retracto que se interponga con posterioridad al plazo establecido, aun cuando

extrajudicialmente el retrayente hubiera manifestado su voluntad de adquirir la posición contractual del adquirente.

En un intento más por mantener esta tesis, podría decirse que en el caso que el retracto haya sido ejercido extrajudicialmente, pero que no se demandó dentro del plazo; se estaría estableciendo un plazo de caducidad del derecho de propiedad. Empero, nótese que puede tratarse de un contrato en el que la transferencia de la propiedad no es inmediata, y que en este caso se estaría dejando sin efectos el ejercicio extrajudicial del retracto. En otras palabras, el plazo haría que se retrotraigan los efectos del ejercicio del derecho de retracto. En cualquiera de los dos casos antes referidos, el derecho de retracto, concebido materialmente (o, lo que es lo mismo, civilmente), no representa una verdadera tutela del interés del retrayente, si es que este no demanda tal pretensión.

Por otra parte, en el caso que no se haya ejercido extrajudicialmente del derecho de retracto, entonces este plazo es de caducidad propiamente dicho.

Sin embargo, esta tesis debe ser desestimada porque lo que persigue en realidad el artículo 497 del Código Procesal Civil es que el ejercicio del retracto sea judicial, tanto es así que el plazo que estipula para la interposición de la demanda es el mismo que el señalado por el Código Civil. Asimismo, nótese que ante las teorías complicadas, por un principio de economía epistemológica, debemos preferir las construcciones teóricas más simples<sup>(44)</sup>.

b) Tesis del retracto como un Derecho Judicial Material. De acuerdo con esta tesis, el ejercicio del retracto solo es judicial. Efectivamente, somos de la opinión que de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, el retracto es un derecho judicial material, es decir, una exigencia del retrayente ante la justicia Estatal para sustituir contractualmente al adquirente de un bien.

Esta tesis se constituye una construcción teórica mucho más sencilla, no alambicada, sin forzar la existencia de derechos materiales, y que se adecua a la regulación (o *sedes materiae*) de esta institución.

Entonces, el retracto al ser un Derecho Judicial material es un derecho de tutela del retrayente a efectos de que sea sustituido por la justicia estatal en la posición contractual del adquirente del bien, asumiendo así las situaciones jurídicas de ventaja y desventaja derivadas

(43) Una de las normas de este artículo, como se ve, establece que un plazo de extinción del “derecho de retracto”, luego del cual este deja de existir como situación jurídica de ventaja.

(44) Éste tema, conocido desde el nominalismo medieval como la navaja de Ockham, hace referencia a que si se puede explicar el mismo fenómeno de dos maneras diferentes, ha de preferirse aquella manera que haya necesitado de menos conceptos nuevos para la explicación.

del contrato objeto de la sustitución. En ese sentido, no se trata de un derecho potestativo ya que la eficacia sustitutiva de la posición contractual del adquirente, solo se derivará de una sentencia fundada (con carácter de cosa juzgada), no siendo suficiente la decisión unilateral del retrayente.

Por otra parte, como corolario de esta tesis tenemos que la sentencia que declare fundada la demanda de retracto, y que obtenga la calidad de la cosa juzgada, será constitutiva. Esto representa una de las grandes diferencias con la tesis anterior, ya que para esa la sentencia sería declarativa.

Asimismo, debemos diferenciar entre el derecho de retracto y los efectos del mismo. Como ya señalamos, el derecho de retracto es un Derecho Justicial Material; y en este caso, al tratarse de una alteración de un contrato de transferencia de un bien, el ordenamiento jurídico ha preferido solucionar este conflicto de intereses mediante la intervención de la justicia estatal. Así, en principio se otorga el retrayente un derecho de exigir que sea sustituido en la posición contractual del adquirente, pero que, además, lo hace desde un contexto de certeza, es decir, que se considera al sujeto como el titular efectivo del derecho justicial material de retracto.

Aunque debe notarse que desde la perspectiva del Derecho Justicial Formal, o sea, el Derecho Procesal, se le impone al retrayente, de quien en este contexto se duda que sea tal, una serie de cargas y requisitos a fin de poder hacer valer su interés.

En cuanto a los efectos del retracto sobre el contrato, como se señaló, debe caerse en la cuenta que una vez fundada la demanda, el retrayente asume

la posición contractual del adquirente. En este sentido, como ya lo apuntara Manuel De la Puente y Lavalle existe semejanza entre la “subrogación” operada por el ejercicio del retracto y la operada por el contrato de cesión de posición contractual<sup>(45)</sup>. Es decir, ambos “ceden la posición contractual”. En otras palabras, la cesión de posición contractual es un efecto logrado no solo mediante el contrato, sino que este puede derivar de otros fenómenos como es el caso en el retracto (deriva de una sentencia fundada). Así, por medio de la interposición de la demanda de retracto, el retrayente manifiesta voluntad de hacer valer su Derecho Justicial Material de adquirir la posición contractual del adquirente, pero es con la sentencia que declare fundada la demanda que recién el retrayente adquirirá la posición contractual del adquirente.

Sobre este extremo, surge la siguiente cuestión: ¿se aplica a la cesión de la posición contractual operada por la sentencia que acoge el retracto, las reglas de la cesión de posición contractual? Sobre esta cuestión somos de la opinión que las reglas que no se aplican son las que tienen que ver con la naturaleza contractual<sup>(46)</sup> de la cesión de posición contractual, en ese sentido, no se aplican las siguientes normas: el artículo 1435, las oraciones segunda y tercera del artículo 1437 y el primer y segundo párrafos del artículo 1438<sup>(47)</sup> del Código Civil.

Por lo tanto se aplican las siguientes normas: el artículo 1436<sup>(48)</sup>, la primera oración del artículo 1437<sup>(49)</sup>, la primera parte el tercer párrafo del artículo 1438<sup>(50)</sup> y la primera parte del artículo 1439<sup>(51)</sup> del Código Civil.

(45) Aunque tal apreciación no es del todo correcta, pues el referido autor no distingue entre la causa de la cesión de la posición contractual y dicha cesión como eficacia.

(46) Por “naturaleza contractual” entendemos las normas que regulan la formación (o celebración) del contrato de la cesión de posición contractual y las dispositivas (es decir, las que permiten el pacto en contrario ya sea de manera expresa o porque el interés que tutelan no es de orden público o no está vinculado con las buenas costumbres), en la medida que su exclusión no desnaturalicen la cesión de posición contractual como efecto.

(47) La inaplicabilidad del primer y segundo párrafo del artículo antes citado se debe a que se trata de una cesión derivada únicamente por un derecho legalmente otorgado, que como se dijo, la cesión de la posición contractual de adquirente no tiene origen en el ejercicio de la autonomía privada del adquirente original ni del enajenante. Este criterio se encuentra en la siguiente norma: “Artículo 1214 del Código Civil. Cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor”.

(48) “Artículo 1436 del Código Civil. La forma de la transmisión, la capacidad de las partes intervinientes, los vicios del consentimiento y las relaciones entre los contratantes se definen en función del acto que sirve de base a la cesión y se sujetan a las disposiciones legales pertinentes”.

(49) “Artículo 1437 del Código Civil. El cedente se aparta de sus derechos y obligaciones y unos y otros son asumidos por el cesionario desde el momento en que se celebre la cesión. (...)”.

(50) “Artículo 1438 del Código Civil. (...) El cedido puede oponer al cesionario y este a aquel las excepciones y medidas de defensa derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente (...)”.

(51) “Artículo 1439 del Código Civil. Las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin la autorización expresa de aquellas”.

### 3. El retracto en los contratos de compraventa a plazos

Definido así el derecho de retracto, toca ahora revisar el retracto en los contratos de compraventa a plazos. Aquí debe tenerse en cuenta dos supuestos, que son los siguientes: (i) la reserva de propiedad como garantía, y, (ii) falta de garantía pactada en el contrato de compraventa. En lo que sigue analizaremos cada uno de los supuestos antes señalados.

#### 3.1. Supuesto I: los contratos de compraventa a plazos. La reserva de propiedad como "garantía"

La reserva de propiedad es un pacto por el cual se impide la eficacia traslativa del derecho de propiedad por medio del contrato, en el caso de los bienes inmuebles<sup>(52)</sup>, o del mismo efecto con la entrega del bien, en el caso de los bienes muebles (artículo 947 del Código Civil). Así, el pacto de reserva de propiedad puede entenderse como un diferimento temporal del efecto traslativo del contrato de compraventa<sup>(53)</sup>.

Por otra parte, una de las finalidades de este tipo de pactos es asegurar el cumplimiento del pago de una parte o de todo el precio, aunque en estricto no es una garantía real por lo que no procede tratarlo como tal<sup>(54)</sup>. Por esa razón, para el caso del artículo 1598 del Código Civil<sup>(55)</sup> el retrayente debe cumplir con la "obligación" de constituir garantía, aun cuando en el contrato de compraventa se haya estipulado la reserva de propiedad.

#### 3.2. Supuesto II: falta de garantía pactada en el contrato de compraventa. Las garantías legales

Por otra parte el que las partes no hayan pactado una garantía específica no quiere decir que hayan eliminado los efectos de las garantías legales. En el caso de las hipotecas legales, estas se constituyen automáticamente en los siguientes supuestos:

- Cuando el precio por el inmueble adquirido no se ha pagado íntegramente.

- Cuando el precio por el inmueble adquirido se ha pagado pero con un mutuo otorgado por tercero.

- Cuando para la fabricación o reparación de un inmueble se han empleado el trabajo o los materiales del contratista, la hipoteca se constituye por la remuneración que el comitente se haya obligado a pagar.

- Cuando los inmuebles son adquiridos mediante partición, y hay obligaciones dinerarias a favor de los otros copropietarios.

Asimismo, el Código Civil regula también las prendas legales de muebles inscritos, en los mismos supuestos antes señalados<sup>(56)</sup>.

Nos interesa para fines de este trabajo el primer caso, y aquí la cuestión es si en un contrato de compraventa a plazos, en el que las partes no han estipulado una garantía, pero tampoco han excluido la garantía legal aplicable por ley, ¿debe el retrayente ofrecer una garantía adicional?

La respuesta a esta cuestión requiere tener en cuenta los intereses valorados por la norma establecida

(52) Sobre este punto, merece adhesión la tesis sostenida por Hugo Forno Flórez, quien señala que el artículo 949 del Código Civil en realidad establece que los contratos de transferencia de bienes inmuebles tienen eficacia real; entendida como el supuesto en el que "la transferencia no requiere otro elemento, además del consenso entre las partes, (...) para la transferencia del derecho de propiedad, siendo únicamente necesario el acuerdo". (CAPOZZI, Guido. *Dei singoli contratti*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 7).

(53) CAPOZZI, Guido. *Op. cit.*; p. 125.

(54) No debe confundirse el incentivo de la norma con la eficacia de la misma. En efectos, por incentivo de la norma entendemos la manera cómo esta afecta la conducta de los agentes económicos provocando comportamientos en uno u otro sentido, teóricamente queridos por el legislador. Sin embargo, los incentivos no son lo mismo que los efectos jurídicos de la norma, ya que puede ser que normas distintas generen un mismo incentivo sobre los agentes económicos (y solo diferenciarse, de ser el caso, en cuanto al grado de este); mientras que en el ámbito jurídico, no será posible ver en ello una igualdad o semejanza. El pacto de reserva de propiedad tiene la finalidad de incentivar el cumplimiento de la obligación de pago del precio, esta misma finalidad la tienen las garantías reales y personales, mas de ello no deriva que ambas tengan la misma naturaleza jurídica.

(55) "Artículo 1598 del Código Civil. Cuando el precio del bien fue pactado a plazos es obligatorio el otorgamiento de una garantía para el pago del precio pendiente, aunque en el contrato que da lugar al retracto no se hubiera convenido". Como se verá más adelante, esta norma ha sido derogada por el segundo párrafo del artículo 495 del Código Procesal Civil, como se demostrará más adelante.

(56) Ver los artículos 1118 al 1120, y 1065 del Código Civil.

en el artículo 1598 antes citado. Somos de la opinión que esta norma agrega una “exigencia” (o mejor dicho, un sacrificio patrimonial) además de las establecidas en el contrato de compraventa, ya que el retrayente no ha sido objeto de confianza, o no lo es tanto como la persona del original adquirente, frente al enajenante. Esta situación ha sido tenida en cuenta por el legislador; que, según Jack Bigio, dado que “en la contratación generalmente existe una consideración de confianza en la calidad personal de la contraparte, se exige al retrayente, que es un tercero extraño a la relación jurídica creada por el contrario, una garantía personal (personal o real) de que el saldo será pagado”<sup>(57)</sup>. Nótese que en este caso el enajenante desconfía de alguien que “irrumpe” en el contrato de transferencia, y siendo que la estipulación del pago del precio a plazos es una “muestra” de determinado grado de confianza en la persona del adquirente, lo cual no se da en la persona de retrayente<sup>(58)</sup>.

En consecuencia, por esa razón es que somos de la opinión aún cuando haya una garantía legal sobre el saldo del precio, el retrayente está “requerido” al otorgamiento de una garantía.

### 3.3. ¿Qué sucede en el caso que las partes originales del contrato hayan pactado una garantía?

Cabe otra cuestión más, y esta es sobre las garantías pactadas en el contrato de transferencia cuyo precio se pagará a plazos. Para abordar adecuadamente esta cuestión, debe diferenciarse dos supuestos:

a) Caso I. Reserva contractual en la que se establece que la garantía es otorgada únicamente a favor de la persona del adquirente.

En este caso no interesa si la garantía lo otorgó el mismo adquirente o terceros, ya que en virtud de la reserva (por la que solo se aseguran las obligaciones de la persona del adquirente derivadas del contrato de transferencia); al cederse el contrato a favor del retrayente, vía retracto, se habrá cumplido la condición

resolutoria de la garantía establecida en el contrato de transferencia, la misma que dejará sin efectos a la garantía otorgada.

b) Caso II. No hay tal reserva.

Tanto más difícil es el caso en el que en el contrato se ha otorgado una garantía ya no con el bien objeto de la transferencia sino con otro bien o, en todo caso, se ha otorgado una garantía personal (fianza). En este caso debe hacer la siguiente distinción:

b.1.) La garantía la otorga el adquirente original.

En este supuesto, debe tenerse en cuenta que la posición contractual de adquirente pasa al retrayente no por acuerdo de las partes involucradas, sino porque la ley le otorga tal derecho al retrayente. Por lo tanto, al no estar frente a un fenómeno contractual sino unilateral, somos de la opinión que debe aplicarse analógicamente el artículo 1439 del Código Civil<sup>(59)</sup>, y concluir que salvo que el adquirente original haya otorgado su consentimiento, las garantías ofrecidas por él con bienes distintos al bien objeto de transferencia, no pasan a garantizar al retrayente.

Tal solución se sustenta en que el traspaso de la posición contractual de adquirente a favor del retrayente no es un acuerdo trilateral (o sea, no es un contrato en el que el adquirente original ejerza su autonomía privada), por lo tanto, no cabe asignarle efectos contractuales a algo que no surge de esa manera.

En consecuencia, los bienes del adquirente original otorgado en garantía para el pago del precio se extinguen en el caso del retracto.

b.2.) La garantía (real o personal) la otorga un tercero.

En este caso es de aplicación directa el artículo 1439 del Código Civil, que como se dijo, tutela el efectivo ejercicio de la autonomía privada del otorgamiento de una garantía a favor del adquirente, la misma que se sustentaría en razones sobre la persona del deudor.

En ese sentido, en este caso tampoco se mantiene la garantía cuando la posición contractual de adquirente la asume el retrayente.

(57) BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil*. Lima: Cuzco, 1998. p. 158.

(58) Robert Cooter y Thomas Ulen dicen que la confianza es óptima cuando la ganancia esperada derivada del cumplimiento es mayor que la pérdida esperada derivada del incumplimiento. (COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Op. cit.*; p. 250). Así pues, la norma del artículo 1598 del Código Civil, estaría tratando de llegar hacia una confianza óptima pero de manera impuesta, toda vez que el transferente no puede evitar el retracto.

(59) Nótese, además, que el artículo 1439 Código Civil antes referido tutela el efectivo ejercicio de la autonomía privada, es decir, que el sujeto que ha otorgado la garantía, que lo ha hecho por determinadas razones, pueda considerar si quiere o no garantizar al tercero retrayente. En otras palabras, lo tutelado por este artículo es que el otorgamiento de las garantías obedezca a un efectivo ejercicio de la autonomía privada, y que el otorgante tenga la posibilidad de tomar dicha decisión.

#### 4. La "obligación legal" de otorgar una garantía para el pago del precio pendiente

##### 4.1. Posturas civilistas

La segunda parte del artículo 1598 del Código Civil establece que en los contratos de enajenación aún sin garantía, es obligatorio para el retrayente el otorgamiento de una garantía para el pago del precio pendiente. La cuestión ahora es dilucidar si realmente estamos ante una obligación civil.

Max Arias-Schreiber sostiene que se trata de un supuesto de contrato forzoso, señalando, además, que la suficiencia de la garantía la determinará el juez<sup>(60)</sup>. No obstante, Mario Castillo Freyre señala que no puede ser un contrato forzoso ya que la figura del contrato forzoso es impuesto a ambas partes, y esta es una exigencia que se impone únicamente al retrayente. Además, el carácter forzoso de tal contrato dependería de que el enajenante exija la constitución de una garantía, pero en caso contrario, no existiría dicha obligación<sup>(61)</sup>.

Nótese que en todo momento, los autores antes citados presuponen en todo momento que se trata de una institución civil, en concreto de una obligación, que a veces puede ser de contratar.

Sin embargo, como señalamos en el numeral (ii) del párrafo 2 de la parte II de este trabajo, el retracto es un Derecho Justicial Material, por lo que no pueden darse en este ámbito del Derecho una obligación en el sentido del Derecho Civil<sup>(62)</sup>. En ese sentido, la "obligación de constituir una garantía por el precio pendiente" no es una figura que pertenezca al Derecho

Civil, es decir, no es una obligación civil, sino que debe ser encuadrado dentro del Derecho Justicial. Y eso es lo que haremos más adelante<sup>(63)</sup>.

##### 4.2. El otorgamiento de una garantía para el pago del precio pendiente, como un fenómeno del Derecho Justicial Formal (inadmisibilidad e interés para obrar)

Como se señaló en la parte I del presente trabajo, el Derecho Justicial regula las relaciones entre el sujeto de derecho y la justicia estatal. Si es el caso de que esta relación se ubica en una contexto de certidumbre o supuesto de certidumbre, estamos ante el Derecho Justicial Material, pero si estamos en un contexto de incertidumbre se está ante el Derecho Justicial Formal.

La diferencia entre uno y otro en cuanto al correcto entendimiento de la "obligación de otorgar una garantía para el pago del precio pendiente", dependerá de que si debe esperarse el momento de la sentencia para que se evalúe el cumplimiento de tal prescripción normativa por parte de retrayente; o que tal circunstancia será apreciada en una fase procesal anterior.

A este respecto, con referencia al retracto el Código Procesal Civil señala lo siguiente:

"Artículo 495 del Código Procesal Civil.- Requisitos y anexos especiales.

Además de cumplir con los artículos 424 y 425, la demanda debe estar anexada con el certificado de depósito en dinero del equivalente de la prestación recibida por el enajenante, los tributos y los gastos pagados por el adquirente y, en su caso, los intereses debidos por este y que se hubieran devengado.

(60) ARIAS-SCHREIBER, Max. *Op. cit.*; p. 151. Esta opinión es contradictoria ya que si se tratara de una obligación civil, no se requeriría que el juez la determine la suficiencia del mismo, en principio.

(61) CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la Venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia universidad católica del Perú, 2000. p. 370.

(62) Aun cuando el retracto fuera de naturaleza civil (o material), cosa que sostienen todos los autores citados en este trabajo (ya sea de manera explícita o implícita), la denominada "obligación" de otorgar una garantía tampoco sería en realidad tal. La razón es que aun cuando fuera una obligación, la prestación de otorgar garantía sería una de hacer, pero para que esta prestación esté plenamente determinada faltaría decir de qué garantía específica se trata, para lo cual existen varias posibilidades: carta fianza, fianza, prenda (civil, mercantil), hipoteca, warrant o anticresis. Pero no basta con que se indique uno de los tipos de garantía antes señalados; ya que todavía faltará determinar las condiciones propias de cada tipo de garantía, las mismas que no vienen dadas por la ley. Esto hace que sin dudas no se pueda hablar de una obligación de otorgar una garantía para el pago del precio pendiente, ya que de lo establecido en el artículo 1598 del Código Civil no es posible determinar el contenido de dicha garantía (así el artículo 1415 del Código Civil señala lo siguiente: "El compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo"), por lo que tal obligación sería indeterminable. Si fuera a sostenerse la tesis de la naturaleza civil (de Derecho Material) del retracto, cosa que nosotros negamos, podría en todo caso pensarse que la "obligación" antes referida en realidad sería una carga. Es decir, una situación jurídica de desventaja activa que importa la necesidad de ofrecer el otorgamiento de una garantía para el pago del saldo del precio, y que en caso de incumplimiento, el ejercicio del derecho potestativo de retracto sería ineficaz; siendo, además, que tal situación jurídica está en función del interés legítimo que tiene el enajenante en que el retrayente ofrezca garantía del cumplimiento del pago del precio pendiente.

(63) Asimismo, el hecho que el artículo 1598 del Código Civil haya sido derogado, es un argumento más para descartar las tesis civilistas sobre la naturaleza de esta "obligación".

Si en la transferencia se pactó plazo para el pago del saldo, el retrayente otorgará garantía suficiente, a criterio del juez, dentro de segundo día”.

La aplicación del segundo párrafo del artículo 495 del Código Procesal Civil implica que la demanda ya haya sido presentada. Ante ello, debemos plantearnos la siguiente pregunta: ¿es el segundo párrafo del artículo 495 del Código Procesal Civil un desarrollo del artículo 1598 del Código Civil?

Ambas normas en su supuesto de hecho coinciden en un punto, a saber: ya hay un contrato de enajenación cuyo pago de precio se ha diferido. La diferencia está en que la norma civil considera también la situación de que en el contrato de enajenación, objeto del retracto, no se ha previsto garantía alguna. Por lo tanto, puede decirse que la norma procesal es más amplia que la civil. Asimismo, por ser una norma posterior la norma procesal, se ha producido la derogación tácita de la civil.

En consecuencia, la norma que regula las garantías en el retracto en los contratos de enajenación a plazos, es el artículo 495 del Código Procesal Civil.

Ahora, sobre la cuestión de la fase procesal en que esta “obligación” debe cumplirse, debe tenerse en cuenta, además, lo establecido en el artículo 426 del Código Procesal Civil, que dice lo siguiente:

“Artículo 427 del Código Procesal Civil.- Improcedencia de la demanda.

El juez declarará improcedente la demanda cuando:  
(...)

2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar”;

Como puede verse, el cumplimiento del otorgamiento de la garantía se debe dar en la fase postulatoria del proceso, momento en el que el Derecho Justicial Material y el Derecho Material son inciertos<sup>(64)</sup>. Por lo tanto, la naturaleza de esta imposición legal es

procesal, que aún cuando tenga que ver el Derecho Justicial Material del retrayente, pertenece a un contexto de incertidumbre<sup>(65)</sup>.

Por otra parte, esta situación, nos hace pensar que la regulación del retracto no es la adecuada, ya que si el retrayente debe otorgar una garantía en un momento en el que el juez aún no sabe a ciencia cierta las características reales del contrato de enajenación, ni si le asiste el derecho al retrayente; ¿con qué criterio señalará la suficiencia de la garantía de saldo del precio? A nuestro criterio, tal requisito debió haberse impuesto en la fase de ejecución de la sentencia, cuando ya se conozca la certidumbre del Derecho Material y del derecho justicial material.

En todo caso, como se dijo, no se trata de una obligación civil, sino de una institución procesal que afecta la admisibilidad de la demanda de retracto, y que se vincula con el interés para obrar, ya que importa una exigencia para el retrayente a fin de que su interés sea merecedor de la tutela jurisdiccional<sup>(66)</sup>.

## 5. Conclusiones

Como se ha apreciado a lo largo del presente trabajo, el perspectivismo jurídico es un concepto de gran utilidad para la explicación de las instituciones jurídicas. Así, hemos visto que el ordenamiento jurídico no es una realidad unidimensional sino tridimensional, siendo que cada dimensión constituye un tipo de ordenamiento específico, a saber: (i) Derecho Material, (ii) Derecho Formal o Procesal, y (iii) Derecho Justicial Material.

Solo con esas distinciones es que es posible determinar la correcta ubicación del derecho de retracto, que es como se señaló un Derecho Justicial Material. Asimismo, hemos demostrado que la “obligación” de constituir una garantía por el saldo del precio no es

(64) Por otra parte, nótese que si el demandante no cumple con el otorgamiento de la garantía para el pago del precio pendiente, el juez deberá disponer la improcedencia de la demanda. Entonces se trata de una carga procesal. “La antítesis del derecho procesal es la carga procesal, es decir, la necesidad de prevenir un perjuicio procesal, y en último término, una sentencia desfavorable mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativos del propio interés”. (GOLDSCHMIDT, James. *Op. cit.*; p. 82). Asimismo: CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I: *Introducción y función del proceso civil*. Traducido por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944. p. 65; *Teoría General del Derecho*. Traducido del italiano por Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho peruano, 1955. p. 223. MICHELLI, Gian Antonio. *La Carga de la prueba*. Traducido del italiano por Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1989. pp. 89 y ss. Este último habla que la carga procesal, a diferencia de la civil, es un supuesto de autorresponsabilidad del ejercicio de situaciones de libertad.

(65) Nótese que si el demandante que aduce ser retrayente no cumple con otorgar una garantía a satisfacción de juez, éste declarará improcedente la demanda por falta de interés para obrar.

(66) Para Enrico Tulio Liebman el interés para obrar es la relación de utilidad que existe entre la providencia jurisdiccional solicitada y la tutela a la situación jurídica cuya tutela está siendo planteada en el proceso. (TULLIO LIEBMAN, Enrico. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 147).

una obligación civil, ya que la prestación no es posible de ser determinada, y que tiene una naturaleza procesal (siendo esta la principal razón).

Finalmente, vimos que la manera cómo se regula este otorgamiento de garantía no es la adecuada ya que es inconsistente. Efectivamente, como se dijo, no

es razonable que un juez determine la garantía necesaria para cubrir el saldo del precio, en una fase procesal (postulatoria) en la que se desconoce totalmente tanto el Derecho Material como el Derecho Justicial Material del retracto, es decir, que el juez desconoce si el demandante es titular o no del derecho de retracto. ㄸ

MIRANDA & AMADO  
ABOGADOS