

DERECHO DE RETRACTO

Manuel de la Puente y Lavalle*

El artículo 1592 del Código Civil establece lo siguiente:

«Artículo 1592.- 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.

El retrayente debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los intereses pactados.

Es improcedente el retracto en las ventas hechas por remate público».

La definición contenida en este artículo es bastante completa pues destaca las siguientes características del derecho de retracto:

En el presente artículo el doctor Manuel de la Puente y Lavalle analiza los aspectos más saltantes del derecho de retracto, institución que se describe en el artículo 1592 de nuestro Código Civil, según el cual 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. Es así que el autor analiza las diferentes teorías que sobre la naturaleza jurídica, nomenclatura o carácter del derecho de retracto ha elaborado la doctrina, incidiendo especialmente en los diversos supuestos de aplicación que prevé nuestro Código Civil para dicho derecho.

1.- Es un derecho otorgado por la ley; no puede crearse convencionalmente.

2.- Sólo gozan del derecho determinadas personas, señaladas taxativamente por la ley.

3.- El derecho consiste en la subrogación de estas personas en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa.

4.- Quien ejerce el retracto debe reembolsar al comprador los conceptos indicados en el segundo párrafo del artículo.

* Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú

CONCEPTO

Tal como dice Manresa¹, es «un derecho que tiende a convertir en verdadero adquirente a aquel a quien el retracto le corresponde. Salvo en lo que se refiere a la diferencia de persona, 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».

La ley crea el derecho de retracto y lo pone a disposición del retrayente, que es un tercero calificado, correspondiendo a éste activar o no tal derecho en su favor cuando el propietario del bien proceda a enajenarlo. Si el retrayente se decide a hacerlo se coloca en el lugar del comprador en el previo contrato de compraventa, sin que se modifiquen las estipulaciones de este contrato, salvo en lo relativo al cambio de personas.

Bigio² dice, con razón, que el retracto no limita el derecho de disposición del enajenante sino el derecho de propiedad de quien lo adquiere por compraventa. Fundamenta su opinión en que el propietario del bien ejercita libremente su legítimo derecho de transferir su propiedad a un tercero que adquiere la calidad de comprador. Sólo después de adquirido el derecho a la propiedad por el comprador, este derecho se ve afectado por el ejercicio del derecho de retracto por parte del retrayente, cuyo efecto es la subrogación del comprador por el retrayente.

Piensa Albaladejo³ que establecer esta secuencia constituye, en el fondo, ganas de hacer y deshacer,

ya que si, en definitiva, se concede a alguien el derecho de adquisición respecto de cierta cosa, parece preferible que no tenga que esperar a que ésta se haya enajenado, para entonces reclamarla, sino concederle la facultad (y establecer las oportunas disposiciones para que tenga efectividad) de que pueda hacérsela transmitir antes que aquél a quien se proyectaba enajenarla.

Esta opinión, si bien descansa en una razón de orden práctico, desconoce la naturaleza jurídica del retracto, pues siendo un derecho de subrogación se requiere que el comprador adquiera el bien para que después el retrayente ocupe su lugar en el contrato de compraventa. Si el retrayente pudiera adquirir el bien directamente del propietario, se trataría de un derecho similar al de tanteo o de preferencia y no de un derecho de retracto.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Para tener una cabal concepción de la institución del retracto conviene conocer sus antecedentes.

Según Castán⁴ y Badenes⁵, el retracto legal tiene un origen muy antiguo, situándose concretamente en el Antiguo Testamento*. Sin embargo, el retracto legal no fue conocido en el Derecho romano, debido a que uno de sus principios cardinales entroncados a la concepción absolutista de la propiedad era precisamente el de la máxima libertad en la compraventa.

El retracto legal, o *ius prothomiseos*, obtuvo gran difusión en el Derecho intermedio, especialmente en algunas regiones de España, Francia e Italia, siendo objeto de numerosos estudios. Posteriormente Pothier, en su «Tratado de retractos», definió el retracto como conferente a sus titulares el derecho de tomar el negocio de otros y convertirse en adquirente en su lugar, definición que, según Ghestin y Desché⁶,

¹ MANRESA y NAVARRO, José María. Comentarios al Código civil español. Madrid: Reus S.A., 1967, Tomo X, Volumen I, pág. 495.

² BIGIO CHREM, Jack. Exposición de Motivos Oficial del Código civil- Derecho de retracto. Separata Especial del diario oficial «El Peruano» de 26 de noviembre de 1990, pág. 6.

³ ALBALADEJO GARCIA, Manuel. Derecho civil. Barcelona: Librería Bosch, 1958, Tomo III, Volumen II, pág. 332.

⁴ CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho civil español, común y foral. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954, Tomo IV, pág. 159.

⁵ BADENES GASSET, Ramón. El contrato de compraventa. Barcelona: Librería Bosch, 1979, Tomo II, pág. 980.

* En el capítulo XXV del Levítico se encuentran los siguientes párrafos: «Habló el Señor a Moisés en el Monte Sinaí, diciendo... la tierra asimismo no se venderá para siempre, por cuanto es mía y vosotros sois advenedizos y colonos míos, y así todo el terreno de vuestra posesión se venderá con la condición de redimible; si, empobrecido tu hermano vendiere su haciendilla, puede un pariente suyo, si quiere, redimir lo vendido por el otro; mas en caso de no tener parientes cercanos, si él mismo puede hallar el precio con que redimirla, se computarán los frutos caídos desde la venta, y pagará el resto al comprador, y con estos recobrará su posesión... El que vendiera una casa dentro de los muros de una ciudad, tendrá durante el año entero la libertad de redimirla... Las casas que los levitas tienen en las ciudades siempre se pueden redimir».

⁶ GHESTIN, Jacques y DESCHÉ, Bernard. La venta. Paris: Librairie Générales de Droit et de Jurisprudence, 1990, pág. 519.

continúa siendo válida en nuestros días. Cuentan los mismos autores que Mme. Saint-Alary-Houin reconoció la existencia de veinticinco clases de retractos.

El Código Napoleón restringió el número a tres, sin calificarlos formalmente, pero la doctrina y la jurisprudencia les han dado los nombres que han devenido tradicionales de retracto de indivisión, de retracto sucesoral y de retracto litigioso.

Entre nosotros, el Código Civil de 1852 definía el retracto como el derecho concedido por la ley a determinadas personas, expresamente enumeradas, de sustituirse en lugar del comprador, tomando para sí la cosa por el precio y las condiciones en que ésta fue transferida. El Código de 1936 no definió el retracto, limitándose a decir que no procede sino en los casos de venta o adjudicación en pago.

NATURALEZA JURÍDICA

Gran parte de la doctrina española⁷, tomando en consideración que el artículo 1.506 de su Código Civil dispone que 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, se pronuncia en el sentido de que el retracto legal da lugar a la resolución de la compraventa y la celebración de un nuevo contrato de la misma clase.

Sin embargo, tal como escribe Casals⁸ «en el retracto legal no existe resolución ninguna del 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 (resuelto). Porque el retrayente no recobra nada, ni el vendedor devuelve ningún precio. El contrato de venta inicial permanece inatacable por el retracto, no sufre rescisión (resolución) ninguna, puesto que ni el vendedor devuelve el precio que se ha adjudic-

cado 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 ocurriría en caso de rescisión (resolución), sino de 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».

Tomando en consideración que, como el artículo 1.521 del Código español establece, con notable incongruencia, que 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, otros autores de la misma nacionalidad⁹ opinan que se trata de un derecho de subrogarse en lugar del adquirente; es decir tiende a convertir en verdadero adquirente a aquel a quien el retracto corresponde.

Diego¹⁰ considera el retracto legal como una opción de compra de carácter real que la ley da a determinadas personas. La opción se ejercitará contra el comprador de la cosa, no contra el vendedor, y estará obligado a otorgar la correspondiente escritura de venta a favor del titular de la opción. Así, según él, conjugándolo con el mecanismo antedicho tan alejado de la tradicional idea de subrogación, se puede explicar la naturaleza del derecho que lo pone en movimiento.

Borrel y Soler¹¹ apuntan que constituye una novación impuesta por la ley donde cambia la persona del adquirente al que el enajenante había cedido la cosa, y, en lo demás, deja subsistente el contrato con todos los derechos, obligaciones y condiciones con que se había celebrado libremente; de modo que el retrayente se subroga en el lugar del primer comprador.

Cabe registrar una nueva concepción que abandona en principio tanto la idea de resolución como la de subrogación. Albaladejo¹² sostiene que en el retrac-

⁷ CASTÁN TOBEÑAS, José, op. cit., Tomo IV, pág. 159.

⁸ Cita de José LEÓN BARANDIARÁN. Contratos en el Derecho Civil peruano. Lima: Comisión Administradora del Fondo Editorial de la U.N.M.S.M., 1965, Tomo I, pág. 93.

⁹ MANRESA y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil español. Madrid: Reus S.A., 1967, Tomo X, Volumen I, pág. 495.

¹⁰ DIEGO, Felipe Clemente de. Instituciones de Derecho Civil español. Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín, 1959, Tomo II, pág. 219.

¹¹ BORREL y SOLER, Antonio. El contrato de compraventa según el Código civil español. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1952, pág. 264.

¹² ALBALADEJO GARCIA, Manuel, op. cit., Tomo III, Volumen II, pág. 342.

to, como quiera que el contrato entre el dueño de la cosa y el tercero se consumó ya por la entrega de la misma (que por ello cesó de ser de aquél y pasó a ser de éste), no es posible que el retrayente pueda ocupar en tal contrato el puesto del tercero, para que la transferencia de la cosa se realice a su favor en lugar de al de éste, sino que sólo es posible imponer una nueva transmisión del tercero al retrayente.

Ante esta variedad de planteamientos, el Código Civil peruano de 1984 ha optado claramente por la tesis de la subrogación, pues en su artículo 1592 establece, como se ha visto, que el derecho de retracto (se refiere al retracto legal) es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador.

Resulta así que intervienen en la subrogación tres personas: el primitivo propietario del bien, quien ha decidido voluntariamente enajenarlo; el comprador del bien, quien adquiere convencionalmente con el propietario su propiedad absoluta; y el retrayente, quien por mandato de la ley ocupa el lugar del comprador y adquiere todos los derechos de propiedad sobre el bien que emanan del contrato. Obsérvese que el retrayente no ocupa legalmente el lugar del propietario sino el lugar del comprador, de tal manera que subsiste el contrato de compraventa.

Los efectos del retracto son, pues, similares a los de la cesión de posición contractual, pues el retrayente ocuparía el lugar del seudocionario en el contrato de compraventa celebrado con el seudocedido. Sin embargo, tal como se indica en la Exposición de Motivos del artículo 1592 del Código Civil¹³, el retracto tiene su origen en la ley y la cesión de posición contractual lo tiene en la voluntad de las partes, aun cuando el retracto opera por impulso personal (el del retrayente). Además, tal como dice Bigio¹⁴, la cesión de posición contractual es un contrato trilateral que requiere el consentimiento del cedente, el cesionario y el cedido, lo cual no ocurre en el retracto. Asimismo, la cesión de posición contractual procede respecto de toda clase de contratos, en tanto que el retracto sólo tiene lugar en la compraventa, la dación en pago y, en algunos casos, en la permuta. En fin, la cesión de posición contractual

puede producirse en la persona de cualquiera de los contratantes, mientras que en el retracto la sustitución sólo opera respecto al comprador.

Esto hace pensar que, a semejanza de la cesión de posición contractual, por el retracto el retrayente no hace suyo un bien que estaba en poder del comprador sino que realmente ocupa el lugar de éste, o sea adquiere el derecho a que le sea transferida la propiedad del bien, esto es un derecho obligacional, y la recíproca obligación de pagar su precio en dinero, si es que no hubiera sido ya pagado en el momento de retraer.

NOMENCLATURA.

Dice Badenes¹⁵ 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 se 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.

Riaza¹⁶, 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

¹³ Código civil: Exposición de Motivos y Comentarios, Compiladora Delia REVOREDO de DEBAKEY. Lima: Okura Editores S.A., 1985, Tomo VI, pág. 239.

¹⁴ BIGIO CHREM, Jack, *op. cit.*, pág. 6.

¹⁵ BADENES GASSET, Ramón, *op. cit.*, Tomo II, pág. 978.

¹⁶ Cita de Gabriel GARCIA CANTERO. En: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1980, Tomo XIX, pág. 580.

retrocesión, si el contrato se mantiene eficaz, podrá llamársele 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 Bigio¹⁷ 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)*.

¹⁷ BIGIO CHREM, Jack, op. cit., pág. 5.

* Ignacio Izquierdo Alcolea, citado por Max Arias Schreiber, es partidario de conservar la denominación de derecho de retracto, por las siguientes razones:

«A nuestro modo de ver, hay razones para mantener la opinión de que no es un desatino gramatical el seguir llamando al retracto legal tal retracto, y esto sin ofender el lenguaje. En primer lugar, que aunque uno, 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 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. La palabra retraer se deriva sin duda de algún género 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, en definitiva la necesidad jurídica con que se efectúa la acción de traer. Esto ya es bastante para conservar la palabra retracto dentro de nuestra técnica con el significado que a la especie del legal es atribuido por nuestro ordenamiento jurídico positivo...».

«El término derecho de sustitución..., tiene muy serios inconvenientes, de los que, como más importantes, vamos a señalar solamente dos: 1) 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; y 2) y éste muy poderoso y digno de ser tenido en cuenta en toda ciencia, 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. La ciencia utiliza los conceptos como instrumentos y emplea vocablos para calificar estos conceptos, palabras que encierran en su seno una idea. Debe tender, pues, 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».

¹⁸ CASTILLO FREYRE, Mario. Tentaciones Académicas. Lima: Fondo Editorial de la P.U.C.P., 1998, Tomo II, pág. 974.

¹⁹ DIEGO, Felipe Clemente de, op. cit. Tomo II, pág. 515.

²⁰ ESPÍN, Diego. Manual de Derecho civil español. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, Tomo II, pág. 516.

²¹ GARCÍA CANTERO, Gabriel, op. cit., Tomo XIX, pág. 451.

Castillo¹⁸ 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.

CARÁCTER DEL DERECHO

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 Diego¹⁹ 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 determinada²⁰.

García Cantero²¹ expone algunas notas sobre la evolución de los modernamente denominados de-

rechos 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 Albaladejo²², 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 Espín²³ 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 Schreiber²⁴ 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, Diego²⁵, Espín²⁶, Albaladejo²⁷ y García Cantero²⁸, fieles a su concepción de los derechos reales de adquisición, otorgan carácter real al derecho de retracto. Asimismo Colin y Capitant²⁹ 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 una finalidad que afecta al interés social. Por su parte Castán Tobeñas³⁰ 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 artículo 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 Desche³¹ 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

²² ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, op. cit., Tomo III, Volumen II, pág. 330.

²³ ESPÍN, Diego, op. cit., Tomo II, pág. 516.

²⁴ ARIAS-SCHREIBER, Max, op. cit., Tomo II, pág. 143.

²⁵ DIEGO, Felipe Clemente de, op. cit. págs. 220 y 515.

²⁶ ESPÍN, Diego, op. cit. Tomo II, pág. 519.

²⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, op. cit., Tomo III, Volumen II, pág. 330.

²⁸ GARCÍA CANTERO, Gabriel, op. cit., Tomo XIX, pág. 496.

²⁹ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Curso elemental de Derecho Civil. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955, Tomo IV, pág. 280.

³⁰ CASTAN TOBEÑAS, José, op. cit., Tomo IV, pág. 160.

³¹ GHESTIN, Jacques y DESCHE, Bernard, op. cit., pág. 556.

objeto una cosa, mueble o inmueble, él no está atado a la cosa. En la doctrina nacional, Cornejo³², Palacio Pimentel³³, Bigio³⁴ y Arias-Schreiber³⁵ 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 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.

ACTOS A LOS QUE SE APLICA

Se ha visto que según el artículo 1592 del Código Civil, el derecho de retracto procede en el contrato de compraventa. El artículo 1593 del mismo Código agrega que también procede en la dación en pago.

Esto se justifica por cuanto el artículo 1266 del Código establece que si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa.

Surge el problema relativo a entender si la mención que hacen los artículos 1502 y 1593 tiene alcance restrictivo o si cabe aplicar el derecho de retracto a otros actos jurídicos.

Sostienen algunos autores, como Albaladejo³⁶, Manresa³⁷, Bello³⁸ y Castán Tobeñas³⁹, que los conceptos jurídicos de compraventa y dación en pago no están mencionados en sentido limitativo, de tal suerte que no sólo tratándose de ellos procede el retracto, sino que procede también siempre que se trate de una transmisión de dominio cuya especial naturaleza no impida la subrogación, que es sustancia del derecho que estudiamos.

Otro sector de la doctrina, en el cual cabe ubicar a Gómez Calero⁴⁰, González Poveda⁴¹, Borrel y Soler⁴² y Colin y Capitán⁴³, estima que las palabras del Código deben ser interpretadas restrictivamente.

Considero que el otorgamiento del derecho de retracto es una excepción al principio de la libertad de contratar consagrado en el artículo 1354 del Código Civil, por lo cual, en aplicación del artículo IV del Título Preliminar del mismo Código, los artículos 1592 y 1593 no pueden ser aplicados por analogía.

Sin embargo, un caso especial está constituido por la permuta, para la cual el artículo 1603 del Código Civil establece expresamente que se rige por las disposiciones sobre compraventa, en lo que sean aplicables. Para la aplicación de las reglas sobre el derecho de retracto a la permuta será preciso que la prestación a cargo del permutante (seudocomprador) sea una de dar bienes fungibles, a fin de que el retrayente esté en aptitud de entregar al permutante (seudocomprador) el equivalente de lo que él a su vez entregó a su contraparte (seudoven-

³² CORNEJO, Angel Gustavo. Exposición sistemática y comentarios - De los contratos en general. Lima, 1938, pág. 239.

³³ PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Elementos de Derecho civil peruano. Lima: Tipografía SESATOR, Tomo II, pág. 92.

³⁴ BIGIO CHREM, Jack, op. cit, pág. 5.

³⁵ ARIAS-SCHREIBER, Max, op. cit., Tomo II, pág. 142.

³⁶ ALBALADEJO GARCIA, Manuel, op. cit. Tomo III, Volumen II, pág. 337.

³⁷ MANRESA y NAVARRO, José María, op. cit., Tomo X, Volumen I, pág. 496.

³⁸ BELLO JANEIRO, Domingo. El retracto de comuneros y colindantes del Código Civil. Navarra: Editorial Aranzadi, 1995, pág. 33.

³⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José, op. cit., Tomo IV, pág. 158.

⁴⁰ GÓMEZ CALERO, cita de Ramón BADENES GASSET, op. cit., Tomo II, pág. 987.

⁴¹ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, Compraventa y opción de compra. Madrid: Actualidad Editorial S.A., 1994, pág.146.

⁴² BORREL y SOLER, Antonio, op. cit., pág. 267.

⁴³ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., op. cit., Tomo IV, pág. 278.

dedor). Son de esta opinión los autores nacionales Bigio⁴⁴ y Arias-Schreiber⁴⁵.

Pese a que, como se acaba de ver, hay tres actos jurídicos en los cuales procede el ejercicio del derecho de retracto, o sea la compraventa, la dación en pago y, en ciertos casos, la permuta, en el curso del presente artículo se va a hablar exclusivamente del contrato de compraventa, siendo entendido que con ello se está haciendo referencia también a la dación en pago y a la permuta.

BIENES MATERIA DEL CONTRATO

Según el artículo 1595 del Código Civil, el derecho de retracto procede respecto de bienes muebles inscritos y de inmuebles.

Existe una falta de precisión en este artículo pues no siendo el retracto un derecho real, no puede afectar directamente el bien. En otras palabras, si el derecho de retracto supone la subrogación del retrayente en el lugar del comprador, por lo cual queda ligado al vendedor con una relación contractual, lo que se requiere es que el bien materia del contrato de compraventa en el que se opera la subrogación sea un mueble inscrito o un inmueble.

Salvada tal imprecisión, debe decirse que el Código Civil peruano, recogiendo la tendencia moderna de la doctrina, comprende en el retracto a los muebles e inmuebles. Sin embargo, respecto de aquellos, con criterio bastante discutible, limita su aplicación a los muebles inscritos.

Pienso que debido a la gran difusión que modernamente han experimentado los patrimonios mobiliarios, no resulta adecuada esta limitación, sobre todo para el retracto entre copropietarios, que es el más común por razones hereditarias, pues son relativamente escasos los muebles inscritos (se entiende en los registros públicos).

NACIMIENTO DEL DERECHO DE RETRACTO

La opinión más generalizada es que el derecho de retracto nace en el momento en el momento que se celebra el contrato de compraventa o sus sucedáneos.

Empero, Albaladejo⁴⁶ sostiene que el derecho de adquisición preferente (el cual incluye el retracto) existe sobre la cosa desde que se establece, lo cual puede parecer una perogrullada, pero que tiene la utilidad de hacer notar que no es que tal derecho surja cuando aquella se enajena, sino que, existiendo desde antes (desde que se constituyó por disposición de la ley), permite que se le haga valer cuando tal enajenación se realiza (o se prepara). Agrega que por cuanto dicho derecho se instauró precisamente para que operase si tal hecho se producía y cuándo se produjese, y no mientras se produce, el derecho no surte efecto en su fase adquisitiva. Termina diciendo que así, pues, la enajenación no es la que da nacimiento al derecho de adquisición, sino que es el hecho que hace operante el derecho de adquisición preexistente.

Convengo con este planteamiento de Albaladejo (aunque otorga carácter real al derecho de retracto, con lo cual discrepo) porque, en realidad, el derecho de retracto nace desde que la ley lo establece, puesto que existe desde ese momento, y sólo se actualiza mediante la celebración del contrato de transferencia.

EFFECTOS DEL DERECHO DE RETRACTO

Por razón del ejercicio del derecho de retracto se producen los siguientes efectos:

1.- La sustitución del comprador por el retrayente en el contrato de compraventa, de tal manera que las partes en este contrato quedarán conformadas por el vendedor y el retrayente.

2.- La obligación del retrayente de reembolsar al comprador el precio que éste pagó al vendedor, los tributos y gastos pagados por el comprador y, en su caso, los intereses pactados.

DIFERENCIA CON EL PACTO DE RETROVENTA

Según Navarro⁴⁷, González Poveda⁴⁸ y García Cantero⁴⁹, las diferencias entre el retracto y el pacto de retroventa, llamado por la doctrina española «retracto convencional», son las siguientes:

⁴⁴ BIGIO CHREM, Jack, op. cit., pág. 7.

⁴⁵ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, op. cit., Tomo II, pág. 145.

⁴⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, op. cit., Tomo III, Volumen II, pág. 336.

⁴⁷ NAVARRO PEREZ, José Luis. La compraventa civil. Granada: Editorial Comares, 1993, pág. 732.

⁴⁸ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, op. cit., pág. 146.

⁴⁹ GARCÍA CANTERO, Gabriel, op. cit., Tomo XIX, pág. 583.

1.- En cuanto a los sujetos, en la retroventa intervienen normalmente dos sujetos, que son, en principio, los mismos que celebraron la compraventa base, aunque ocupando posiciones jurídicas opuestas; así el vendedor readquiere la cosa por él vendida mientras que el comprador debe cooperar al ejercicio de esta facultad recuperatoria. En el retracto, en cambio, son tres las personas que median: el vendedor que enajena una cosa de su patrimonio sin propósito alguno de retraerla; el comprador que en esa inteligencia celebra el contrato de compraventa; y una tercera persona, el retrayente, a quien la ley concede el derecho preferente de subrogarse en el lugar del comprador, siempre que éste no sufra por ello mayores agravios. Tan esencial es la presencia de las tres categorías indicadas, que no se concibe el retracto sin su intervención.

2.- En la retroventa la preferencia adquisitiva es, propiamente, una facultad de readquisición, mientras que en el retracto es pura facultad adquisitiva.

3.- En la retroventa es una reserva que el vendedor hace en la compraventa básica, mientras que en el retracto es una facultad atribuida por la ley a alguien que no tuvo ninguna intervención en la compraventa básica.

DIFERENCIAS CON EL DERECHO DE TANTEO

El artículo 989 del Código Civil establece lo siguiente:

«Artículo 989.- Los copropietarios tienen el derecho de preferencia para evitar la subasta de que se trata en el artículo 988 y adquirir su propiedad, pagando en dinero el precio de tasación en las partes que correspondan a los demás copartícipes».

Este derecho de preferencia, más conocido con el nombre de derecho de tanteo, tiene ciertos puntos de contacto con el derecho de retracto entre copropietarios de que trata el inciso 2. del artículo 1599 del Código Civil, pero se diferencia de éste en lo siguiente:

1.- El derecho de tanteo tiene carácter real, mientras que el derecho de retracto es personal.

2.- El derecho de tanteo se dirige contra el copropietario que pretenda vender, mientras que el derecho de retracto se dirige contra el comprador después de efectuada la venta.

CARÁCTER IRRENUNCIABLE E INTRASMISIBLE ENTRE VIVOS

El artículo 1626 del Proyecto de Código Civil aprobado por la Comisión Reformadora establecía que el derecho de sustitución no puede transferirse ni pasar a los herederos.

La Comisión Revisora substituyó este artículo por el que después fue artículo 1595 del Código Civil, según el cual es irrenunciable e intransferible por acto entre vivos el derecho de retracto.

Bigio⁵⁰, a quien la Comisión Revisora confió la redacción final del derecho de retracto, dice que respecto al carácter irrenunciable del retracto, la regla se justifica en el interés del legislador de evitar la burla en el ejercicio del retracto que se podría efectuar a través de renunciaciones anticipadas o posteriores a la compraventa, lo que no obsta para que un retrayente potencial se abstenga de ejercer el derecho.

En cuanto al agregado de la frase «por acto entre vivos» el mismo jurista lo sustenta en que se permite la transmisión hereditaria del derecho de retracto, ya que siendo este derecho transmisible a los herederos, éstos lo adquieren al fallecimiento del causante, sin solución de continuidad. Agrega que cabe indicar que el derecho de retracto es transmisible a los herederos en el caso de que todavía no se hubiera ejercido por el causante (siempre que el plazo para interponerlo no hubiera caducado), y en el proceso de retracto que se estuviera siguiendo al fallecimiento de éste, el cual puede ser continuado por sus herederos.

Realmente no puedo compartir esta sustentación. El derecho de retracto es personal y sólo puede ser ejercido por determinadas personas que ostentan ciertas calidades expresamente establecidas por el artículo 1599 del Código Civil. Ello obedece a que el derecho de retracto es una excepción al principio de la libertad de contratar, que se justifica por la especial situación en que se encuentran tales personas con relación a los bienes que son materia de la compraventa.

Los herederos de las personas taxativamente relacionadas en el artículo 1599 no tienen necesariamente que poseer las mismas calidades de sus causantes, por lo que no es procedente que gocen del mismo derecho que éstos. Si por razón de la herencia los herederos adquieren la propiedad de los bienes

⁵⁰ BIGIO CHREM, Jack, op. cit., pág. 5.

materia de la compraventa, gozarán del derecho de retracto por esta razón y no por ser herederos de quienes ostentan tal derecho.

Convendría, pues, volver a la fórmula del artículo 1626 del Proyecto de Código Civil aprobado por la Comisión Reformadora, que es similar al artículo 1448 del Código Civil de 1936.

PLAZO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE RETRACTO

El artículo 1596 del Código Civil establecía lo siguiente:

«Artículo 1596.- El derecho de retracto debe ejercitarse dentro del plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho o del aviso inserto en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales del lugar de situación de los bienes, salvo disposición distinta de las leyes especiales».

Este artículo ha sido modificado por el Decreto Legislativo 768, quedando con el siguiente texto:

«Artículo 1596.- El derecho de retracto debe ejercerse dentro de un 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 notificación».

La modificación introducida por el Decreto Legislativo 768 tiene la ventaja de que no se deja a la elección del comprador la comunicación de fecha cierta o el aviso por periódico, sino que se establece en primer lugar la comunicación de fecha cierta y sólo si el domicilio de la persona que goza del derecho de retracto no es conocido ni conocible (se entiende por el comprador) procederá la publicación por periódicos.

El primer problema que surge respecto a esta disposición es si se trata de un plazo civil o uno procesal. El asunto es importante desde que según el artículo 163 del Código Civil, el plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles, mientras que el artículo 147 del Código Procesal Civil dispone que para el cómputo del plazo no se consideran los días inhábiles.

Arguyen algunos que se trata de un plazo procesal por cuanto rige para la interposición de la demanda de retracto. Sin embargo, la gran mayoría de los autores, entre quienes puede citarse a Colin y Capitant⁵¹, Badenes⁵², García Cantero⁵³, Albaladejo⁵⁴ y Navarro⁵⁵, consideran que es un plazo civil, desde que se aplica para el ejercicio de un derecho, sin que ello tenga en modo alguno relación con el acceso a los órganos judiciales a los efectos de obtener una resolución judicial.

Otro problema es el relativo a si se trata de un plazo de prescripción o uno de caducidad, que también tiene importancia por cuanto este último no admite interrupción ni suspensión y, además, la caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque sea inhábil.

La doctrina consultada es unánime en el sentido que el plazo señalado en el artículo 1586 del Código Civil es de caducidad.

CONOCIMIENTO DE LA TRANSFERENCIA

El artículo 1597 del Código Civil, tal como ha sido modificado por el Decreto Legislativo 768, dice así:

«Artículo 1597.- Si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio diferente del indicado en el artículo 1596, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento. Para este caso, la presunción contenida en el artículo 2012 solo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia».

Según el artículo 2012 del Código Civil, se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona

⁵¹ COLIN, Abrosio y CAPITANT, H., op. cit., Tomo IV, pág. 294.

⁵² BADENES GASSET, Ramón, op. cit., Tomo II, pág. 1033.

⁵³ GARCÍA CANTERO, Gabriel, op. cit., Tomo XIX, pág. 632.

⁵⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, op. cit., Tomo III, Volumen II, pág. 348.

⁵⁵ NAVARRO PÉREZ, José Luis, op. cit., pág. 761.

tiene conocimiento del contenido de las inscripciones en los registros públicos.

Este último artículo adolece de un error técnico, pues de acuerdo con la doctrina moderna las llamadas presunciones legales *iuris et de iure*, o sea que no admiten prueba en contrario, no son sino disposiciones legales de cumplimiento obligatorio. Dice Serra Domínguez⁵⁶ que en realidad es unánime, ya desde el siglo pasado, el repudio doctrinal de las presunciones «*iuris et de iure*». Son rarísimos los autores que admiten la existencia real de tales presunciones, y más raros aún los que intentan defender su utilidad*.

En realidad, el artículo 2012 del Código Civil debió decir: «Debe entenderse que toda persona tiene conocimiento de las inscripciones.». En el mismo sentido, la redacción de la última frase del artículo 1597 del mismo Código debió ser: «Para este caso, el artículo 2012 sólo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia».

Lo que no se explica es la supresión del segundo párrafo del primitivo artículo 1597, que establecía que la carga de la prueba del conocimiento del acto corresponde al demandado. Si toca al comprador poner en conocimiento de los posibles retrayentes la adquisición que ha efectuado, lo lógico es que sea de su cargo la probanza del conocimiento por medio distinto del indicado en el artículo 1596.

APLAZAMIENTO DEL PAGO DEL PRECIO

El artículo 1598 del Código civil dice así:

«Artículo 1598.- 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».

Según León Barandiarán⁵⁷, 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 consig-

nación del precio. Pero si la venta es a plazos, por el precepto 1447 (del Código Civil de 1936, que es similar al artículo 1598 del Código Civil de 1984) se le impone una obligación que puede no haber asumido el comprador: la prestación de garantía por el precio no pagado (total o parcialmente). Se trata de una garantía forzosa. La garantía será una suficiente, a juicio del juez. Si no se ofrece la necesaria garantía, el retracto no prospera. La razón por la cual debe el retrayente prestar garantía, es obvia: el vendedor puede haber dispensado al comprador de la prestación de la garantía, a virtud de conocer al último y tener confianza en su solvencia y circunspección. Tal puede no ser el caso en lo que hace a la opinión que puede tener el vendedor en cuanto a la persona del retrayente.

TITULARES DEL DERECHO DE RETRACTO

El artículo 1599 del Código Civil establece lo siguiente:

«Artículo 1599.- Tienen derecho de retracto:

1. El arrendatario, conforme a la ley de la materia (este inciso ha sido derogado por la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo 757).
2. El copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas.
3. El litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente.
4. El propietario, en la venta del usufructo y a la inversa.
5. El propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos.
6. Los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor.

⁵⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1981, Tomo XVI, Volumen II, pág. 614.

* Indica Serra Domínguez que la gran mayoría de los procesalistas niegan actualmente toda validez y utilidad al concepto de las presunciones legales absolutas, a las que llegan a considerar como irritantes, y como herencia del pasado. Guasp afirma de modo tajante que las presunciones «*iuris et de iure*» nada tienen que ver en realidad con el concepto de presunción, siendo ajenas por completo al derecho de la prueba: se trata de auténticas normas jurídicas que por un erróneo enfoque, debido casi siempre a razones históricas, reciben esta incorrecta formulación. Análogamente Prieto Castro señala con acierto que toda presunción técnica es según la terminología antigua una presunción «*iuris tantum*», y que la presunción «*iuris et de iure*», creada por los glosadores, repugna a la esencia de la figura y se enlaza íntimamente con la ficción. Para Fenech dicha categoría se encuentra situada en las regiones de la entelequia.

⁵⁷ LEÓN BARANDIARÁN, José, op. cit., Tomo I, pág. 95.

7. El propietario de la tierra colindante, cuando se trata de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquélla y ésta reunidas no excedan de dicha unidad».

a) Retracto del copropietario

Serrano⁵⁸ ha descrito gráficamente el fundamento del retracto de copropietarios con las siguientes palabras: «El estado de copropiedad es abonadísimo para producir consecuencias funestas en lo económico, en lo jurídico y aun en lo moral. Es propio de él la coadministración, y cuando varias personas administran una cosa, el rendimiento de ésta no llega generalmente a donde llegaría si el administrador fuese único. Padece la economía, porque, con la administración por varios, los gastos crecen y el aprovechamiento es más descuidado. Antijurídica resulta también la copropiedad, porque los antagonismos entre los condueños y coadministradores, con frecuencia originan pleitos. No pocas veces es dañosa a la moral, pues por causa de la copropiedad menudean las ocasiones de choque, las rencillas, los conflictos, las luchas, hay vencedores y vencidos, satisfechos aquéllos, humillados éstos, arrogantes y despectivos los unos, envidiosos los otros. De ahí que el interés público recomiende instituciones como la del retracto de comuneros, normas como las de no obligar a ningún copropietario a permanecer en la indivisión, providencias cuál la de declarar imprescriptible la acción *communi dividundo*, porque todo ello tiende a facilitar el cese del nada deseable estado de copropiedad».

Los requisitos para que proceda el retracto de copropietario son los siguientes:

- 1.- Que se celebre un contrato de compraventa (o de permuta de bienes fungibles o una dación en pago).
- 2.- Que el bien materia de la compraventa esté en copropiedad, o sea que, según el artículo 969 del Código civil, pertenezca por cuotas ideales a dos o más personas.
- 3.- Que una o más de estas cuotas ideales pertenezca al retrayente.
- 4.- Que el vendedor sea un copropietario.

5.- Que el comprador sea un tercero extraño a la copropiedad.

Debe tenerse presente que los bienes sociales en el régimen de sociedad de gananciales no pertenecen en copropiedad a los cónyuges sino en propiedad exclusiva a la sociedad de gananciales. Los cónyuges sólo son copropietarios de los gananciales como consecuencia del fenecimiento de la sociedad de gananciales.

b) Retracto del litigante

Sostiene Bigio⁵⁹, con razón, que se concede el retracto no sólo a favor del demandado, sino también del demandante, ya que bien puede ocurrir que la venta sea efectuada por quien ha sido demandado en vía de petición de herencia, nulidad o rescisión de contrato, etc., de tal manera que el vocablo «litigante» comprende a todo aquel que sea parte en un proceso.

Se requiere que el proceso verse sobre la propiedad del bien.

c) Retracto del propietario en la venta del usufructo

El inciso 4, del artículo 1599 del Código Civil, a semejanza de los incisos 2, 5 y 6 del mismo artículo, está orientado a la consolidación de la propiedad.

Dice León Barandiarán⁶⁰ que la idea de conceder al propietario la posibilidad de ser retrayente en la venta del usufructo, y al contrario, es como un medio tendente a dar fin a esa situación de dominio incompleto o limitado. En una misma persona, el retrayente, se vienen a reunir los caracteres de usufructuario y propietario, los que antes se hallaban desdoblados en personas diferentes.

d) Retracto del propietario del suelo y del superficiario

El artículo 1030 del Código Civil dispone que puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la pro-

⁵⁸ Cita de Gabriel GARCÍA CANTERO, op. cit., Tomo XIX, pág. 598.

⁵⁹ BIGIO CHREM, Jack, op. cit., pág. 10.

⁶⁰ LEÓN BARANDIARÁN, José, op. cit., Tomo I, pág. 99.

piedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto.

El retracto concedido al dueño del suelo y al superficiario tiene igual finalidad que la del inciso anterior, o sea la consolidación de la propiedad, bien sea en manos del dueño del suelo o del superficiario.

e) Retracto de los propietarios de predios urbanos divididos en partes

Indica Arias-Schreiber⁶¹ que el inciso 6 del artículo 1599 se contrae a una situación que no es usual, y que Manuel Augusto Olaechea señalaba en su cátedra que se producía en aquellos casos en que existían quintas, siendo su objetivo hacer desaparecer por consolidación, la servidumbre o servicios comunes que vinculen a diversos predios urbanos.

Sobre el mismo tema León Barandiarán⁶² refiere que no es un caso de condominio, pues se habla de que los predios urbanos estén divididos materialmente en partes. Como no hay retracto por colindancia en cuanto a predios urbanos, el retracto considerado en este inciso reemplaza a aquél, aunque limitativamente, pues mientras en lo que concierne a predios rústicos el retracto es posible únicamente por la condición de rayanos de los inmuebles, haya o no servidumbres entre ellos, en cuanto a los predios urbanos es de necesidad la existencia de tales servidumbres (o servicios comunes). Pero de otro lado, en lo que hace a los predios urbanos es indiferente lo relativo a la cabida de ellos; lo que, por el contrario, es esencial en lo que respecta al retracto de fincas rústicas, por colindancia.

f) Retracto del propietario de tierra colindante

El inciso 7 del artículo 1599 del Código Civil peruano tiene su antecedente en el artículo 1.523 del Código Civil español. Según la Exposición de Motivos de este artículo⁶³, la finalidad del retracto de colindantes es facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propie-

dad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza.

Los requisitos para que proceda este retracto son los siguientes:

1. Que ambas fincas sean de naturaleza rústica, o sea que el carácter de finca rústica debe darse tanto en la parcela objeto de la venta como en la finca de propiedad del retrayente, pero es supuesto diferente el de la venta a un colindante cuya finca no sea rústica, pues en este caso, en opinión de Albaladejo⁶⁴, como el legislador no trata de que la finca vendida sea cultivada, sino que sólo se trata de que no siga siendo un minifundio, no hay obstáculo en admitir que tampoco procede el retracto, ya que se incorpora también a la finca vecina del comprador, aunque ésta sea urbana (por ejemplo, quería la contigua para extender su edificación o hacer a ésta un jardín).

García Cantero⁶⁵ discrepa de esta solución, y aunque el punto no está resuelto ni en la ley, ni en la jurisprudencia, entiende que la venta a un colindante apta para excluir el retracto debe tener una finalidad agraria; le parece muy significativo que la ley hable de «tierras» colindantes.

La doctrina⁶⁶ ha establecido que el predio rústico se distingue fundamentalmente del urbano: 1°. Por su situación o emplazamiento en el campo o en la población; 2°. Por el aprovechamiento o destino - explotación agrícola, pecuaria o forestal, frente a vivienda, industria o comercio-; 3°. Por la preponderancia de uno de estos elementos si ambos concurren en un mismo predio, o por la relación de dependencia que entre ellos exista.

Como criterio esencial cabe señalar que en la diferenciación hay que seguir un criterio exclusivamente civil, propio y autónomo de finca rústica.

2. Que las fincas sean colindantes.

Según Borrel y Soler⁶⁷, es requisito indispensable para que proceda el retracto entre colindantes que la

⁶¹ ARIAS-SCHREIBER, Max, op. cit., Tomo II, pág. 151

⁶² LEÓN BARANDIARÁN, José, op. cit., Tomo I, pág. 103.

⁶³ Cita de José CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., Tomo IV, pág. 162.

⁶⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, op. cit., Tomo III, Volumen II, pág. 359.

⁶⁵ GARCÍA CANTERO, Gabriel, op. cit., Tomo XIX, pág. 615.

⁶⁶ Cita de José Luis NAVARRO PÉREZ, op. cit., pág. 749.

⁶⁷ BORREL y SOLER, Antonio, op. cit., pág. 286.

finca del retrayente linde con la que se quiere retraer. No basta que estén próximas, sino que han de tener algún límite común; no sería suficiente que la primera finca lindase con otra que a su vez lindase con la segunda; porque en este caso estas dos no serían lindantes, sino que estarían separadas por la interpuesta entre ellas. El ser contiguas las dos fincas es lo que caracteriza y da nombre a este retracto. No es necesario que las dos fincas (la del retrayente y la que se retrae) tengan común en toda su extensión alguno de sus límites; pero tampoco bastaría, en rigor, que si una terminase en un ángulo, no tuviese con la vecina otro punto de contacto que el vértice, punto que matemáticamente no tiene extensión.

El artículo 1.523 del Código Civil español dispone que el derecho de retracto no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas.

Manresa⁶⁸ dice que si entre dos fincas existe servidumbre aparente en provecho de otras -arroyo, acequia, barranco, camino- es evidente que esas dos fincas no son colindantes, pues lejos de colindar, lindarán con el arroyo, con la acequia, con el barranco, con el camino, pero no entre sí, y, no siendo colindantes, es claro que no puede haber derecho de retracto.

3.- Que la cabida de la finca que se enajene no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando las fincas reunidas no excedan de dicha unidad.

Refiriéndose al inciso 5 del artículo 1450 del Código Civil de 1936, que es similar al inciso 7 del artículo 1599 del Código Civil de 1984, señala León Barandiarán⁶⁹ que su finalidad es procurar que no se mantenga una pulverización y minimización de la propiedad rústica, como el microfundio, acreciéndose, por el contrario, como consecuencia del retracto, los existentes. Pero la limitación en cuanto a la cabida tiende a evitar la formación de latifundios. Las dos condiciones señaladas en dicho inciso deben existir; esto es, en primer lugar, no puede haber retracto si el inmueble en que incide éste, excede de tres hectáreas (la unidad agrícola o

ganadera mínima respectiva), cualquiera que sea la extensión de la finca perteneciente al propietario colindante que retrae y, en segundo lugar, además de llenarse esta condición, es menester que sumadas las extensiones de ambos fundos no excedan de diez hectáreas (de la unidad agrícola o ganadera).

Nos dice Borrel y Soler⁷⁰ que «para resolver si procede el retracto de colindantes, debe atenderse a la condición de la finca al tiempo de perfeccionarse la venta; puesto que en el que medie entre la perfección y la consumación pueden haberse hecho obras que conviertan en urbana una finca rústica, para privar que prospere el retracto; pues los trabajos hechos por el mismo dueño vendedor o por el adquirente a raíz de concertarse la venta para variar la naturaleza de la finca en perjuicio del retrayente, no sólo son ineficaces, sino civilmente dolosos; por lo cual para calificar la finca de rústica o de urbana, hay que remontarse a averiguar lo que era al tiempo de perfeccionarse la venta; porque en otro caso podría quedar a merced de los contratantes hacer ilusorio el derecho de retracto del propietario colindante».

4.- Que la venta se haga a un extraño, no a otro propietario colindante que tenga el mismo interés.

Escribe García Cantero⁷¹ que el vendedor tiene en su mano la posibilidad de impedir el funcionamiento del retracto de colindantes, verificando la venta a un colindante, ya que la jurisprudencia ha declarado que este retracto sólo procede contra extraños, pero no contra otro colindante que tiene el mismo interés.

CARÁCTER RESTRICTIVO DE LA ENUMERACIÓN

Se ha visto en el rubro «Actos a los que se aplica», que el otorgamiento del derecho de retracto es una excepción al principio de la libertad de contratar consagrado en el artículo 1354 del Código civil, por lo cual, en aplicación del artículo IV del Título Preliminar del mismo Código, los artículos 1592 y 1593 no pueden ser aplicados por analogía.

Igual razón determina que la enumeración hecha en el artículo 1599 tenga carácter restrictivo, desde que

⁶⁸ MANRESA y NAVARRO, José María, op. cit., Tomo X, Volumen I, pág. 523.

⁶⁹ LEÓN BARANDIARÁN, José, op. cit., Tomo I, pág. 100.

⁷⁰ BORREL y SOLER, Antonio, op. cit., pág. 285.

⁷¹ GARCÍA CANTERO, Gabriel, op. cit., Tomo XIX, pág. 614.

se refiere a los casos en que puede ejercerse el derecho de retracto.

PREFERENCIA ENTRE RETRAYENTES

El artículo 1600 del Código Civil vigente tiene el tenor siguiente:

«Artículo 1600.- Si hay diversidad en los títulos de dos o más que tengan derecho de retracto, el orden de preferencia será el indicado en el artículo 1599».

Se soluciona así el problema que existe en otros ordenamientos extranjeros respecto de la dificultad para determinar un orden de preferencia para el ejercicio del derecho de retracto.

Arias Schreiber⁷² sostiene que el orden que establece el artículo 1599 no es justificado porque, para poner un ejemplo, el retracto del colindante merece menos importancia que el de los copropietarios, siendo así que sucede lo contrario, por razones obvias.

Me permito discrepar de la opinión de este jurista porque creo que, en el ejemplo propuesto, es más importante consolidar la propiedad que solucionar el problema de la minimización de los predios rústicos. Pienso que el orden señalado en el artículo 1599 responde a las necesidades que se trata de satisfacer con el derecho de retracto.

Esto respecto a la preferencia entre títulos de diversa naturaleza.

En lo relacionado con la preferencia entre títulos de la misma naturaleza, el Código Civil de 1936 establecía en su artículo 1454 que si varios comuneros intentan la acción de retracto, todos serán admitidos y adquirirán la parte retraída en proporción de su haber en la cosa común. El Código Civil de 1984 no tiene una disposición similar, pero debe estimarse que habrá que llegar a la misma solución, por ser la más lógica.

Sobre el particular Castillo⁷³ sugiere que el artículo 1600 del Código Civil tenga la siguiente redacción:

⁷² ARIAS-SCHREIBER, Max, op. cit., Tomo II, pág. 152.

⁷³ CASTILLO FREYRE, Mario, op. cit., pág. 977.

⁷⁴ BIGIO CHREM, Jack, op. cit., pág. 12.

⁷⁵ Loc. cit.

⁷⁶ Código Civil: Exposición de Motivos y Comentarios, op. cit., Tomo VI, pág. 246.

«Artículo 1600.- Si concurren como retrayentes dos o más personas que tengan título de la misma naturaleza, serán preferidos a prorrata. Si sus títulos fuesen de diversa naturaleza, el orden de preferencia será el indicado en el artículo 1599».

ENAJENACIONES SUCESIVAS

El artículo 1632 del Proyecto de Código Civil aprobado por la Comisión Reformadora establecía lo siguiente:

«Artículo 1632.- Cuando se haya hecho dos o más transferencias antes de que expire el plazo para pedirlo, el derecho de sustitución se refiere a la primera transferencia, y se verifica por el precio y bajo las condiciones de ellos. El sustituyente no pagará otros gastos sino los de la primera transferencia».

La Comisión Revisora, a propuesta de los doctores Alva Orlandini y Bigio⁷⁴, modificó este artículo, el cual quedó con el texto siguiente:

“Artículo 1601.- Cuando se hayan efectuado dos o más enajenaciones antes de que expire el plazo para ejercitar el retracto, este derecho se refiere a la primera enajenación sólo por el precio, tributos, gastos e intereses de la misma. Quedan sin efecto las otras enajenaciones”.

Explica Bigio⁷⁵ que con la finalidad de evitar la burla al derecho del retrayente, la parte final del artículo 1601 establece que queda sin efecto con relación al retrayente toda enajenación (gratuita u onerosa) posterior a una compraventa, siempre que se efectúe dentro del plazo para retraer.

La Exposición de Motivos de este artículo⁷⁶ dice que la última parte del mismo, que establece que quedan sin efecto las otras enajenaciones, tiene por finalidad cubrir la posibilidad de que un adquirente por compraventa o dación en pago (también por permuta de bienes fungibles) transfiera posteriormente el mismo bien a un subadquirente, bien sea por compraventa, dación en pago o cualquier otro título (como donación, aporte a una sociedad, etc.), caso en el cual todas estas posteriores enajenaciones

quedan sin efecto en razón del retracto ejercitado con relación a la primera venta.

Arias-Schreiber⁷⁷ señala que Ramírez Jiménez objeta la expresión «quedan sin efecto las otras enajenaciones», por no existir en el Código un concepto preciso de lo que consiste en «dejar sin efecto», por lo que sugiere que el Código debería anular la otras enajenaciones.

⁷⁷ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, op. cit., Tomo II, pág. 153.

⁷⁸ BIGIO CHREM, Jack, op. cit., pág. 12.

Sobre el particular cabe anotar que, como aclara Bigio⁷⁸, el adquirente del bien expuesto al ejercicio del retracto no está impedido de enajenarlo dentro del plazo en que la acción puede ser ejercitada. Consiguientemente, si enajena el bien por cualquier título a tercero, el contrato respectivo no está viciado de nulidad, ya que su transmisión no está prohibida por la ley.

LUZ MARÍA GARCÍA PIÉROLA

PERITO CONTABLE JUDICIAL
CONTADOR PÚBLICO COLEGIADO

AUDITORIAS - TASACIONES - ARBITRAJES - CONSULTORIA
CONCILIACIONES

Luis Espejo N° 952-956 - Urb. Santa Catalina - La Victoria
Teléfono: 472-4625 Telefax: 265-1297