

## El derecho de retracto: dos comentarios

**Humberto Jara F.**

Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUC

El 19 de julio de 1987 el diario oficial "El Peruano" publicó una separata titulada "Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil de 1984". La separata contiene las razones de la citada Comisión respecto del articulado correspondiente al Derecho de Retracto en el Código Civil de 1984.

El texto en mención tiene la virtud de efectuar un análisis detallado que permite afirmar que, efectivamente, se trata de una exposición de motivos y no de comentarios que refrasean los artículos del Código.

Por eso, consideramos justo destacar el mérito del Dr. Jack Bigio en su afán por mostrar con detalle, las razones de la Comisión Revisora del Código del 84.

En las siguientes líneas nos vamos a referir a dos aspectos que contiene la ya mencionada Exposición de Motivos y que, en nuestra opinión, son discutibles. De este modo, así como reconocemos el mérito también ejercemos la saludable práctica de la discrepancia.

### 1. ARTICULO 1596

"El derecho de retracto debe ejercitarse en el plazo de treinta días contado 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 la situación de los bienes salvo disposición distinta de las leyes especiales".

Dice la Comisión Revisora: "El artículo 1596 establece un plazo breve de 30 días para ejercicio del derecho de retracto a fin de rodear al tráfico de bienes de la seguridad jurídica.

Este plazo de 30 días se computa por días civiles (artículo 183, inciso 1), esto es, que incluye feria-

dos y domingos. Se trata de un plazo de caducidad que no admite interrupción ni suspensión de su cómputo, salvo el caso previsto en el inciso 8 del artículo 1994.

Además se establece que el plazo se computa a partir de la comunicación de fecha cierta dirigida al o los presuntos retrayentes con derecho a retraer o del aviso inserto en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales del lugar de situación de los bienes.

La regla agiliza la exigencia del artículo 1456 del Código derogado, que hacía necesaria la notificación judicial, al reemplazarla por una comunicación de fecha cierta.

El plazo de 30 días sólo se aplica al retracto regulado por las normas del Código Civil, quedando librado a las leyes especiales el plazo fijado por estas para casos específicos. Por ejemplo, el artículo 22 del D. Ley No. 21938.

Si no se practica la comunicación o el aviso a que se aluden en este artículo, se entiende que el plazo no corre y debe estimarse la venta como oculta y expedito el derecho del retrayente para plantear el retracto en cualquier momento".

El comentario no aclara un problema central que trae el art. 1596, que consiste en que no se determina la prelación de las dos clases de comunicación que admite la norma. Dicho de otra manera, ¿se puede utilizar **indistintamente** la comunicación de fecha cierta o el aviso inserto en el diario? o por el contrario la secuencia debe ser: primero la comunicación de fecha cierta y sólo cuando ésta no sea posible el aviso en el diario?

Una lectura literal del artículo nos indica que las comunicaciones son indistintas; o una u otra, siempre que alguna sea, a elección de la parte interesada. A

simple vista el asunto parece no albergar mayor problema; sin embargo un análisis más atento nos hará percatar de una cuestión sustancial. Veámosla con un ejemplo. La persona obligada a comunicar la transferencia al retrayente quiere burlar el derecho de éste último. Para ello sabe que si corre el plazo establecido su burla estará consumada. Entonces a pesar de conocer el domicilio del retrayente y de serle perfectamente posible efectuar la comunicación de fecha cierta, opta por el aviso en el diario, pues, sabe que siendo su retrayente un ciudadano que no es abogado, sus posibilidades de leer el diario en que se insertan los avisos judiciales, son mínimas, casi inexistentes.

Reparemos que este deseo de burlar al que goza del derecho de retracto no es excepcional, por el contrario suele tener una frecuente incidencia especialmente en materia de arrendamiento. Asimismo, la lectura del diario encargado de publicar los avisos judiciales, es caso nula para el ciudadano promedio, y si el lector no se convence lo invitamos a preguntarse (y preguntar) cuantas veces a la semana lee los avisos publicados en dicho diario.

Pues bien, en base a lo expuesto podemos darnos cuenta del serio problema que trae la inconveniente redacción del art. 1596: si se lo interpreta literalmente y si los jueces admiten tal interpretación, se podrá burlar con relativa facilidad a quienes tienen derecho a retraer y, además, de manera paradójica "cumpliendo" el artículo 1596 se burlará su finalidad. En efecto, al publicar el aviso en el diario a pesar de que se puede efectuar la comunicación de fecha cierta, se obtiene algo que el propio artículo no quiere, esto es, mantener en ignorancia a la persona que tiene derecho a retraer.

En nuestra opinión la interpretación del art. 1596 no debe ser, en modo alguno, literal y esto es lo que ha omitido aclarar la Exposición de Motivos. Creemos que lo que el art. 1596 busca es que primero se cumpla con la comunicación de fecha cierta y sólo cuando ello no sea posible, se utilice el aviso en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales. Sólo así se evitará, como hemos señalado, que el citado artículo tenga una aplicación que burle su finalidad. A esta razón hay que añadir otra. La notificación por periódico es una forma de excepción que suple a la comunicación normal, es una forma que adquiere vigencia sólo cuando no se conoce el domicilio de quien debe ser notificado. En este sentido León Barandiarán señalaba esta situación ya desde el Código 1936, al afirmar que: "El aviso en el periódico puede utilizarse en el supuesto de no conocerse quienes sean las personas que puedan ejercitar el retracto o cuando se ignore su domicilio".

Que la Exposición de Motivos no haya explicado el sentido del art. 1596 tiene una preocupante implicancia: el automatismo de nuestro Poder Judicial. Nuestros jueces no analizan los artículos, los aplican

ancia: el automovilismo de nuestro Poder Judicial. Nuestros jueces no analizan los artículos, los aplican a rajatabla y eso puede dar lugar a que amparen a quienes utilizan el artículo comentado en su interpretación literal, que no es sino un modo tramposo de entender la Ley.

## 2. ARTICULO 1599

"Tienen derecho de retracto:

1.- El arrendatario conforme a la ley de la materia. (...) Dice la Comisión Revisora: "El inciso 1o. introducido a propuesta de los doctores Alva Orlandini, Haya de la Torre y Cáceres, confiere el derecho de retracto al arrendatario conforme a las leyes especiales.

Se otorga esta facultad sólo al arrendatario respecto a las leyes especiales (decretos leyes Nos. 17716 de Reforma Agraria y 21938 de Inquilinato).

La razón para conferir el retracto al arrendatario de casa-habitación estriba en el interés de legislador de otorgar un derecho especial en favor de quien la habita, esto es, de permitirle el acceso a la propiedad. Si se trata de predio rústico su finalidad es facilitar a quien conduce y cultiva la tierra la posibilidad de convertirse en dueño de ella.

Consiguientemente, este derecho no procede respecto de arrendatario de casas-habitación excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Inquilinato y cuando se trata de inmuebles destinados a otros fines como comerciales, industriales, profesionales, de recreo, etc. ya que en estos casos no existe un interés social digno de protección ni se justifica trabar su rápida circulación.

No ha sido propósito del legislador conferir el retracto en favor del arrendatario de cosas muebles ni del arrendatario de derechos.

Tampoco procede respecto del subarrendatario del bien mueble".

Al promulgarse el Código Civil de 1984, el inciso bajo comentario provocó dudas. No se sabía a ciencia cierta que debía entenderse por Ley de la materia y por qué no podían plantear retracto los arrendatarios bajo el régimen del Código Civil.

La Exposición de Motivos de la Comisión Revisora despeja la duda pero abre la polémica.

La intención ha sido proscribir del retracto a todos aquellos arrendatarios que no ingresan dentro del ámbito de la Ley de Inquilinato. Las razones que se plantean para justificar esta exclusión son por demás inconsistentes y, lo que es peor, están viciadas de inconstitucionalidad. Para demostrarlo, reparemos en las razones que esgrime la Exposición de Motivos. Señala que lo que se ha buscado es "permitirle el acceso a la propiedad" al arrendatario de casa-habitación

bajo la Ley de Inquilinato. Por lo tanto se entiende como contrapartida de esto, y así lo dice expresamente la Exposición de Motivos, que la intención ha sido negarle el acceso a la propiedad al comerciante, al industrial, al profesional y en general al que habita un inmueble bajo el régimen del contrato de arrendamiento del Código Civil porque "en estos casos no existe un interés social digno de protección".

El argumento es a todas luces inconstitucional, pues, se lleva de encuentro fundamentales normas de la Constitución que precisamente impiden la existencia de leyes que se originen en tales razones.

El art. 124 de la Constitución señala que "El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades". Igualmente el art. 2o. inc. 14 proclama el derecho de toda persona "A la propiedad y a la herencia, dentro de la Constitución y las leyes".

Entonces no puede haber diferencia entre la propiedad a que puede acceder un industrial, un comerciante y un profesional y entre aquella propiedad a que puede acceder el inquilino de casa-habitación sujeto a la Ley de Inquilinato. Sostener lo contrario es sostener una inconstitucionalidad.

Pero el asunto no queda allí. También se ha atentado contra otros dos artículos de nuestra Carta Magna, a saber el art. 2o. inc. 2 y el art. 187 que señalan,

respectivamente, que todas las personas tienen derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación alguna y que no pueden expedirse leyes especiales por la diferencia de personas.

El inc. 1o. del art. 1599 es discriminatorio porque el legislador considera, y se atreve a decirlo, que un comerciante, un industrial o un profesional constituyen categorías de personas cuyas actividades no ameritan "un interés social digno de protección". Lo inverosímil del argumento eximè de mayores comentarios.

Ahora bien, la conclusión que puede obtenerse de todo esto es que la norma que comentamos no puede ser aplicable en los términos en que está redactada, lo que equivale a decir que en nuestro sistema civil todos los arrendatarios sin excepción tienen derecho de retracto. La razón es evidente: la remisión a la Ley de la materia que contiene el art. 1599 inc. 1, es inconstitucional, según hemos señalado, por lo tanto es de aplicación el art. 236 de la Constitución "En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera".

En consecuencia, las demandas de retracto de arrendatarios fuera del ámbito de la Ley de Inquilinato, deberán ser acogidas por los jueces, porque de no ser así estarán vulnerando derechos constitucionales de aquellos arrendatarios.



¡Ah... y no se olvide no es mineral!!!