

Retracto: Réquiem de un Derecho “Económico y Social”

Fernando Cantuarias S.

Profesor de la Facultad de Derecho de la PUC.
Master Yale Law School

I. INTRODUCCION

En los últimos meses se han dictado los Decretos Legislativos 709 y 757, los cuales derogan, esperamos en forma definitiva, la disposición legal que permitía a los inquilinos el subrogarse en el lugar de los compradores de los inmuebles que estaban poseyendo, mediante la aplicación de la figura legal del Retracto¹.

Sin embargo, siguen aún vigentes los artículos 1592 al 1601 del Código Civil, y en especial los incisos 2 al 7 del artículo 1599, los que reconocen en favor de ciertas personas el derecho a retraer.

Como todos sabemos, el derecho de Retracto importa la posibilidad impuesta por la ley, que ciertas personas puedan subrogarse en el lugar del comprador, de manera que el contrato original vendedor-comprador se convierte en uno vendedor-comprador (retrayente)².

Con un ejemplo quedará aclarada la figura: imaginemos que sigue vigente la posibilidad del retracto en favor del arrendatario. Si A (propietario) vende a C (comprador) el inmueble que está arrendado por B, entonces B tiene el derecho a demandar que se le considere a él como el legítimo com-

prador, como si C nunca hubiera intervenido en el contrato.

Del ejemplo, parecería a primera vista que la figura del Retracto es muy simple, atractiva y carente de complicaciones. Sin embargo, el legislador ha decidido derogarla en parte al desconocer el derecho de Retracto en favor del arrendatario, y esta es justamente la razón que nos impulsa a escribir estas líneas, para verificar si la derogación parcial ha sido o no correcta.

Por las razones que a continuación desarrollamos, consideramos acertada la derogación parcial del derecho de Retracto en favor del inquilino. Sin embargo, creemos indispensable que se dicte una norma que derogue definitivamente la figura del Retracto de nuestra legislación civil, por ser ésta ineficiente.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL RETRACTO

No quisiéramos detenernos mucho en el tema de los antecedentes del derecho de Retracto. Sin embargo, sí nos gustaría puntualizar que, como bien explica Castán Tobeñas³, “fue en la Edad Media cuando -el retracto- alcanzó considerable desa-

1. No vamos a analizar si el Retracto en favor del inquilino, reconocido en el inciso 1) del artículo 1599 del Código Civil, como en el artículo 22 del Decreto Ley 21938, dejó de tener vigencia a partir de la dación de la Quinta Disposición Final del Decreto Legislativo 709 - Ley de Promoción de la Inversión Privada en Predios para Arrendamiento - o mediante la derogatoria expresa incluida en la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo 757 - Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada - por cuanto, a final de cuentas, el posible universo que se vería afectado es bastante reducido.

2. Sobre el tema recomendamos leer: Clemente de Diego, Felipe. *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, 1959, p. 241 y ss. Mazeaud, Henri y León. *Lecciones de Derecho Civil, Parte Tercera*, Vol. IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 237 y ss. Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, 2da. Ed., Vol. III, Tecnos S.A., Madrid, 1981, p. 626 y ss. Manresa y Navarro, José María. *Comentarios al Código Civil Español*, T. X, Ed. Reus, Madrid, 1919, p. 358 y ss.

3. Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. II, Editorial Reus, Madrid, 1924, p. 380.

rollo, en su ... forma familiar o de sangre, como consecuencia del Principio de Trancalidad." Esta figura "estuvo destinada a mantener la unidad familiar y evitar que los bienes de la misma cayeran en manos de extraños."⁴

Como podemos apreciar de las citas, el Retracto sirvió en la Edad Media como uno de los tantos mecanismos ideados por el Derecho para impedir que los bienes pudieran ser libremente transferidos en el mercado⁵. Esta función del derecho de Retracto no era sino la consecuencia natural de un sistema basado en relaciones político-económico-sociales muy particulares, en donde lo que interesaba fundamentalmente era la vinculación entre los señores feudales y los vasallos, siendo la tierra el nexo entre ambos⁶. Por esta razón era necesario mantener los predios dentro de una misma familia o grupo, a fin de que no pasaran a manos de terceros, enemigos o extraños, ocupándose el Derecho de crear los mecanismos legales idóneos para cumplir con las demandas de esa sociedad. De esta manera, y como señala Diez Picazo⁷, "la fase que hemos llamado preliberal o todavía feudal, parece haber sido una época de inmovilismo y estabilidad en la situación de la propiedad. La propiedad se encuentra frecuentemente "amortizada" en virtud de su tenencia por las llamadas "manos muertas", y especialmente por su carácter vinculado a través de prohibiciones de disponer intervivos, de carácter perpetuo o de plazo muy largo, y mediante el establecimiento de un también perpetuo o a plazo muy largo estatuto sucesorio (mayorazgos, etc.)."

Sin embargo, con el advenimiento de la Revolución Francesa, las cosas cambian por completo. Como bien señala Fernando De Trazegnies, a partir de la Revolución Francesa "el acento ha sido colocado exclusivamente en la organización de la

producción y en la facilitación de un sistema de intercambios privados".⁸

Siendo que a partir de la Revolución Francesa, el sistema económico se centra en la propiedad privada y en el libre intercambio de bienes y servicios, fue necesario proceder a "liberar a la propiedad de las antiguas cargas y vínculos, que se consideraban como restos del feudalismo ya superado. Se erradican los mayorazgos, las vinculaciones perpetuas de enajenar y se limitan, notablemente, las trabas impuestas por los derechos reales sobre cosas ajenas"⁹. Todo este cambio que realiza el Derecho tiene su explicación básicamente en el hecho que, como bien explica Kozolchyk, el valor de la propiedad contemporánea, a diferencia del pasado, se encuentra inseparablemente unido a su libre transferencia¹⁰.

Dentro de este orden de ideas, ¿cómo es que una figura feudal como es el Retracto se mantiene vigente dentro de un sistema económico totalmente distinto? ¿Acaso no se ha percatado el legislador que el Retracto atenta contra la propiedad privada y el libre intercambio de bienes, ambos pilares de un sistema económico moderno? La respuesta a ambas interrogantes es que el legislador sí es consciente de los problemas que el Retracto crea en el mercado de los bienes¹¹. Sin embargo, y tratándose del Perú,

"el legislador ha considerado conveniente mantener la institución del retracto tomando en consideración que en todas sus formas responde a intereses que se desean proteger. Tal razón explica por qué el legislador sacrifica el principio de la autonomía de la

4. Novak Talavera, Fabián O. *El Derecho de Retracto en el Código Civil Peruano de 1984*. Tesis para optar el Grado Académico de Bachiller de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 1990, p. 2.
5. Philbrick, Francis, S., *Changing Conceptions of Property in Law*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 86, No. 7, 1938. p. 700, explica que en el derecho germánico durante la época feudal, la transferencia de la tierra estuvo restringida o aún prohibida, que era imposible asignarle valor comercial.
6. Para una mayor explicación recomendamos leer: Hargreaves, A.D., *An Introduction to the principles of Land Law*, 4ta. Ed., Sweet & Maxwell, London, 1963, y, J. Cribbet & C. Johnson, *Principles of the Law of Property*, 3era. Ed., 1989.
7. Diez Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1986, p. 38.
8. Trazegnies G., Fernando De. "La Transformación del Derecho de Propiedad". En: *Derecho* No. 40, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1978, p. 84. Recomendamos leer a Rheinstein, Max. *Some fundamental differences in real property ideas of the "Civil Law" and the Common Law Systems*, University of Chicago Law Review, Vol. 3, 1936, p. 624 y ss.
9. Diez Picazo, Op. Cit., p. 38.
10. Kozolchyk, Boris. "Transfer of Personal Property by a nonowner: its future in light of its past". En: *Tulane Law Review*, Vol. 61, 1987, p. 1456, "what we presently understand as property... is directly related to its marketability: the more certain or unconditional an owner's rights are, the more saleable, marketable, or property-like in nature. The value of contemporary property is, thus, inseparable from its marketability".
11. Arias Schreiber, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, T. II, San Jerónimo Editores, Lima, 1988, p. 130, al explicar el desarrollo histórico del derecho de Retracto, da a entender como en diversas legislaciones del mundo moderno, la figura del Retracto ha ido desapareciendo. Novak, Op. Cit., p. 2 y 34-35, puntualiza que el Retracto ha sido limitado en los códigos civiles de Francia, Alemania y Suiza y eliminado en Argentina, Chile, Colombia, México, Cuba y Brasil.

*voluntad al permitir que un tercero ajeno a las partes pueda adquirir un bien contra la voluntad de ellas*¹².

Según el legislador, ¿cuáles son los intereses que se desean proteger y cómo afecta el Retracto el libre intercambio de bienes? Pasaremos a analizar este tema seguidamente.

III. FUNDAMENTOS TRADICIONALES QUE JUSTIFICAN EL RETRACTO

De acuerdo a un interesante trabajo de tesis¹³, el autor, recopilando la opinión de la doctrina, considera que son dos los fundamentos centrales que harían recomendable el regular la figura del Retracto en nuestro Código Civil: su importancia social y económica y, el hecho que no limita la libertad de contratar.

1. Importancia social y económica del Retracto

Fabián Novak¹⁴ sintetiza los argumentos dados por la doctrina para justificar la vigencia social y económica del Retracto: "el Retracto implica una mejor forma de aprovechamiento de la riqueza, la consolidación del dominio en una sola mano, lo cual se traduce en beneficio de la familia. Busca además, en el caso de un litigio, evitar el detrimento del deudor, igualmente proporcionar la propiedad de los predios a quienes los trabajan, así como culminar con estados de indivisión o servidumbres que tan sólo van en detrimento de la propiedad".

De esta manera, la importancia social del Retracto se daría en el supuesto del inquilino, al existir un interés social del "legislador de otorgar un derecho especial en favor de quien ... habita -el inmueble-, esto es, de permitirle el acceso a la propiedad"¹⁵.

Por otro lado, la importancia económica del Retracto se encontraría presente, por ejemplo, en los supuestos contenidos en los incisos 2), 3), 4) y 5)

del artículo 1599 del Código Civil, referidos al derecho de Retracto de los copropietarios, litigantes, usufructuarios y superficiarios, así como de los propietarios en los dos últimos casos; ya que, mediante el Retracto se lograría consolidar la propiedad en una sola mano y se acabarían los juicios.

Todas y cada una de las fundamentaciones a las que hace referencia el legislador para justificar el reconocimiento legal del derecho de Retracto en favor de ciertas personas, demuestran una gran sensibilidad, y parecerían ser social y económicamente valederas. Pero, las mismas no responden para nada la pregunta de cómo afecta el ejercicio del Retracto el libre intercambio de bienes. Como veremos a continuación, la respuesta a esta pregunta dada por el legislador, parte de la premisa de considerar que el Retracto afecta sólo en pequeña medida el intercambio de bienes, razón por la cual, sus beneficios son mayores que sus cargas.

2. El Retracto no limita la libertad de contratar

Jack Bigio, ponente del Título sobre Retracto en nuestro Código Civil, considera que con la aplicación de dicha figura jurídica no se crean grandes daños al libre intercambio de los bienes, ya que "el Retracto no limita el derecho de disposición del enajenante, sino el derecho de propiedad de quien adquiere por compra-venta"¹⁶.

Siguiendo esta premisa del legislador, el Retracto no afectaría a nadie, por cuanto "salvo en lo que se refiere a la diferencia de persona, -el Retracto- no trata de introducir alteración ninguna en las condiciones estipuladas; la voluntad del que retrae carece de eficacia jurídica para influir en las condiciones de la adquisición; estas condiciones están ya fijadas por el comprador y el vendedor; al retrayente toca respetarlas y cumplirlas en lo que le afecta; con vista de ellas determinará si hace o no uso del Retracto; y si a ello se decide, ya sabe que el pacto está hecho y que es una ley a la cual tiene que someterse"¹⁷.

12. Exposición de Motivos Oficial del Código Civil -Derecho de Retracto-, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 19 de julio de 1987, p. 5.

13. Novak, Op. Cit., p. 36 y ss.

14. Novak, Op. Cit., p. 38.

15. Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, -Derecho de Retracto- Op. Cit., p. 9.

Además, Arias Schreiber, Op. Cit., p. 140. puntualiza que el derecho de Retracto del inquilino "recoge la aspiración de los arrendatarios en convertirse en propietarios, habida cuenta de la íntima relación que se produce entre la persona y el bien que ocupa, por razones que van desde la costumbre hasta la comodidad, la cercanía con el centro de trabajo, las relaciones de parentesco o vecindad, la ubicación de la escuela, centros de esparcimiento, los sistemas de comunicación y otros motivos atendibles".

16. Citado por Novak, Op. Cit., p. 37. Novak también es de la misma opinión: "el Retracto no limita al propietario de un bien a disponer libremente de él. El propietario o potencial vendedor no se ve impedido de enajenar su bien a quien le plazca".

17. Manresa y Navarro. Op. Cit., p. 359.

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

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

De esta manera, considerando la importancia "social" y/o "económica" del Retracto y teniendo presente que su utilización en nada perjudica a las partes y los terceros, resulta pues coherente para el legislador que nuestro Derecho regule una figura jurídica creada con el fin de limitar o controlar la libre transferencia de los bienes.

Pero, ¿son ciertas las fundamentaciones que da el legislador para mantener la figura del Retracto? ¿Es verdad que el retracto no importa perjuicio alguno para las partes y los terceros? A nadie escapa el interés social de que los inquilinos sean propietarios de viviendas o que se termine el estado de indivisión, pero, creemos que la pregunta debe ser otra: ¿es el Retracto el mecanismo idóneo para cumplir estos intereses dentro de una sociedad moderna?

IV. LOS VERDADEROS COSTOS QUE CREA LA FIGURA DEL RETRACTO

Imaginemos el siguiente ejemplo: A, B y C son copropietarios de un inmueble ubicado en Chorrillos. C necesita vender su cuota, ya que debe pagar una serie de deudas pendientes.

C valora la tercera parte del inmueble en S/. 90.00, por lo que estaría dispuesto a venderla en S/. 100.00. En condiciones normales de mercado, C no venderá su cuota salvo que el precio sea superior a S/. 90.00.

X está interesado en adquirir la cuota de C, y el precio solicitado por su propietario le parece atractivo, ya que él valora la porción indivisa en S/. 120.00.

Si existiera absoluta libertad en el mercado, esta transacción entre C y X se llevaría a cabo en las condiciones deseadas por ambas partes, ya que, X pagaría los S/. 100.00 y se adjudicaría una propiedad que valora en S/. 120.00, mientras que C se desprendería de su titularidad que valora en S/. 90.00, adquiriendo un precio de S/. 100.00.

Mediante la transacción indicada en el párrafo anterior, C ganaría S/. 10.00, el comprador S/. 20.00 y la sociedad toda S/. 30.00, ya que, mediante el contrato entre C y X se lograría que el bien fuese transferido a alguien que le asigna mayor valor y que por tanto lo explotará de manera más eficiente¹⁸.

Ahora imaginemos el mismo ejemplo, pero reconociendo la existencia del derecho de Retracto en favor de los demás condóminos (artículo 1599, inciso 2) del Código Civil). ¿Qué es lo que pasaría?

1. Respecto del vendedor

Como todos podremos imaginar, la sola posibilidad de que alguno de los copropietarios pueda retraer la parte alícuota que quiere vender C, implicará necesariamente que el número de potenciales compradores se reduzca significativamente. Esto por cuanto, los terceros interesados preferirán invertir sus escasos recursos en actividades alternativas que les generen beneficios seguros, y no ju-

18. Richard Posner explica magistralmente la necesidad de que el Sistema Jurídico incentive el libre intercambio patrimonial, ya que es mediante ese mecanismo que los escasos recursos pueden ser asignados a aquéllos que los explotarán de manera más eficiente. Así, imaginemos a un agricultor A que considera que explotar la tierra de su propiedad le reportará S/. 90.00. En cambio, existe otro agricultor B que considera que podría sacar un beneficio de S/. 120.00 de dicha explotación. El sistema jurídico tiene que crear e incentivar mecanismos de intercambio a fin de que A le transfiera a B ya que, de esa manera, el recurso tierra podrá ser explotado en forma más eficiente. Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*, 3ra. Ed., Little, Brown and Company, Boston, 1986. p. 31.

gar al "azar" en una compra que luego puede ser materia de alguna reclamación judicial. De esta manera, la capacidad de negociación de C se va a ver seriamente limitada.

Pero hay más. C valora su propiedad en S/. 90.00 y desea venderla en S/. 100.00. Pero, cualquier posible comprador va a querer que la contraprestación refleje el riesgo que implicaría el ejercicio del derecho de Retracto por parte de los condóminos, lo que va a determinar que el precio a ser ofrecido a cambio de la cuota sea sensiblemente menor al que C podría aspirar de ofertarlo libremente en el mercado¹⁹.

De esta manera, consideramos que la premisa del legislador, en el sentido de que el vendedor no sufre daño alguno porque termina recibiendo del retrayente el precio pactado, es errada, ya que desconoce todos los costos explicados en los párrafos anteriores, los cuales perjudican gravemente al vendedor²⁰.

2. Respetto del original comprador

Para el legislador, el original comprador no se perjudica, ya que, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el retrayente debe reembolsarle el precio, los tributos y gastos pagados por éste (artículo 1592 del Código Civil). Así, en el ejemplo dado, si X pagó S/. 100.00 por la parte alícuota de C y alguno de los condóminos retrae, pues X será reembolsado tarde o temprano con esos S/. 100.00.

Pero, el legislador no se ha dado cuenta de un elemento fundamental: a X no le interesa que le

devuelvan su dinero, sino quedarse con el bien, X no valora la parte alícuota en S/. 100.00, sino que le asigna un mayor valor, caso contrario, no hubiera comprado.

Recordemos que para que se celebre una transferencia patrimonial en el mercado, es necesario que el precio ofrecido a cambio del bien sea mayor al valor que el titular le asigna, y que el precio pagado por el comprador sea menor al valor que éste último le adjudica al bien: es decir,

$$VP < P < VC$$

(donde VP: valor del bien asignado por el propietario; P: precio pactado; VC: valor de bien asignado por el comprador).

De esta manera, si C le asigna a su cuota un valor de S/. 90.00, la venderá por una suma mayor a ésta, por ejemplo, S/. 100.00, mientras que si X le adjudica a la porción indivisa un valor de S/. 120.00, estaría dispuesto a pagar por ella menos de dicha cantidad, por ejemplo S/. 100.00.

Así, cuando el retrayente interviene en el contrato y le devuelve al original comprador los soles pagados, dejándolo sin el bien adquirido, lo está afectando gravemente, por lo que consideramos que la premisa del legislador en el sentido de que el Retracto en nada perjudica al comprador es también errada²¹.

Pero hay más. Según nuestras normas sobre Retracto, para que éste proceda no es necesario que el derecho del potencial retrayente se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad.

19. De acuerdo con el artículo 1595 del Código Civil, el derecho de Retracto es irrenunciable. Por otro lado, y por propia definición (artículo 1592 del Código Civil), el Retracto se genera recién una vez celebrada una transacción. De esta manera, C no tiene cómo ofrecer previamente su derecho a los demás condóminos, para que, en caso que se decline la opción, poder luego venderlo libremente en el mercado.

En todo caso, la existencia de un derecho de opción como el regulado en el derogado artículo 22 del Decreto Ley 21938 -Ley de Inquilinato-, si bien permitiría en algunos casos el reducir los costos que se le cargan al vendedor aplicando únicamente la figura del Retracto, igual generaría otros costos, tales como: al ser necesario regular plazos para esperar la respuesta de la opción, los costos de oportunidad desincentivarían muchos contratos. Además, el riesgo que significa posibles discusiones judiciales respecto a la forma, términos y condiciones de la opción, ahuyentará a más de un potencial comprador y hará que esos riesgos se reflejen en el precio a ser ofrecido por los bienes.

20. En un trabajo de campo realizado por el Instituto Libertad y Democracia vinculado al tema del régimen de control de alquileres, se afirma: "Un sondeo entre las agencias de corretaje, da por resultado que el precio de venta de una vivienda controlada es aproximadamente 40% a 50% de su valor de tasación comercial, dependiendo de la dificultad para desalojar al inquilino y del estado de conservación de la vivienda". Instituto Libertad y Democracia (ILD). *Control de alquileres y distorsión en el mercado de viviendas*, Lima, Marzo de 1989, p. 16. Siendo también el Retracto un mecanismo que limita o controla la libre transferencia de los bienes, pues, el mismo generará similares distorsiones en el precio de los inmuebles.

21. En nuestro análisis no estamos tomando en consideración el costo que muchas veces se le carga al original comprador, sobre todo en tiempos de hiperinflación, gracias a la posición asumida por nuestro legislador de aplicar como regla general el criterio nominalista a las obligaciones, en vez del criterio valorista. Sobre el tema recomendamos leer: Fernández Cartagena, Julio. "Actualización de deudas pecuniarias - Implicancias Civiles", en: *Thémis, Revista de Derecho*, Segunda Epoca, No. 14, Lima, 1989, p. 68-72, y Grupo de Investigación de Thémis. "Indexación y Derecho", en: *Thémis, Revista de Derecho*, Segunda Epoca, No. 14, Lima, 1989, p. 73-77.

Así, si X va al Registro y verifica que C es el propietario y procede a adquirir la propiedad e inscribir su derecho, de nada le valdrá si por ejemplo A es el arrendatario, usufructuario o superficiario del bien con derecho no inscrito, ya que, en todos esos casos, A podrá retraer en perjuicio de X.

De esta manera, como bien explica Bullard, la figura del Retracto hace que las transacciones quedan sujetas al azar, al introducirse "un elemento de irracionalidad en la decisión del agente económico"²².

Además, la falta de exigencia legal de que el potencial retrayente tenga su derecho inscrito en el Registro con anterioridad a su ejercicio, conlleva a que el sistema jurídico en vez de reducir "costos de transacción"²³ los eleve, ya que el potencial comprador tendrá no sólo que acudir al Registro para buscar allí toda la información valiosa respecto de la titularidad y demás derechos constituidos sobre el inmueble que desea adquirir, sino que, además, tendrá que buscar dicha información dentro del área contractual. Es decir, el comprador tendrá que averiguar, Dios sabe cómo y a qué precio, si el vendedor ha dado su inmueble en arrendamiento, usufructo o superficie. De esa manera, las transacciones en el mercado se convierten por obra y milagro del Derecho en más onerosas²⁴.

Así, la figura del Retracto atenta no sólo contra los legítimos intereses del comprador, sino además, violenta una de las funciones básicas del Derecho Moderno.

3. Respetto de los terceros

Para el legislador, los terceros no se perjudican con el Retracto, ya que, al final de cuentas, ellos no son parte en el contrato celebrado.

Sin embargo, esta premisa del legislador vuelve a ser errada, toda vez que, según lo dispone el artículo 1601 del Código Civil "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".

A simple vista, puede apreciarse claramente el perjuicio en contra de los terceros. Así, imaginemos que A aparece como propietario de un inmueble en el Registro. B verifica que no existen otras anotaciones y procede a comprar e inscribir su derecho. Posteriormente, C realiza el mismo trámite y pagando el precio adquiere la propiedad de B. Sin embargo, si el inmueble estaba contractualmente arrendado o sujeto a los derechos de usufructo o servidumbre por parte de A en favor de Z, este sujeto podrá ejercer el derecho de Retracto, subrogarse en el lugar de B y dejar de esa manera sin efecto legal alguno el contrato celebrado entre B y C.

De esta manera, C no sólo perderá el bien (que es lo que le interesa al comprador), sino además el costo de oportunidad del dinero, al haberlo invertido en una actividad que no le generó ventaja alguna teniendo otras alternativas posibles; así como, tendrá que demandar a B el saneamiento por evicción en la vía ordinaria para "recuperar" el precio pagado.

Además, aquí nuestro Derecho vuelve nuevamente a incumplir con su función de reducción de "costos de transacción", por cuanto la información del Registro carece de valor²⁵. De esta manera, nuestro sistema jurídico hace "que nadie pueda saber con certeza qué es lo que compra, pues no tiene cómo saber que el derecho de propiedad que adquiere está minado por una "bomba de tiempo" -

22. Bullard G., Alfredo. *La relación jurídico patrimonial*, Ara Editores, Lima, 1990, p. 318.

23. El término "costos de transacción" lo debemos al excelente trabajo de Ronald Coase -Premio Nobel de Economía- denominado "The Problem of the Social Cost", publicado en el *Journal of Law and Economics*, No. 3, 1960, p. 1 y ss. Bullard, Alfredo. "¡Al fondo hay sitio! ¿Puede el teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?", en: *Thémis, Revista de Derecho*, Segunda Epoca, No. 21, p. 96, explica que "en términos sencillos los costos de transacción son los costos de celebrar un contrato, y que en ciertas circunstancias son tan altos que pueden evitar que se perfeccione el acuerdo o llevar a que éste se perfeccione en términos ineficientes". Esta situación demanda que el Derecho deba entrar dentro del campo contractual tratando en lo posible de reducir ciertos costos que se generan en las transacciones privadas. Uno de esos costos es el de acceder a información valiosa respecto de la situación jurídica de los bienes, para lo cual, el Derecho crea la institución del Registro, el que permitirá centralizar la información, reduciendo así dicho costo.

24. Torres López, Juan. *Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 53, puntualiza que una de las funciones fundamentales del Derecho moderno es el "reducir los costos de transacción que pudieran existir". Con la regulación legal del Retracto, nuestro Derecho incumple flagrantemente con dicha función, por cuanto convierte al Registro en un saludo a la bandera.

25. Respetto del artículo 1601 del Código Civil, el legislador expone que "...el precepto sanciona con ineficacia ante el retrayente toda adquisición de propiedad inmobiliaria, aunque el adquirente sea un tercero del registro que hubiera actuado reuniendo los requisitos del artículo 2014 del Código Civil...". Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, -Derecho de Retracto- Op. Cit., p. 12. Así, para nuestro legislador, el Registro existe por puro gusto.

el Retracto- que puede "estallar" en cualquier momento"²⁶.

Sin embargo, y como no hay mal que por bien no venga, felizmente el artículo 1601 del Código Civil, no sabemos si intencionalmente o por omisión²⁷, establece que sólo quedarán sin efecto "las otras enajenaciones", por lo que otros derechos inscritos, como por ejemplo la hipoteca, deberán ser respetados por el retrayente, con lo que, en alguna medida, se protege a ciertos terceros.

4. El retrayente

Por fin llegamos a este ser privilegiado por el Derecho. El va a ser el único que podrá reir gracias a la prerrogativa que tendrá de destrozar todo el sistema circulatorio de los bienes, hacer más onerosas las transacciones y cargar de costos al vendedor, al comprador y a los terceros.

Pero, la verdad es que no entendemos por qué el Derecho tiene que crear todos estos costos para privilegiar a alguien que bien puede adquirir su derecho libremente en el mercado.

Es más, a diferencia de los terceros, es el usufructuario, arrendatario, condómino, superficiario, coligante o colindante, el que está en mejor capacidad de realizar un análisis costo-beneficio respecto de las ventajas de adquirir el derecho del titular y en mejor posición para ubicar a dicho titular y ofrecerle un precio razonable.

Sin embargo, el Sistema Jurídico, al reconocer el derecho de Retracto en favor de ciertas personas, lo que está llevando es a que este sujeto privilegiado no tenga incentivo alguno para hacer un análisis racional de su situación y proceder a realizar una oferta atractiva al titular del derecho. De esta manera, si existen por ejemplo tres co-propietarios de un inmueble, será más rentable el esperar

que alguno de ellos necesite vender su cuota, lo haga por culpa del Retracto en condiciones menos favorables a las del mercado, y luego cualquiera de sus condóminos estire la mano y adquiera la cuota a un precio muchas veces vil. No creemos pues que ésta sea la manera más eficiente de incentivar la consolidación del dominio en una sola mano.

V. A MODO DE CONCLUSION

Creemos que nadie puede criticar lo socialmente favorable que sería que los arrendatarios pudieran acceder a la propiedad. Tampoco puede ser objeto de discusión el hecho que la consolidación de la propiedad en una sola mano o la finalización de los juicios es económicamente valioso. Pero, tampoco sería descabellado el afirmar que socialmente sería beneficioso que los cónyuges tuvieran un derecho de Retracto tratándose de la venta de los bienes propios del otro cónyuge, o que los vecinos pudieran acceder al mismo mecanismo para evitar la entrada de terceros extraños en el vecindario, o que personas viudas y con hijos pudieran retraer en el caso que una persona soltera vendiera su inmueble, etc., etc.²⁸. De esa manera, y dentro de una perspectiva exclusivamente jurídica, la opción del legislador de considerar la vigencia actual de la figura del Retracto y permitiría sólo para ocho supuestos taxativos es, por decir lo menos, arbitraria, ya que no justifica debidamente su vigencia dentro de un tipo de sociedad, ni explica por qué sólo se debe aplicar para algunos casos, discriminando al resto de la sociedad.

Lo que queremos decir es que el Derecho no es una ciencia que se construye y se explica en sí misma. El Derecho, parafraseando a Trazegnies³⁰, es "un sistema de derechos y obligaciones que varía en el tiempo, que adquiere diferentes significaciones concretas, y que no tiene otro sentido que el que los hombres de una determinada época quieren darle"³¹. Por eso, para dictar normas lega-

26. Bullard, Op. Cit., p. 319.

27. No sabemos si la intención del legislador fue la de dejar sin efecto únicamente las posteriores transferencias de propiedad o también los demás derechos constituidos sobre el bien objeto del Retracto. Y la explicación es muy simple: el legislador indica que la razón de ser del artículo 1601 es la de "evitar la burla del derecho del retrayente...". Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, -Derecho de Retracto- Op. Cit., p. 12. Obviamente, la existencia de una hipoteca puede burlar "el derecho del retrayente", por lo que siguiendo el razonamiento del legislador, la hipoteca debería ser declarada ineficaz. Felizmente, la palabra "enajenación" es lo suficientemente limitada como para comprender sólo transferencias de propiedad.

28. Al final de cuentas, estos ejemplos han sido en algún momento de la historia humana, supuestos en los que procedió aplicar la figura del derecho de Retracto. Ver: Ennecerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff, Martin. *Tratado de Derecho Civil*, Vol. II, T. III, Bosch, Barcelona, 1971, p. 142-143.

29. El Retracto dentro de nuestro sistema jurídico es claramente discriminatorio, por cuanto en sólo ocho supuestos, ciertas personas podrán adquirir alguna titularidad, logrando la misma a partir de la subvención que se genera de los costos que se cargan al vendedor, comprador y los terceros. Mientras que, en la gran mayoría de los casos, los comunes mortales tendremos que acceder a las mismas titularidades en el libre mercado.

30. Trazegnies, Op. Cit., 76. Si bien el autor se refiere en el texto transcrito al derecho de propiedad, consideramos en todo caso que la cita es pertinente para el presente análisis.

31. Por eso no compartimos en absoluto el análisis que realizan muchos juristas, los cuales, para tratar de justificar la existencia y vigencia de una institución jurídica, recurren al criterio histórico, pero apelando a simples referencias legales sacadas arbitrariamente de su contexto social y económico.

les, es necesario pensar previamente en qué tipo de sociedad vivimos y no simplemente apelar a los muy usados argumentos del "interés social" y la "legislación comparada".

Teniendo el Derecho que responder a las demandas y necesidades de una determinada sociedad, éste no puede romper con los postulados económicos básicos que la sustentan. En ese sentido, y tal como vimos en su momento³², la sociedad moderna se sustenta fundamentalmente en la propiedad privada y en el libre intercambio de los bienes en el mercado, por lo que, el mantener figuras jurídicas pensadas para otra realidad, será poner escollos en el camino del desarrollo.

Por todo lo explicado, cuando el legislador ter-

mina su Exposición de Motivos del Título de Retracto diciendo que: "En conclusión, el interés social del legislador de conceder el Retracto en todas sus formas prevalece sobre la adquisición inmobiliaria... En otras palabras, se sacrifica la seguridad del tráfico inmobiliario... a fin de dar plena efectividad al Retracto"³³, nosotros le contestamos que su "interés social" violenta flagrantemente las necesidades de una sociedad moderna, genera graves costos de transacción y perjudica a los vendedores, compradores y terceros en general, sólo para beneficiar a un sujeto que está en perfecta capacidad de adquirir su derecho libremente en el mercado; por lo que consideramos que éstas son razones suficientes para recomendar la pronta derogación del derecho de Retracto de nuestra legislación civil.

EICA CONSULTORES S.A.

INGENIERIA DE PROYECTOS
FUNDADA EN 1969

ESTUDIOS, DISEÑO Y SUPERVISION DE
OBRAS, GERENCIA DE PROYECTOS

Av. República de Chile N° 388
Lima 11 Perú

Tel. : 335524
Fax : (51-14) 332696

De esa manera, para muchos pensadores jurídicos, la validez del derecho de Retracto estará dada por el simple hecho de que se viene aplicando desde Roma (o antes por qué no), sin importarles para nada que la sociedad y la economía romana, no tienen parecido alguno con una sociedad moderna de finales del siglo XX.

32. Ver supra Nos. 9 y 10.

33. Exposición de Motivos Oficial del Código Civil -Derecho de Retracto-, Op. Cit., p. 12.