

Apuntes y discusiones sobre el derecho de retracto en la legislación y jurisprudencia peruana



Joe NAVARRETE PÉREZ*

El autor aborda los aspectos más relevantes del retracto. Sobre el particular, explica las discusiones doctrinarias que se han forjado en cuanto a su naturaleza jurídica, esto es, si se trata de un derecho personal o un derecho real. Asimismo, recalca que los contratos sobre los que se puede ejercitar el retracto son, exclusivamente, la compraventa y la dación en pago, siempre que en estos se haya transferido bienes inmuebles o muebles registrados. Culmina su estudio incidiendo en la forma de comunicación de la compraventa al retrayente, las formas de ejercicio del retracto, el plazo de caducidad aplicable, las enajenaciones sucesivas y la conciliación extrajudicial.

RESUMEN

MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** arts. 1592 al 1601 y 2012.
- **Código Procesal Civil:** arts. 495 y 498.

PALABRAS CLAVE: Retracto / Compraventa / Dación en pago / Conocimiento real / Conocimiento presunto / Enajenación sucesiva

Recibido: 30/07/2018

Aprobado: 21/07/2018

I. Acercamiento al concepto de retracto

El artículo 1592 del Código Civil es bastante didáctico en su descripción de la institución del derecho de retracto¹ por lo que me guiaré del mismo para dar algunos alcances de este. Dicho artículo señala lo siguiente:

Artículo 1592.- Derecho de retracto

El derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para

* Asociado sénior del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. Maestría en Filosofía de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo de la Universidad ESAN. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

1 Dada la naturaleza del presente trabajo, no he entrado a dar referencia de la etimología o el devenir histórico del retracto, aspectos que, si bien son bastante interesantes, no me parecen, en el presente caso, necesarios para la explicación que pretendo hacer. Sin perjuicio de aquello, me permito referir a los siguientes autores para conocer dichos aspectos: Badanes Gasset (1958) y Carranza Álvarez (2001, pp. 31-45). Solo basta decir, por ejemplo, que Badanes Gasset (1958) nos dice que:

[S]i la esencia de este derecho consiste en la sustitución de una persona por otra en el lugar que ocupa el adquirente en un contrato, mejor debería llamársele, derecho de subrogación, o derecho de sustitución, derecho de adquirir por sustitución, o también, derecho de adquisición preferente o derecho de preferencia en la adquisición. (p. 56)

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 este y, en su caso, los intereses pactados.

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

1. Origen legal

En primer lugar, debo indicar que el derecho de retracto es un derecho que nace de la ley, a favor de determinados sujetos². En el caso que estamos analizando por mandato del Código Civil. En dicho sentido, el contenido del derecho de retracto, es decir la posibilidad de **subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa** no nace de pacto alguno y no es aplicable a cualquier sujeto. Debido a aquello, se diferencia de otros tipos de derechos similares como el derecho de tanteo (derecho de adquisición preferente)

o los derechos de opción, en los que su origen es convencional y pueden ser atribuidos a cualquier a cualquier parte en una relación contractual (sin necesidad de que el mismo ostente alguna calidad jurídica específica, tales como ser copropietario, titular de superficie, etc.).

2. Derecho (potestativo) de sustitución

Tal como lo señala el artículo 1592, mediante el derecho de retracto el titular puede subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa³. Al respecto, Badanes Gasset (1958) nos dice que:

[Se] llama retracto al derecho de preferencia que uno tiene para la adquisición de una cosa cuando el dueño la ha enajenado, subrogándose en el lugar del comprador mediante abono al mismo del precio que entregó y gastos de contratos que se le pudieran ocasionar. (p. 7)

Visto de esta manera, dicho derecho es un derecho de sustitución⁴. No me parece

2 **Artículo 1599.-** Tienen derecho de retracto:

- 1.- (Derogado).
 - 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.
 - 7.- El propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquella y esta reunidas no excedan de dicha unidad.
- Adicionalmente, en caso de conflicto, el Código Civil, establece el orden de prelación de los retrayentes, según lo 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.

3 Se discute en doctrina que pasa con aquellos supuestos en los que como parte del contrato de compraventa se han configurado obligaciones *intuitu personae* (Badanes Gasset, 1958, p. 67). Haciendo referencia al BGB alemán, Enneccerus (1950) nos dice que:

[Si las] prestaciones accesorias no estén al alcance del titular del derecho de tanteo se han de compensar en metálico; pero si tampoco son estimables en dinero, queda excluido el derecho de tanteo, a menos que sean de naturaleza tan secundaria que también se hubiera concluido sin ellas el contrato con el tercero. (p. 103)

Al respecto, en las notas de la página 99 del libro de Enneccerus, los comentaristas Blas Pérez y José Alguer nos dicen que debemos entender en este caso a "tanteo" por "retracto legal".

4 Sobre la naturaleza del retracto puede verse: Badanes Gasset (1958, p. 7); y Carranza Álvarez (2001).

adecuada la referencia a “subrogación”, ya que dicha nomenclatura puede traer confusiones al ser una institución –la subrogación– propia del Derecho de las Obligaciones. Además, en este caso, la sustitución es en la entera posición contractual y no en los derechos que pudiera tener el adquirente **original** bajo el contrato de compraventa.

Dicho lo anterior, en mi opinión, el derecho de retracto es un derecho potestativo, ya que a través de este se puede modificar la esfera jurídica de otro sujeto, en este caso el adquirente, sustituyéndolo en su posición contractual y, por ende, en todas las estipulaciones del contrato de compraventa original. Desde luego, para que se pueda ejercer con eficacia dicho derecho se deben cumplir un conjunto de condiciones, tales como las que nos indica el propio artículo 1592 (se debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por este y, en su caso, los intereses pactados) y tramitar su ejercicio a través del Poder Judicial⁵.

En lo que se refiere al pago del precio y los gastos, el artículo 495 del Código Procesal Civil establece que “además de cumplir con los artículos 424 y 425, la demanda debe estar anexada con el certificado de depósito en dinero del equivalente de la prestación recibida por el enajenante, los tributos y los gastos pagados por el adquirente y, en su caso, los intereses debidos por este y que se hubieran devengado”.

Sobre el trámite del ejercicio judicial del derecho de retracto, Vásquez (2014) nos dice que este derecho es unilateral:

¿Qué dice Badanes Gasset?



[Se] llama retracto al derecho de preferencia que uno tiene para la adquisición de una cosa cuando el dueño la ha enajenado, subrogándose en el lugar del comprador mediante abono al mismo del precio que entregó y gastos de contratos que se le pudieran ocasionar.

(...) por cuanto si bien depende inicialmente de su manifestación de voluntad para su ejercicio del sujeto que detenta el derecho, este requiere encausarse a través de un órgano jurisdiccional para conseguir finalmente la alteración jurídica que pretende, a saber, la asunción de la posición de comprador en un contrato en cuya formación no intervino, adquiriendo así todos los derechos (y obligaciones) derivados del mismo incluida –fundamentalmente– la propiedad sobre el bien que es el referente objetivo de la relación contractual. (p. 98)

En relación con el cumplimiento de los requisitos, la Corte Suprema en su Casación N° 1634-2011-Cusco ha señalado que:

[R]esulta menester acotar que el proceso de retracto es uno de naturaleza eminentemente formal en el que necesariamente deben cumplirse con todos y cada uno de los requisitos establecidos por el

5 La referida circunstancia, es decir, el hecho de que se deba recurrir al órgano judicial, da pie a que León considere que no nos encontramos ante un verdadero derecho potestativo. Así nos dice que:

[E]l retracto al ser un Derecho Justicial material es un derecho de tutela del retrayente a efectos de que sea sustituido por la justicia estatal en la posición contractual del adquirente del bien, asumiendo así las situaciones jurídicas de ventaja y desventaja derivadas del contrato objeto de la sustitución. En ese sentido, no se trata de un derecho potestativo ya que la eficacia substitutiva de la posición contractual del adquirente, solo se derivará de una sentencia fundada (con carácter de cosa juzgada), no siendo suficiente la decisión unilateral del retrayente. (León, 2004, pp. 238-239).

artículo 495 del Código en mención para que los efectos de su admisión a trámite toda vez que de faltar uno de los requisitos antes señalados la demanda será rechazada.

3. Derecho real o derecho personal

En doctrina se discute si nos encontramos ante un derecho real o ante un derecho personal. En España, por ejemplo, autores como Lacruz Berdejo, Albaladejo o Badanes Gasset tratan al derecho de retracto —el cual es llamado retracto legal en dicho ordenamiento jurídico— como un “derecho real de adquisición”, junto con los derechos de tanteo y el derecho de opción. Por ejemplo, Lacruz Berdejo (1984) señala que el “derecho real de adquisición, (...)”, incide, no en la persona, sino sobre la cosa, a la cual sigue a través de todas sus vicisitudes y cambios” (p. 429). En sentido similar, Badanes Gasset (1958) nos dice que:

[E]stamos ante una figura de derecho real, y más concretamente derecho real de adquisición, pero teniendo en cuenta que el sujeto no está individualmente determinado, ya que se atribuye a quien en el momento legal de su aparición esté en una determinada posición con respecto a la cosa sobre la que se otorga o en atención a la cual se concede, podemos concluir con Bonet que la preferencia adquisitiva es un derecho subjetivamente real, y si bien este profesor entiende que los derechos a que nos referimos pertenecen a su titular por razón de otro derecho real, hoy no podemos desconocer que en ocasiones la titularidad de los mismos se origina como consecuencia de derechos de carácter personal. (p. 28)

Por su parte, también en España, Díez-Picazo (2007) nos dice, tratando el tema de los derechos de tanteo y retracto, que:

[E]n sí mismos considerados los derechos de tanteo y retracto son, como el derecho de opción, simples facultades de adquisición, que determinan la posibilidad de decidir la configuración de una situación jurídica y por ello pueden ser englobados dentro de los llamados *grosso modo* derechos potestativos. (p. 102)

A mayor abundamiento, en lo que se refiere a la eficacia que estos derechos tienen sobre terceros, nos dice que:

[E]sta eficacia frente a terceros del derecho de adquisición se ha fundado un sector de la doctrina para atribuir a esta figura el carácter de derecho real. (...). Los derechos de tanteo y de retracto son derechos de adquisición con un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros, pero ello no hace la calificación de estos derechos como derechos reales, por cuanto en ningún momento confieren a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa. (Díez-Picazo, 2007, pp. 102-103)

II. Bienes que pueden ser objeto del derecho de retracto

Por otro lado, en virtud de lo establecido en el artículo 1594 del Código Civil el derecho de retracto se puede ejercer solo sobre bienes muebles inscritos y bienes inmuebles. Dicha disposición tiene por objetivo básicamente excluir a los bienes muebles no inscritos de la aplicación del derecho de retracto. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo indica muebles inscritos y no muebles inscribibles por lo que si algún mueble inscribible no hubiera sido inscrito no le aplicará el derecho de retracto. Asimismo, la inscripción de los muebles está referida a que los mismos estén inscritos en un registro jurídico de bienes.

Al respecto, debo indicar que dicha disposición abona en favor de aquellos que

consideran que el derecho de retracto es un derecho real. Sin embargo, en opinión que comparto, aquello se debería más a una falta de precisión. De la Puente (1999) indica que:

[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 quiere es que el bien materia del contrato de compraventa en el que se opera la subrogación sea un mueble inscrito o un inmueble. (p. 274)

III. Carácter irrenunciable

Teniendo el carácter tuitivo que tiene el derecho de retracto el Código Civil ha establecido en el artículo 1595 que “es irrenunciable e intrasmisible por acto entre vivos”. Al respecto cabe formular los siguientes comentarios:

- a) No encuentro razón para que no se pueda renunciar a dicho derecho, ya que nos encontramos, ya sea que le demos la categoría de derecho real o personal, ante un derecho con contenido patrimonial y cuya renuncia no debería considerarse ni contraria al orden público o a las buenas costumbres. Incluso, de ser posible, se podría renunciar a cambio de una contraprestación, con lo que podrían evitarse ciertas ineficiencias sobre las

¿Qué dice Díez-Picazo?

[E]n sí mismos considerados los derechos de tanteo y retracto son, como el derecho de opción, simples facultades de adquisición, que determinan la posibilidad de decidir la configuración de una situación jurídica y por ello pueden ser englobados dentro de los llamados *grossomodo* derechos potestativos.

que Cantuarias⁶ ha dado cuenta. De este modo, la venta realizada a favor del tercero no tendría el riesgo de que no se consume de la forma acordada por las partes debido a que a través del ejercicio del derecho de retracto el retrayente termine ocupado la posición originalmente acordada con el adquirente. No obstante lo anterior, la letra del Código Civil es clara y no es posible renunciar al derecho de retracto.

- b) Dado que el derecho de retracto es brindado a ciertas personas por la ley, tal como se indicó anteriormente, personas para las que el ordenamiento jurídico ha encontrado una justificación necesaria para otorgar dichos derechos, no es posible transferir el retracto a terceros que no ostenten dicha condición. No obstante, aquello, tal como nos recuerda Amaya (2006), siguiendo a Bigio:

6 Para ello remitimos a dicho interesante trabajo que (si bien no comparto todo lo dicho en el mismo) propone que el derecho de retracto sea derogado. Así, por ejemplo, en relación con el interés social que el legislador estaría protegiendo a través del retracto:

[N]osotros le contestamos que su “interés social” violenta flagrantemente las necesidades de una sociedad moderna, genera graves costos de transacción (sic) y perjudica a los vendedores, compradores y terceros en general, solo para beneficiar a un sujeto que está en perfecta capacidad de adquirir su derecho libremente en el mercado; por lo que consideramos que estas son razones suficientes para recomendar la pronta derogación del derecho de retracto de nuestra legislación civil. (Cantuarias, 1992, p. 68).

[Se] permite, sin embargo, la transmisión hereditaria del derecho de retracto ya que siendo este un derecho transmisible a los herederos, estos lo adquieren al fallecimiento del causante, sin solución de continuidad. Cabe indicar que el derecho de retracto es transmisible a los herederos en el caso en 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 este, el cual puede ser continuado por sus herederos. (p. 360)

En el mismo sentido, la Casación N° 1123-94-Tacna ha señalado que el “artículo 1595 del Código Civil prescribe que el derecho de retracto es intransferible entre vivo, lo que evidentemente excluye por su propio contenido textual la transmisión *mortis causa*”⁷.

IV. Aplicación del derecho de retracto en otros contratos

En mi opinión, debido a que nos encontramos ante una institución que termina restringiendo la libre adquisición de los bienes, amparado en el principio de libertad establecido en el literal a) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política⁸ y en el principio de libertad de contratar establecido en el artículo 1354 del Código Civil, se debe optar por una interpretación restrictiva

de la aplicación de la figura del retracto. En dicho sentido, el retracto solo debe operar en la compraventa y, tal como lo señala **expresamente** el artículo 1593 del Código Civil, en la dación en pago⁹. En similar sentido, la Casación N° 2251-97-Lima ha establecido que el “retracto es acción de excepción que va contra la voluntad de los contratantes y su procedencia debe admitirse en forma restrictiva”¹⁰.

Al respecto, no comparto la opinión del maestro De la Puente (1999, p. 273) para el cual, si bien los artículos 1592 y 1593 no deben ser aplicados por analogía –en virtud de lo establecido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil–, si deben ser aplicados a la permuta, ya que el artículo 1603 del Código Civil establece que dicho contrato se rige por las disposiciones de la compraventa, en lo que le sea aplicable. En este caso, siguiendo la lógica de De la Puente no nos encontraríamos ante una aplicación analógica, sino directa por remisión.

Para terminar este punto, un par de temas:

- a) En primer lugar, es oportuno recordar lo que nos dice Lacruz Berdejo (1984): “obsérvese, por lo demás, que si el retracto no siempre se ejerce con ocasión de una venta, en cambio se resuelve invariablemente en una compraventa, pues el retrayente paga siempre un precio en dinero por la cosa que retrae” (p. 431). Así, en el caso el acreedor reciba como pago de su obligación un bien mueble inscrito o un inmueble, el retrayente deberá

7 Extraído de: Tendencias Jurisprudenciales - Retracto (abril de 2011). En *Diálogo con la Jurisprudencia* (151), p. 127.

8 **Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho: (...).

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. (...)."

9 En similar sentido Vásquez (2014, p. 99).

10 Extraído de: Tendencias Jurisprudenciales - Retracto (abril de 2011). En *Diálogo con la Jurisprudencia* (151), p. 126.

pagar al mismo su precio y demás conceptos señalados en el artículo 1592 del Código Civil, lo que, en esencia, representa una compraventa respecto de dicho adquirente de la propiedad.

- b) En segundo lugar, se debe indicar que el derecho de retracto no priva o limita al transferente de su poder de disposición, tal como lo señala por ejemplo Albaladejo¹¹ (1997), ya que el derecho de propiedad puede ser transferido a quien este determine, sino que permite que el retrayente se sustituya en la posición contractual del adquirente originario privándolo, a este sí, del derecho de propiedad¹². En dicho sentido, la libertad afectada no es en estricto la del transferente, sino la del adquirente.

V. Vicisitudes del contrato de compraventa

Debería ser claro que en caso de que la compraventa sea nula o sea declarada anulable, el derecho de retracto no operará o decaerá en caso hubiera sido ejercido, ya que presupuesto del ejercicio de dicho derecho es que nos encontremos ante un acto válido¹³.

En lo que respecta a ineficacias sobrevinientes, Badanes Gasset (1958) señala que:

[E]l derecho de retracto desaparece si la compraventa se rescinde por causas legales, pero no sucede lo mismo cuando la declaración de nulidad o rescisión no obedece a motivos fundados y legítimos, sino que es producto de la voluntad o convivencia de los contratantes, circunstancias que no pueden influir en la

Comentario relevante del autor

Dado que el derecho de retracto es brindado a ciertas personas por la ley, tal como se indicó anteriormente, personas para las que el ordenamiento jurídico ha encontrado una justificación necesaria para otorgar dichos derechos, no es posible transferir el retracto a terceros que no ostenten dicha condición.

efectividad del derecho del retrayente.
(p. 60)

Dicho criterio ha sido seguido por la Casación N° 2352-2012-Lima, en la que el criterio del tribunal fue que notificada la demanda de retracto a los otorgantes del contrato que da nacimiento a la acción del retrayente, no pueden “rescindirlo” —se entiende que la Corte Suprema se refería a la resolución o mutuo disenso— a fin de burlar sus derechos. En opinión que comparto, Carranza Álvarez (2014) al comentar dicha casación ha indicado que:

[E]ntre la libertad de los contratantes de deshacer la compraventa que se articula con el retracto peticionado y la salvaguarda del derecho del retrayente, parece más correcta la opción de este segundo recurso. De lo contrario, la figura quedaría reducida, no a la decisión de quien ostenta legítimamente el derecho, sino al arbitrio de contratante cuyo accionar

11 Este autor señala que dicho derecho “limita el señorío del sueño de la cosa en cuanto que le quitan la libertad de enajenarla a quien quiera” (Albaladejo, 1997, p. 421).

12 Conforme Lacruz Berdejo (1984, p. 430).

13 Resulta interesante pensar qué pasaría si el vicio de la voluntad, para el caso de la anulabilidad, afecta al adquirente.

tendría el poder de convertirla simplemente en letra muerta¹⁴. (p. 107)

En apoyo de dicha tesis y como fundamento normativo puedo hacer referencia al artículo 1313 del Código Civil que establece que el mutuo disenso no se tiene por efectuado “si perjudica el derecho de tercero”.

VI. Conocimiento del contrato o de la transferencia

Un tema que no queda claro de la redacción del articulado del Código Civil es si para que se pueda ejercer el derecho de retracto es necesario que se haya producido solamente la celebración del contrato de compraventa o, además, se debe de haber producido la transferencia de la propiedad (por ejemplo, en los casos de compraventa de muebles en donde no se ha producido la tradición o la compraventa con reserva de propiedad). Al respecto, el mismo problema se presenta, según refiere Badanes Gasset, en el Código Civil español. Al respecto nos dice que:

[El] art. 1.521 del Código Civil no nos proporciona base suficiente para estimar como presupuesto del retracto la adquisición consumada. En efecto: según dicho precepto el retracto 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, y observamos que en el texto legal no se alude al que haya adquirido, sino al que adquiere, ósea al que está consumando un proceso que pudiera llamarse de adquisición. (Badanes Gasset, 1958, p. 59)

Repasando la opinión de los autores vemos que, por ejemplo, Lacruz Berdejo (1984) señala que “el retracto requiere una

transferencia ya realizada, de la que nace el derecho del retrayente a ponerse en lugar del comprador pagando el precio y los gastos del contrato” (p. 432). En el mismo sentido, Albaladejo (1997) señala que:

[Para el derecho de retracto] es claro que persiguiendo que el adquirente transmita al retrayente la cosa que le transfirió el enajenando, no hay posibilidad de ello antes de tal transferencia, que tiene lugar cuando en ejecución del contrato de enajenación se entrega la cosa al adquirente. Es decir, cuando la enajenación se consuma o el contrato se cumple. (p. 425).

Siguiendo en su exposición, Albaladejo (1997) nos dice que:

[P]ara poder retraer hace falta conocer la transferencia, el plazo comienza (...) a contar de (sic) que el retrayente tiene conocimiento de la misma. Pero conviene insistir, conocimiento de la **transmisión** realizada (mediante tradición), y no de la **celebración** del contrato de enajenación (venta u otro) precursor de aquella. (p. 495)

En mi opinión, si bien el artículo 1597 habla del “conocimiento” de la transferencia, dado que en el marco del retracto no nos encontramos ante un segundo contrato de compraventa o, en sencillo, ante una nueva transferencia, sino ante la sustitución del retrayente en la posición del adquirente original (incluyendo la posición de propietario si es que la transferencia se hubiera producido), no es indispensable que la transferencia se haya producido. Respecto de esta circunstancia, la de que no nos encontramos ante dos contratos ni ante dos transferencias, me apoyo en la opinión de Badanes Gasset (para el cual, sin embargo, si es necesario que se haya

14 En similar sentido, en un trabajo previo: Carranza Álvarez (2001, p. 36).

producido la transferencia de la propiedad). El referido autor nos dice lo siguiente:

El retrayente sustituye la persona del comprador, se **incrusta** en el comprador –como afirma Riaza– dando como consecuencia que el retrayente aparezca como **primero y único** adquirente de lo transmitido (en el supuesto de una sola venta) por obra del derecho que le asiste, **sin necesidad de un nuevo contrato**, de una nueva transmisión en que figure adquiriendo de un primer comprador, que se convierte en su vendedor, y **sin necesidad de tocar para la nada la compraventa primitiva, que es inatacable y debe permanecer inalterable**. No existe una segunda venta porque el figurado adquirente nada transmite al que retrate, y, por tanto, al no transmitirle el objeto del retracto, que se entiende transmitido a su primitivo dueño, que se constituye en causante del retrayente, no puede este suceder en derechos y obligaciones que solo a título de fideicomiso, pudiera decirse, tuvo en sí, pero con la obligación de no **traspasarlos**, sino de **pasarlos** directamente del primitivo vendedor al retrayente¹⁵. (Badanes Gasset, 1958, p. 63)

En similar sentido, respecto de la no existencia de dos contratos o transferencias, nos dice la Resolución N° 912-2008-SUNARP-TR-L, lo siguiente:

Aplicando el principio de tracto sucesivo en el retracto, debemos tener en cuenta su naturaleza subrogatoria (porque en un contrato de compraventa, este no se rescinde, se resuelve, ni se anula) y tampoco se produce una nueva venta del

Comentario relevante del autor



Debería ser claro que en caso de que la compraventa sea nula o sea declarada anulable, el derecho de retracto no operará o decaerá en caso hubiera sido ejercido, ya que presupuesto del ejercicio de dicho derecho es que nos encontremos ante un acto válido.

comprador al retrayente. Una vez declarada fundada la demanda el contrato permanece igual, lo único que sucede es que el retrayente, sustituye al comprador por subrogación, en todas las estipulaciones del contrato. Por ministerio de la ley se opera un cambio en uno de los contrayentes por un tercero se sustituye la retrayente por el comprador.

VII. Alcances del conocimiento

Otro tema controvertido en doctrina es qué alcances debe tener la comunicación o el conocimiento que debe tener el titular del derecho de retracto para ejercer su derecho. Así, deberá solo conocer de la existencia de un contrato de compraventa o tendrá que saber también lo pormenores de la compraventa. Albaladejo (1997), por ejemplo, nos dice que “[e]l conocimiento debe ser **completo o cumplido o cabal** (tener noticia **exacta y de todos los extremos** que interesan), y no solo referencias de la transmisión” (p. 425). En doctrina nacional, se nos dice que:

15 En posición contraria, Enneccerus (1950) señala que “el ejercicio del derecho de tanteo no opera el **ingreso** del titular en el contrato de compraventa entre el obligado y el tercero, sino un contrato de compraventa **nuevo e independiente**” (p. 103). Tal como se dijo anteriormente, en las notas de la página 99 del libro de Enneccerus, los comentaristas Blas Pérez y José Alguer nos dicen que debemos entender en este caso a “tanteo” por “retracto legal”.

[El] plazo de caducidad del retracto se inicia cuando el retrayente toma conocimiento pleno del contenido del contrato de compraventa, tales como precio, gastos, tributos, modalidades, etc. En consecuencia, el plazo de caducidad no se computa desde que el retrayente se entera, directa o indirectamente, de la celebración de un contrato de compraventa, sino desde que tiene todos los datos adecuados que le permitan decidir si le es conveniente o no ejercer el derecho de retracto¹⁶.

Al respecto, en materia jurisprudencial, no existirían pronunciamientos uniformes. Así, en un caso parece ser que la interpretación de la Corte Suprema en la Casación N° 2280-2015-Lima es que se deban conocer los pormenores de la compraventa al señalar, al momento de resolver el caso en cuestión que, “se verifica que la parte demandante reconoce que en la partida registral se encuentran registrados los datos necesarios y pertinentes para ejercer el derecho de retracto”¹⁷. Por otro lado, en sentido contrario la Casación N° 2298-2015-Huánuco, señala que:

[Cuando] se hace referencia al conocimiento de la “transferencia” no se exige que el interesado adquiera conocimiento pleno de todos los términos del contrato por el cual ha operado la transferencia de la cuota indivisa, pues justamente basta –como ya se ha explicado– con que tenga conocimiento de que dicha cuota ha sido vendida por cualquier medio. Bastará

entonces, que el interesado tenga conocimiento de la transferencia, aunque ignore los detalles en que se ha producido (siempre claro que se encuentre en posibilidad, usando la diligencia ordinaria, de acceder a la información necesaria para el ejercicio de su derecho; *verbi gratia*, cuando se entera de la existencia de un acto de compraventa al que puede acceder por medio de la publicidad registral), para que se configure el supuesto de hecho bajo comentario¹⁸.

Si bien es bastante atractiva la tesis que nos dice que es necesario conocer los pormenores de la transferencia a efectos de que se pueda ejercer el derecho de retracto, y creo que esa debería de haber sido la manera de regular dicho tema, el dato legal no es coherente con aquello. En este caso debemos recurrir no al Código Civil sino al Código Procesal Civil. Este cuerpo normativo tiene dos artículos que nos permiten pensar lo contrario. Así, el artículo 498 señala que “si el retrayente desconoce la contraprestación pagada o debida por el adquirente, ofrecerá hacer el depósito u otorgar la garantía que corresponda, según el caso, dentro de segundo día de su conocimiento”. Por su parte, el artículo 499 establece que “si en la demanda se expresa que se desconoce el precio de la contraprestación pagada o debida por el bien que se intenta retraer, en la contestación se deberá indicar expresamente esta circunstancia”. Señalado lo anterior, si incluso se puede ejercer el derecho de retracto sin conocer la contraprestación pagada (elemento esencial del

16 Extraído de: Contratos y Acto Jurídico-Consultas (enero de 2018). En *Gaceta Civil & Procesal Civil* (55), p. 139.

17 Extraído de: Retrayente que conoció de la compraventa por medio diferente al diario oficial debe ejercer su derecho a los treinta días (junio de 2017). En *Diálogo con la Jurisprudencia* (225), p. 95.

18 La referida casación forma parte del artículo de Acosta Sánchez (2018, p. 124). Sobre el particular, el autor señala: Tal criterio es erróneo al menos por tres motivos: i) establece una inexistente coincidencia entre el momento en que el condómino puede incoar el proceso de retracto con el inicio del plazo de caducidad; ii) equivoca el sentido normativo del artículo 1597 del CC al sostener que el plazo de caducidad discurre desde que el titular del derecho a retraer es informado de la sola venta, y no de sus pormenores; y iii) impone al retrayente un angustioso deber de diligencia que no es ni legal ni razonable (Acosta Sánchez, 2018, p. 127).

contrato de compraventa) con mayor razón se **debe** intentar ejercer el derecho de retracto si es que no se conoce los otros pormenores del contrato de compraventa. En dicho sentido, normativamente el plazo para ejercer el derecho de retracto se debe contar desde que se conoce la transferencia a pesar de que no se conozcan todos los detalles de esta.

VIII. El plazo para ejercer el retracto

El plazo para ejercer el derecho de retracto es de treinta (30) días calendario desde acaecido el evento que da lugar al inicio de dicho plazo. En general dicho plazo se empieza a contar desde el conocimiento presunto —en sus variadas formas— o el real, según veremos a continuación.

1. El conocimiento (presunto) mediante notificación

El artículo 1596 regula el conocimiento mediante notificación del acto que da lugar a la posibilidad de que el retracto pueda ser ejercido. En este caso nos encontramos ante dos tipos de notificaciones:

a) **Notificación directa.** En este caso, conocido el domicilio de la persona que tiene el derecho de retracto se le debe notificar a dicho domicilio a través de comunicación de fecha cierta. Nótese que no es necesario un conocimiento real del destinatario sino la sola notificación a su domicilio. En este caso, si bien en algunos casos no exista una relación contractual entre el titular del derecho de retracto y el vendedor y/o adquirente, considero que se debe aplicar el primer párrafo del artículo 1374 del Código Civil que establece que la “oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a

Comentario relevante del autor

Si incluso se puede ejercer el derecho de retracto sin conocer la contraprestación pagada (elemento esencial del contrato de compraventa), con mayor razón se debe intentar ejercer el derecho de retracto si es que no se conoce los otros pormenores del contrato de compraventa.

no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla”. Dado lo anterior, luego de recibida la comunicación se cuenta con treinta (30) días calendarios para ejercer el derecho de retracto.

b) **Notificación por avisos.** Como vía subsidiaria, el segundo párrafo del artículo 1596 establece que cuando el domicilio del titular del derecho de retracto no sea conocido ni conocible, puede hacerse la comunicación mediante publicaciones en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de mayor circulación de la localidad, por tres veces con intervalo de cinco días entre cada aviso. En este caso, el plazo se cuenta desde el día siguiente al de la última publicación. Aquí nuevamente estamos en un caso en el que no se requiere el conocimiento efectivo sino la simple puesta en conocimiento del acto que da derecho a ejercer el derecho de retracto. Con acertado criterio, y a diferencia de la versión original del artículo 1596, el Código Civil establece que solo procederá este tipo de notificación en aquellos casos en los que el domicilio del titular del derecho de retracto no sea conocido ni conocible.

Finalmente, respecto de este punto debe indicarse que sobre el vendedor y el adquirente pesa una carga de comunicación. En dicho sentido, no debe interpretarse bajo ningún punto de vista que los mismos están obligados o que de no comunicar aquello son pasibles de alguna sanción. Lo único que pasara es que, si no hacen la comunicación, el titular del derecho de retracto tendrá abierta la posibilidad de demandar el retracto, salvo que haya tomado conocimiento efectivo por otros medios o haya operado el plazo de un año, acorde con lo señalado en el artículo 1597 del Código Civil. En el mismo sentido, el artículo 501 del Código Civil establece que la “carga de la prueba del conocimiento de la transferencia corresponde a los demandados”.

2. El conocimiento real

La primera parte del artículo 1597 hace referencia al conocimiento real del acto que da derecho al retracto, indicando que, si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto del indicado en el artículo 1596 del Código Civil, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento. En este caso, estamos ante un conocimiento real y efectivo, el cual (sin necesidad de notificación alguna) hace que el plazo de treinta días empiece a correr. En este caso, será de suma importancia poder acreditar que el titular del derecho de retracto tomó conocimiento de la transferencia. Aquí son importantes tener en cuenta las consideraciones señaladas que se hicieron anteriormente respecto del alcance del conocimiento.

3. El conocimiento (presunto) registral

Finalmente, dado que atentaría contra la seguridad jurídica el que ante la desidia del vendedor y el adquirente y el no conocimiento efectivo del titular del derecho de retracto exista un riesgo de que la propiedad pueda

Comentario relevante del autor



La primera parte del artículo 1597 hace referencia al conocimiento real del acto que da derecho al retracto, indicando que, si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto del indicado en el artículo 1596 del Código Civil, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento.

ser retraída por un plazo indeterminado, el legislador ha establecido, en el marco de lo establecido en el artículo 2012 del Código Civil, que dicho conocimiento solo podrá ser opuesto después de un año de la inscripción de la transferencia. Tal como se recuerda, el artículo 2012 del Código Civil señala que “se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que aquí nos encontramos ante un conocimiento presunto que no admite prueba en contrario. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que nada obsta que dentro de ese año se notifique al titular del derecho de retracto o que el mismo adquiera el conocimiento de la transferencia. Así, la Corte Suprema ha señalado en la Casación N° 2280-2015-Lima que:

[L]a protección que tiene el retrayente para que no se le aplique la presunción del artículo 2012 durante un año, se explica únicamente en el supuesto que durante ese año no se haya tomado conocimiento por otros medios de la compraventa, siento esta la *ratio legis* de la norma, pues se asume que si el retrayente no ha podido conocer por ninguno

de esos medios la transferencia, entonces la ley le concede el plazo de un año antes que opere la presunción del artículo 2012 del Código Civil; en consecuencia, si durante el plazo del año de inaplicación del artículo 2012 del acotado código, el retrayente toma conocimiento de la transferencia por un medio distinto a la comunicación entonces el plazo de treinta días se aplica y se cuenta a partir de dicha circunstancia, toda vez que, resultaría irrazonable que el retrayente en ese caso, se favorezca con el plazo de un año; no obstante, que de manera efectiva haya tomado conocimiento de la compraventa¹⁹.

Dado que en este caso se apela al conocimiento a través de la inscripción registral, surge la pregunta si es que es en verdad la inscripción la que da inicio al cómputo del año o es, en el marco del principio de prioridad preferente, la presentación del título a los Registros Públicos. Al respecto, el principio de prioridad preferente regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN, establece que los “efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, salvo disposición en contrario”. En mi opinión, dada la naturaleza y regulación del derecho de retracto, dicho principio no sería aplicable debiendo empezar a computarse el plazo desde la fecha efectiva de la inscripción y no de la presentación del título.

IX. Tipo de plazo

El plazo establecido de treinta (30) días es uno de caducidad. Así lo ha entendido, la Corte Suprema (Casación N° 3068-2013-Lima²⁰), la cual ha señalado lo siguiente:

Refiriéndonos a la pretensión postulada, queda claro que el retracto se encuentra sujeto, necesariamente, a plazos de caducidad y no de prescripción, pues, es evidente que, de no ejercerse oportunamente este derecho, quien ostentaba la prerrogativa legal de subrogar al comprador de determinado bien sobre el que ostentaba preferencia, no cuenta más con dicha prerrogativa, simplemente porque, luego de caduco, el sistema jurídico le denegará dicha posibilidad. En este punto se debe precisar que, atendiendo a su propia naturaleza y a la posibilidad de lesionar derechos de terceros adquiridos de manera onerosa, el derecho de retracto caduco no podrá hacerse de manera extrajudicial, porque, reiteramos, dicha persona no contará más con el derecho de subrogar a otra. Aunado a ello, es evidente que nuestro ordenamiento jurídico ha otorgado un plazo especial bastante corto para el ejercicio de este derecho, por lo que, se entiende que es un plazo de caducidad, por lo que, de lo contrario le serían aplicables las reglas genéricas de prescripción del artículo 2001 del Código Civil.

Las consecuencias de encontrarnos ante un plazo de caducidad son, entre otras, que la misma puede ser declarada de oficio o a petición de parte y que no admite interrupción

19 Extraído de: Retrayente que conoció de la compraventa por medio diferente al diario oficial debe ejercer su derecho a los treinta días (junio de 2017. En *Diálogo con la Jurisprudencia* (225), p. 95.

20 Extraído de: Corte Suprema dice que el plazo para ejercitar el derecho de retracto es de caducidad, en *Diálogo con la Jurisprudencia* (enero de 2015).

ni suspensión, salvo el caso previsto en el inciso 8 del artículo 1994 (mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano).

X. Obligatoriedad del otorgamiento de garantía

El artículo 1598 del Código Civil establece que “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”. Complementando lo anterior, el segundo párrafo del artículo 495 Código Procesal Civil establece que “si en la transferencia se pactó plazo para el pago del saldo, el retrayente otorgará garantía suficiente, a criterio del juez, dentro de segundo día”. Dichas normas tienen como objetivo respaldar al vendedor, ya que el contrato original fue celebrado sobre la base de una estimación de la solvencia económica del adquirente y producto del retracto el vendedor se encuentra vinculado a un sujeto diverso. Bajo dicho marco, la presentación de la garantía es la salvaguarda que el ordenamiento jurídico otorga al vendedor.

XI. El supuesto enajenaciones sucesivas

El artículo 1601 se pone en el supuesto en el que se hubieran realizado enajenaciones sucesivas. Al respecto nos dice que “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 solo por el precio, tributos, gastos e intereses de la misma. Quedan sin efecto las otras enajenaciones”.

Sobre el particular quisiera llamar la atención de la última parte del artículo. Según el texto expreso de la ley, las demás enajenaciones quedan sin efecto. Esto, en mi opinión refuerza la tesis de que nos encontramos ante

una única transferencia, ya que las demás enajenaciones quedan sin efecto debido a que el sujeto que transfirió –el adquirente original– lo hizo sin derecho, al haberse formulado el retracto.

Un tema de bastante interés es el relativo a las garantías que se pudieran haber constituido. Al respecto, Cantuarias (1992) señala que:

[F]elizmente el artículo 1601 del Código Civil, o sabemos si intencionalmente o por omisión, establece que solo quedarán sin efecto las “otras enajenaciones”, por lo que los 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. (p. 67)

Sobre el particular, debo indicar que estoy en contra de dicha tesis. Si las enajenaciones caen todos los demás actos consecuentes, incluyendo la constitución de garantías o derechos reales derivados, dejarán de tener efecto ya que no tendrán un antecedente del cual emanar. No era necesario que el Código Civil haga referencia expresa a una situación como aquella.

XII. Inexigibilidad de la conciliación extrajudicial

En el marco de la importancia del plazo de treinta (30) días con el que se cuenta para ejercer el derecho de retracto, la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, señala en el literal d) del artículo 9 que, a efectos de la calificación de la demanda judicial de retracto, no es exigible la conciliación extrajudicial, sino que la misma es facultativa.

Referencias bibliográficas

Acosta Sánchez, R. (enero de 2018). Precisiones en torno al ejercicio del derecho de retracto y su caducidad. *Diálogo con la Jurisprudencia*(232).

- Albaladejo, M. (1997). *Compendio de Derecho Civil* (Décima ed.). Barcelona: Bosch.
- Amaya, L. (2006). Artículo 1595. Irrenunciabilidad e intransmibilidad del retracto. En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (Tomo VIII). Lima: Gaceta Jurídica.
- Badanes Gasset, R. (1958). *La preferencia adquisitiva en el Derecho español (tanteo, retracto, opción)*. Barcelona: Bosch.
- Cantuarias, F. (1992). Retracto: réquiem de un derecho “económico y social”. *Themis*.
- Carranza Álvarez, C. (junio de 2001). El derecho de retracto: ¿por qué y para qué? *Actualidad Jurídica*(91).
- Carranza Álvarez, C. (febrero de 2014). Resolución de contrato y retracto. *Diálogo con la Jurisprudencia*(185).
- De la Puente, M. (1999). Derecho de retracto. En *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Sexta ed., Vol. Tercero). Madrid: Thomson - Civitas.
- Enneccerus, L. (1950). *Derecho de Obligaciones* (Vol. Segundo. Doctrina Especial). Barcelona: Bosch.
- Lacruz Berdejo, J. L. (1984). *Manual de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch.
- León, M. (2004). El retracto en los contratos de compraventa a plazos. El paradigma obligatorio y unidimensional del legislador. *Ius et Veritas*(29).
- Vásquez, J. (agosto de 2014). El derecho de retracto y la protección del tercero registral. *Diálogo con la Jurisprudencia*(191).