



## COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

## El retracto y algunas aproximaciones a su constitucionalidad

Comentario a la sentencia recaída en la Casación N.º 2605-2017 Puno

José Campos Bermúdez\*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

### SUMARIO

1. Introducción. — 2. Resumen del caso y las sentencias. — 3. Comentarios a la sentencia casatoria. — 4. El derecho de retracto en una economía social de mercado. — 5. El derecho de propiedad y el retracto. — 6. Función social de la propiedad y el retracto. — 7. El derecho fundamental a la contratación y el retracto. — 8. Análisis de constitucionalidad de las hipótesis de retracto. — 9. Constitucionalidad del retracto del litigante. — 10. Referencias bibliográficas.



#### RESUMEN

Se reflexiona sobre los siguientes puntos: ¿el retracto sería una limitación al derecho de propiedad del comprador?, ¿con el retracto se impactan o no dos de los derechos a la contratación?, ¿el retracto sería o no un límite que se sustenta en el orden público?, ¿sería adecuado o no que con el retracto exista un derecho fundamental a la cuota indivisa del copropietario o un derecho constitucional al crecimiento de la vivienda?, entre otros.

**Palabras clave:** Limitación al derecho de propiedad / Contratación / Orden público

**Recibido:** 06-12-18

**Aprobado:** 14-12-18

**Publicado en línea:** 02-01-19



#### ABSTRACT

*The following points are considered: would the retraction be a limitation on the right of property of the buyer? With the retraction, two of the rights to contracting are impacted or not? Would the retraction be a limit based on public order?, would it be appropriate or not that with the retraction there is a fundamental right to the undivided share of the co-owner or a constitutional right to the growth of housing?, among others.*

**Keywords:** Limitation of property rights / Contracting / Public order

**Title:** The retraction and some approximations to its constitutionality

**Author:** José Campos Bermúdez

\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Campos, Herbozo & Toribio Abogados.

## 1. Introducción

Es cierto que nuestro proceso de constitucionalización del derecho civil tiene que ser distinto al experimentado en Europa, de donde proviene; pues la Constitución como fenómeno social y jurídico es, entre nosotros, anterior a los códigos civiles, cosa contraria a como ocurrió en el viejo continente<sup>1</sup>.

Es cierto también que, con el reconocimiento a partir de sentencias del Tribunal Constitucional de que el nuestro es un Estado social y democrático de derecho, nadie duda que el Código Civil debe aplicarse bajo la primacía jerárquica de la Constitución y sobre todo del respecto de los derechos fundamentales que esta consagra, lo que obliga a los operadores jurídicos a reinterpretar los institutos de aquella rama del derecho.

Algo de eso pretendemos realizar en este trabajo, a propósito de la emisión de una sentencia casatoria sobre el derecho retracto, la que, por su singular falta de incidencia a la realidad del caso concreto, nos sugiere la interrogante sobre si merece o no seguir siendo regulada en el escenario de vigencia de la economía social de mercado y las exigencias de la función social de la propiedad y los límites al derecho a la contratación.

Como es bueno recordar, el artículo 1592 del Código Civil define al derecho de retracto como el otorgado por la ley

a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. Para que se ejercite este derecho, el retrayente debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por este y, en su caso, los intereses pactados. Esta figura jurídica no aplica a las ventas efectuadas por remate público.

## 2. Resumen del caso y las sentencias

### 2.1. Hechos del caso

El 7 de diciembre del 2012, los esposos Quintanilla-Muñoz (retrayentes), en su calidad de propietarios del lote n.º 02 de 158,45 m<sup>2</sup>, demandaron a los esposos Salazar-Apaza, con el fin de subrogarse en el lugar de estos en el contrato de compraventa celebrado el 9 de mayo del 2012 del lote n.º 01 ubicado en el jr. Jorge Chávez n.º 257, ciudad de Juliaca, Puno. Sostienen que el lote n.º 01, objeto de este contrato, constituye el predio sirviente del suyo (lote n.º 02), en virtud de la servidumbre de paso, en cuyos aires y sobresuelo han construido un edificio de cinco pisos.

Por esta razón, invocando la causal de retracto prevista en el inciso 6 del artículo 1599 del Código Civil, esto es, la hipótesis de predios urbanos subdivididos que no pueden ejercer sus derechos sin someter parte del bien a servidumbres, los actores persiguen subrogarse en el lugar de los mencionados compradores del lote n.º 1, acompañando los depósitos del pago

1 LEON HILARIO, Leysser, "La constitucionalización del derecho privado y el declive del título preliminar del Código Civil". Recuperado de <<https://bit.ly/2BklMXN>>.

del precio (US\$70 000) e impuestos, alegando que la vendedora Carcausto Tapia ni los compradores le remitieron la comunicación de fecha cierta que exige el artículo 1596 del Código Civil, informándole de la venta y que recién el 9 de noviembre del 2012 se enteró de dicha operación económica por la entrega de una copia simple de la escritura pública. Así, sostienen que, como su demanda la presentaron dentro del plazo de treinta días computados desde esta fecha, cumplieron con el requisito previsto en el indicado artículo 1596.

En su contestación de fecha 10 de enero del 2013, los esposos Salazar-Apaza alegaron que no realizaron tal comunicación porque consideraron que el plazo que tenían los actores para invocar su derecho de retracto caducó en la compraventa anterior celebrada el 10 de agosto del 2001, que hicieron los originarios propietarios a su hija Carcausto Tapia, fecha en la que los demandantes ya eran propietarios del lote n.º 02.

Es conveniente, para el mejor entendimiento del caso, ir señalando que en él, por ahora, se da cuenta de la presencia de dos contratos de compraventa: (i) de los esposos Carcausto-Tapia, en favor de su hija Carcausto Tapia (2001); y (ii) de Carcausto Tapia, en favor de los esposos Salazar-Apaza (2012), que es objeto de la demanda de retracto. Más adelante, veremos que se inserta en la realidad el caso (no en el expediente) una tercera compra, y, por indagación propia para estos comentarios, una cuarta compra y

hasta una hipoteca, todo lo cual torna en retórica la decisión final de la casación. Continuemos.

Añaden los demandados que es falso que a los actores se les haya entregado una copia simple de la escritura de compraventa del 9 de noviembre del 2012 y que ellos tenían pleno conocimiento de la transferencia desde junio del 2012 en que se inició la remodelación de las construcciones existentes en el sub lote n.º 01, ya que el material ingresó por la servidumbre, ensuciándola, no solo causándoles malestar, sino hasta una notificación (el 3 de setiembre del 2012) de la Municipalidad Provincial de San Román, imputándoles la comisión de una infracción, la misma que estos replicaron atribuyéndola más bien a los actores. En tal sentido, dedujeron la excepción de caducidad por considerar que se había vencido el aludido plazo de treinta días.

## 1.2. Decisiones del Poder Judicial

Con resolución de fecha 21 de mayo del 2013, el Juzgado, considerando aplicable el plazo de un año que prescribe el artículo 1597 (“Principio de publicidad”), declaró infundada la excepción de caducidad porque la demanda se presentó el 7 de diciembre del 2012, esto es, antes del año desde que se inscribió la compraventa en los registros públicos (21 de mayo del 2012).

Respecto del asunto de fondo, con sentencia de fecha 29 de enero del 2014, el Juzgado declaró infundada la demanda

por considerar que, si bien producto de la subdivisión del lote originario este quedó dividido en el lote n.º 01 y el lote n.º 02, con una servidumbre de paso para ambos, en la inspección judicial se verificó que tal servidumbre consistente en el callejón, permite que sobre ambos lotes se pueda ejercitar todos sus derechos de propiedad, no cumpliéndose por tanto el presupuesto previsto en el inciso 6 del artículo 1599 del Código Civil.

Posteriormente, luego que la Sala Superior revocara la decisión del Juzgado y declarara fundada la excepción de caducidad (29 de enero del 2015) y la Corte Suprema, en revisión, la declarara infundada (1 de setiembre del 2015), el caso retornó a la primera Sala para que expida la resolución sobre el fondo. Así, con sentencia de vista de fecha 24 de abril del 2017, se revocó la sentencia de primera instancia y se declaró fundada la demanda, sustentando esta decisión en el hecho de la división del predio original en dos sublotes n.ºs 01 y 02, y la servidumbre de paso establecida entre ellos, que otorgaba derecho a los demandantes para subrogarse en el lugar de los compradores Salazar-Apaza, a quienes la Sala califica como personas extrañas.

Presentado el recurso de casación por la parte demandada, la Corte Suprema declaró procedente el mismo por las siguientes causales: (i) aplicación errónea del artículo 1599 inciso 6; (ii) aplicación incorrecta del artículo 199 del Código Procesal Civil (no se valoraron todas las

pruebas en especial la inspección judicial que constataría que el lote 2 tiene un acceso independiente y la servidumbre de paso no disminuiría el valor de ambos predios); (iii) inaplicación de los artículos 1596, 1597 y 2012 del Código Civil (caducidad del plazo considerando la primera transferencia del 2001); (iv) afectación al debido proceso al inobservar el artículo 139 de la Constitución y el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil (ha resuelto pretensiones no alegadas en la demanda ni se atendió la solicitud del tercero coadyuvante de fecha 25 de abril del 2017).

Fue esto último lo que suscitó el interés de la Sala Suprema por la eventual posibilidad de que se haya afectado el derecho de defensa del tercero y procedió por eso a analizar este extremo.

Así, luego de invocaciones genéricas no sustanciales en los primeros siete considerandos, en el octavo dio cuenta de su revisión de la Partida N.º 11001589 y de cómo encontró que el predio había sido vendido a Álvarez Mesías, la tercera que solicitó incorporarse al proceso como litisconsorte, pero cuya participación fue denegada por la Sala Superior. Sobre la base de este “hallazgo”, la Sala Suprema consideró que se ha vulnerado el derecho de defensa de dicho tercero, a quien se consideró que debe ser parte procesal por tener un legítimo interés, por lo que la sentencia de vista dictada sin haberla emplazado es nula, debiendo emitirse una nueva por parte de la Sala Superior.

## 2. Comentarios a la sentencia casatoria

Este caso y su sentencia casatoria nulificante final nos sugiere varios comentarios de diverso orden. Primero, señalar que el caso no concluyó, pues la Corte Superior tendrá que emitir una nueva sentencia atendiendo lo dispuesto por la Corte Suprema. Esto significa que el litigio judicial o el expediente sigue abierto, pero nos preguntamos qué ocurre más allá de ese cúmulo de hojas de papel que se confunde con tantos otros homólogos y alegóricos de otros problemas que enfrentan nuestros magistrados.

Como ya adelanté antes, para la elaboración de estos comentarios y obligado por la necesidad de encontrar más elementos de análisis o información que no proporciona esta sentencia, indagué en la partida registral del predio y encontré que no solo se habían celebrado cuatro progresivas compras del mismo, sino que se había constituido, además, una hipoteca en favor de un banco por un préstamo que este hizo a su último y actual titular, persona que por cierto no es el tercero a quien la Corte Suprema busca tutelar, sino un cuatro si cabe el término, que es completamente ajeno al proceso, pese a que su adquisición es del 6 de diciembre del 2017, esto es, antes que se emita la sentencia casatoria bajo comentario.

¿Es posible semejante falta de vinculación de la sentencia con la realidad? Lo es, en efecto, y eso ya no solo por los yerros de nuestras cortes, sino por uno

de los operadores de derecho, nosotros los abogados. Y es que, aunque parezca increíble, la medida cautelar de anotación de demanda, que tendría por objeto que prevalezcan los efectos del fallo final que se emita en el caso, se inscribió apenas hace unos meses.

### IMPORTANTE

[...] [S]on dos los derechos a la contratación que se impactan con el derecho de retracto. El del propietario vendedor antes de la operación de enajenación y el del comprador propietario después de tal enajenación. Si bien estimamos que la posición del propietario vendedor se ve mellada por la figura del retracto, en la medida que como ya anotamos antes, el precio que obtendría sería menor con la presencia del retracto, es sustancialmente el derecho a la contratación del comprador propietario el que se verá afectado por el retracto.

Como se lee, la demanda presentada el 7 de diciembre del 2012 fue anotada en registros públicos el 24 de agosto del 2018, casi seis años después de interpuesta. No debería apenarnos decir que tamaña hazaña de fe y confianza en la probidad de la contraparte, tiene que ser obra del cándido letrado del demandante. Y es que resultaría difícil pensar que si un abogado advierte a su cliente (que en este caso ha desembolsado US\$72 000), de que, si no anota la demanda, el resultado del proceso puede ser solo retórico, no haya aceptado abonar la

tasa judicial de S/500 para asegurar la efectividad de la sentencia.

Gracias a semejante olvido o, diríamos mejor, eventual negligencia justificativa de una acción de daños por pérdida de la *chance*, lo decidido (parcialmente porque el proceso continúa) por el Poder Judicial en seis largos y onerosos años para los actores carece de absoluta incidencia en la realidad. Esta sentencia podría sí tener celestial vigor en el cielo de los conceptos jurídicos, pero resolver un problema real y concreto, no.

Qué interés tendrían ahora los demandantes en agenciarse la propiedad del otro subote, si sobre él pesa una hipoteca, para qué seguir litigando si su propósito quedó trunco definitivamente. A menos que existan otros motivos personales indetectables en los folios de los expedientes y que el derecho civil no debe fomentar ni tutelar, de nada sirve que el caso continúe por varios años más. Y todo gracias a no anotar la demanda a tiempo.

Ahora bien, este caso nos sugiere otra pregunta quizá un tanto transgresora: ¿tiene una utilidad práctica la figura del retracto? Trataremos en seguida de esbozar una respuesta.

### 3. El derecho de retracto en una economía social de mercado

Respecto de nuestra figura de estudio, DE LA PUENTE Y LAVALLE<sup>2</sup> nos dice

2 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, "El derecho de retracto", en *Themis*, N.º 38, Lima: 1998, p. 126-127.

que tuvo su origen en el Antiguo Testamento. No fue conocido en el derecho romano, pues contrariaba el principio de la máxima libertad en la compraventa, y tuvo gran difusión en el derecho intermedio (España, Francia e Italia), llegándose a reconocer entonces hasta veinticinco clases de retractos, restringidas estas luego solo a tres en el Código de Napoleón (de indivisión, de sucesorio y litigioso). Esta figura jurídica estuvo presente en nuestros códigos civiles de 1852, 1936, en el vigente de 1984, y todo parece indicar que lo seguirá estando porque no ha sido tocado en el "proyecto" (no sabemos si apócrifo) de reforma.

El artículo 1592 del Código Civil lo define como el derecho que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa, reembolsando al adquiriente el precio, los tributos y gastos pagados. Acota que este derecho no es procedente en las ventas efectuadas por remate público.

El artículo 1599 del citado cuerpo legal enumera los titulares que gozan de este derecho y contemplaba al inicio hasta siete de ellos<sup>3</sup>. Posteriormente, a

3 CÓDIGO CIVIL. 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.

través del Decreto Legislativo N.º 757 del 8 de noviembre de 1991, se derogó el que quizá era el derecho de retracto más usado. Nos referimos al que gozaba el arrendatario. ¿Cuál sería la razón de tal derogación apenas siete años después de promulgado el Código Civil?

Es importante destacar a los propósitos de este trabajo que el mencionado decreto modificatorio se denomina Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. No es necesario entrar en detalles de la crisis económica y social que se vivía por entonces, solo es preciso mencionar que el objeto de esta norma era garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, estableciendo derechos, garantías y obligaciones aplicables a todas las personas que participan de la actividad económica, considerándose entre ellas la comercialización de bienes, en un marco de libre competencia, en el que los precios resultan de la oferta y la demanda, y en el que se garantiza la propiedad privada y sin que el Estado establezca tratamientos discriminatorios ni diferenciados.

Esta norma es un antecedente del cambio que vendría después y que se

- 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 aquélla y ésta reunidas no excedan de dicha unidad.

consagraría en la Constitución de 1993 con el reconocimiento de la economía social de mercado, con un matiz distinto al que fue reconocido en la Constitución de 1979. Conforme lo establece el artículo 58 de la carta magna vigente, la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado, en la que el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Antes anotamos que el Decreto Legislativo N.º 757 derogó el derecho de retracto del arrendatario, el primero de los reconocidos en el Código Civil, y por eso es pertinente que nos preguntemos si a tal derogación pueden sumarse otras o quizá deba derogarse totalmente esta antigua figura jurídica, a la luz de la dinámica de la moderna sociedad tecnológica.

Ya Fabián NOVAK<sup>4</sup>, en un trabajo del año 1990, luego de sintetizar los argumentos dados por la doctrina para justificar la vigencia social y económica del retracto, a saber: el mejor aprovechamiento de la riqueza, la consolidación del dominio en una sola mano (beneficio de la familia), evitar el detrimento del deudor en el litigio, proporcionar la propiedad de los predios a quienes

4 NOVAK TALAVERA, Fabian, *El derecho de retracto en el Código Civil peruano de 1984*. tesis para optar el grado académico de bachiller de Derecho, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990. EN CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Retracto: *réquiem* de un derecho 'Económico y Social'", en *Themis*, n.º 24, 1992, p. 63.

los trabajan, así como culminar con estados de indivisión o servidumbres; se cuestionaba si estas restricciones a la contratación privada afectaban el libre intercambio de bienes.

### IMPORTANTE

La fórmula “mejor aprovechamiento de la riqueza” estaba vinculada con el retracto del arrendatario ya derogado. Aun así, consideramos que no sería compatible con la libre iniciativa privada ni con economía social de mercado de nuestra Constitución, que sea el Estado el que determine cómo se debe aprovechar mejor los bienes inmuebles, en la medida que tal intervención escapa al ámbito de la salud, la promoción del empleo, la educación, la seguridad y los servicios públicos.

En la misma línea, en un trabajo del 1992, considera Fernando CANTUARIAS<sup>5</sup> que más que preguntarse si es verdad que el retracto no importa perjuicio alguno para las partes y los terceros, lo correcto sería preguntarse si el retracto es el mecanismo idóneo para cumplir los referidos intereses del legislador dentro de una sociedad moderna.

Antes de dar cuenta de los argumentos expresados por el autor citado y las propias sobre el asunto en cuestión, estimo conveniente que hagamos el esfuerzo de despojarnos, aunque ello

5 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Retracto: *réquiem* de un derecho ‘Económico y Social’”, en *Themis*, n.º 24, 1992, p. 63.

resulte imposible para un enfoque del derecho, de la idea o concepción política o ideológica del rol del Estado en una economía social de mercado. Nos guste o no, es esta la que nos rige y debemos tratar de buscar la mejor respuesta jurídica que sea compatible con ella y los problemas reales que se presentan en nuestra sociedad.

Aproximémonos a esta respuesta, revisando los contornos de los derechos fundamentales a la propiedad y a la contratación y los motivos que se invocan para limitarlos o restringirlos, para verificar si estos se presentan en la figura bajo estudio.

#### 4. El derecho de propiedad y el retracto

En el caso del derecho a la propiedad, que, como sabemos, es uno de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, en el inciso 16 de su artículo 2, es también un instituto que forma parte de su régimen económico, cuyo artículo 70 establece que ella es inviolable, que el Estado la garantiza y que se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.

En relación con la noción del “bien común”, el Tribunal Constitucional la ha identificado con la de la “función social” prevista en el artículo 923 del Código Civil<sup>6</sup>, de modo que podemos

6 Véase, al respecto, el Expediente N.º 0048-2004-AI/TC del 31 de marzo del 2005: “Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con

establecer una coherencia entre ambas normas jurídicas.

Ahora bien, una regulación que haya fijado límites al ejercicio del derecho de la propiedad, como la contemplada por el Código Civil, cuando se ocupa del derecho de retracto, tiene que ser reinterpretada bajo el prisma de la Constitución y la noción del bien común o función social. Sin ella, tal regulación resulta arbitraria y desproporcionada.

Establezcamos antes en qué medida o en qué situaciones el derecho de retracto limitaría el derecho de propiedad. La primera sería en la del vendedor que solo podría ofertar y concretar un acuerdo de venta libre del bien con los titulares del derecho de retracto que señala la ley. Y la segunda sería en la del comprador, que, habiendo ya abonado el precio y convertido en propietario bajo el efecto traslativo del consenso del artículo 949 del Código Civil, ve afectado ese derecho por la aparición de un tercero que reclama ocupar su lugar.

A nuestro juicio, la afectación sustancial o limitación al derecho de propiedad que representa la figura del retracto, solo se aplicara en la segunda situación descrita, esto es, la del comprador convertido en propietario cuyo ejercicio es amenazado por un tercero que reclama su puesto. Si bien

---

el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial”.

esto es así, no negamos, sin embargo, que la posición jurídica del vendedor propietario del bien se vea algo mellada en la medida que, como sostuvo CANTUARIAS, el precio de venta tenderá a ser menor si los eventuales oferentes compradores asumen la carga o riesgo de la aparición de un tercero que pretenda dejar sin efecto su adquisición<sup>7</sup> a través

---

7 Señala Cantuarias que la sola posibilidad de que alguno de los copropietarios pueda retraer la parte alícuota que se quiere vender, 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 jugar al “azar” en una compra que luego puede ser materia de alguna reclamación judicial. De esta manera, la capacidad de negociación del propietario se verá seriamente limitada. Añade este autor que el riesgo que implicaría el ejercicio del derecho de retracto por parte de los condóminos va a determinar que el precio a ser ofrecido a cambio de la cuota sea sensiblemente menor al que podría aspirar de ofertarlo libremente en el mercado. 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, los eleve, ya que el potencial comprador tendrá no solo 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 onerosas (CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Retracto: *réquiem* de un derecho ‘Económico y Social’”, en *Themis*, n.º 24, Lima: 1992, pp. 65-66).

de un largo proceso, en el que el bien permanecería prácticamente fuera del comercio o sin ser objeto de garantía de un préstamo.

Y es que, naturalmente, la demanda que se presente será anotada en registros públicos por el retrayente demandante. Si en el caso bajo comentario no ocurrió así, fue probablemente porque el abogado del demandante no instruyó bien a su cliente.

Con todo lo expresado, es claro que la figura del retracto representa una limitación al derecho de propiedad del comprador (y de obtención de un mejor precio del vendedor) y configura una también clara situación de inseguridad jurídica, sin mencionar la afectación a la libre competencia que debe ser garantizada por el Estado. La cuestión es: ¿se justifican tales situaciones de limitación, inseguridad y falta de competencia?, ¿la función social de la propiedad aplicada al retracto es más estimable o trae mayores ventajas?

Denotando su desacuerdo, señala CANTUARIAS, que no entiende por qué el derecho tiene que crear todos estos costos para privilegiar a quienes (usufructuario, arrendatario, condómino, superficiario, coligante o colindante), pueden adquirir su derecho libremente en el mercado y quienes, a diferencia de los terceros, están 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<sup>8</sup>.

## 5. Función social de la propiedad y el retracto

Volvamos a la “función social” de la propiedad porque ella tendrá que darnos la justificación de la regulación del retracto. Respecto de aquella noción, el Tribunal Constitucional afirma<sup>9</sup>:

La propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de *explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común*. Ello requerirá la utilización de los bienes *conforme a su destino natural en la economía*. [El resaltado es nuestro].

Conforme a esta sentencia, el derecho fundamental de la propiedad no es absoluto, sino que necesita ser delimitado con los intereses de la comunidad. Hasta aquí todo está en orden, es preciso ir más allá. La cuestión es: ¿cómo fijamos los linderos de la función social?

KRESALJA y OCHOA, señalando que ello no es tarea fácil, dan cuenta de

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>9</sup> Véase, al respecto, el Expediente N.º 0008-2003-AI/TC de fecha 11 noviembre del 2003. Recuperado de <<https://bit.ly/2QUaxiJ>>.

exigencias socioeconómicas que permiten configurar técnico-jurídicamente al interés social: (i) el combate a toda práctica que limite la libre competencia y al abuso de posición dominantes o monopólicas (art. 61); (ii) la defensa del interés de los consumidores y usuarios (art. 65); (iii) la promoción del uso sostenible de los recursos (art. 67); (iv) la reserva de ley para fijar los límites y la extensión de la propiedad agraria según las peculiaridades de la zona (art. 88); y (v) la extinción de la propiedad privada agraria por abandono, según previsión legal para su adjudicación en venta (art. 88)<sup>10</sup>.

Antes de contrastar estas exigencias y verificar si algunas de ellas son satisfechas para reconocer del derecho de retracto, es necesario dejar establecido que, como sostiene GONZALES BARRÓN en posición que coincidimos, la función social que autoriza la intervención del Estado, solo puede concretarse a través de una norma legal que imponga las limitaciones al derecho de propiedad y que declare qué es la función social. Si ello no ocurre, el propietario no está sujeto a limitación alguna<sup>11</sup>.

Esto es así, porque, agrega el citado autor, la función social de la propiedad no es un concepto jurídico en sentido propio y no se le puede colocar en el mismo plano que a la propiedad. Así, la

función social no hace presión interna sobre el concepto de propiedad, sino únicamente externa, como una guía programática para que el legislador pueda intervenir en la vida económica<sup>12</sup>. Por eso, sentencia este autor, la propiedad es el derecho fundamental tutelado por la Constitución, no así la función social<sup>13</sup>.

Repasemos y verifiquemos ahora los motivos que están detrás del reconocimiento del derecho de retracto, a la luz de las exigencias y contornos constitucionales y dogmáticos de la noción de función social de la propiedad.

Como ya anotamos antes, se justificaba la vigencia social y económica del retracto, indicando que este implica una mejor forma de aprovechamiento de la riqueza, consolida el dominio en una sola mano (en beneficio de la familia), evita el detrimento del deudor litigante, proporciona la propiedad a quienes los trabajan y culmina los estados de indivisión o servidumbres que van en detrimento de la propiedad. Recogiendo esta justificación, en la Exposición de Motivos del Título de Retracto se concluyó que el interés social del legislador de conceder el retracto en todas sus formas prevalece sobre la adquisición inmobiliaria, sacrificando incluso la seguridad del tráfico inmobiliario<sup>14</sup>.

10 KRESALJA, Baldo y César, OCHOA, *Derecho constitucional económico*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009, p. 265.

11 GONZALES BARRÓN, Gunter, *Derechos reales*, Lima: Jurista, 2005, p. 530.

12 *Ibid.*, p. 530

13 *Ibid.*, p. 532.

14 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS OFICIAL DEL CÓDIGO CIVIL—Derecho de Retracto—, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de julio de 1987, p. 12. En: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Retracto: *requiem* de un derecho

Esta posición no tardó en ser contestada por CANTUARIAS, para quien ese “‘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”<sup>15</sup>.

En la otra orilla se encuentra CASTILLO FREYRE, quien, sin realizar un juicio de valor sobre la constitucionalidad de nuestra figura de estudio (tampoco lo hizo en verdad Cantuarias porque su posición fue expresada antes de la Constitución de 1993), apuesta por su mantención sosteniendo que, si bien en muchos casos el retracto puede ser calificado como un derecho contrario al tráfico de los bienes en una sociedad y ser negativo, ello no es radicalmente cierto, en la medida que hay argumentos de orden económico que abonan en la permanencia de los casos de retracto que nuestro Código Civil contempla<sup>16</sup>.

Añade el citado autor que estuvo en desacuerdo en su oportunidad solo con el retracto del arrendatario, pero como

este ya fue derogado y era el más utilizado considera excesivo la derogación integral de la figura<sup>17</sup>.

### IMPORTANTE

[...] [E]l retracto del nudo propietario, del usufructuario, del dueño del suelo, del superficiario, del propietario de predios urbanos divididos y del propietario del predio rústico, tienen por finalidad la consolidación de todos los atributos de la propiedad en una sola mano, evitando la desmembración del derecho de propiedad que se juzga a priori económicamente incorrecto o, en el caso del último de los tipos de retracto, la modernización y productividad de la tierra al permitir la inversión y el crédito en este ámbito de declarada prioridad para el Estado, conforme lo establece el artículo 88 de la Constitución.

Como ya anotamos, no vemos que haya habido un análisis de la vigencia del retracto a la luz de la economía social de mercado de la Constitución vigente y teniendo en cuenta las exigencias que plantea la función social de la propiedad. Trataremos de realizar a continuación esta tarea.

En principio, es necesario señalar que en vista de que el Código Civil es una norma con rango de ley anterior a la Constitución vigente, no cabría postular su derogación automática por incompatibilidad con esta, porque ello

‘Económico y social’”, art. cit., p. 68).

15 *Loc. cit.*

16 CASTILLO FREYRE, Mario, “Comentarios al Contrato de Compraventa”, en *Análisis detallado de los artículos 1529 al 1601 del Código Civil*, Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 362.

17 *Loc. cit.*

contravendría el principio de legitimidad de la actuación del legislador. De este modo, lo único que se puede realizar es una interpretación de las reglas del retracto y buscarle coherencia con la actual carta magna. De no encontrarla, sí cabría una recomendación para su derogación o inaplicabilidad, a través del legislador o por los jueces vía control difuso, respectivamente.

Entonces, nos preguntamos: ¿limita el retracto la libre competencia y combate el abuso de posición dominio? Es claro que sí la limita, esto es reconocido por el propio CASTILLO FREYRE, solo que argumenta que hay razones económicas para ello.

Dijimos antes que es el comprador instituido propietario el afectado sustancialmente con el derecho de retracto del tercero que busca reemplazarlo en su posición. En este sentido, el análisis de la constitucionalidad tiene que ser apreciado desde la perspectiva del comprador propietario, pues este es el titular del derecho fundamental a la propiedad, y quien recibiría el impacto de la intervención del Estado<sup>18</sup>.

Ahora bien, como el análisis del reconocimiento de un derecho sustantivo no puede prescindir de las condiciones de su tutela procesal, es necesario detenernos aquí para mirar nuestra realidad

y adquirir conciencia de lo onerosos y largos que son los procesos en nuestro país. No podemos soslayar que un proceso abreviado, bajo cuyas reglas se tramita esta petición del retrayente, puede durar un quinquenio, tiempo en el cual el inmueble permanecerá prácticamente fuera del comercio y sin posibilidad de servir de garantía de un préstamo, porque la demanda quedará anotada en registros públicos, dando publicidad al litigio e inhibiendo a otros agentes del mercado, como los bancos, por ejemplo. Si esto no ocurrió en el caso de la sentencia bajo comentario, es porque se cometió la negligencia grave de no solicitar tal anotación de demanda y por eso el largo proceso (aun inconcluso), terminó siendo una oda al despilfarro del sistema de justicia.

¿Y a santo de qué comprometemos la ley a semejante despropósito? Compartimos con la reserva que luego conocerán, la posición de Cantuarias, en el sentido que los titulares de este derecho de retracto en el código, se encuentran en buenas condiciones de concretar un acuerdo razonable con el vendedor, si estuvieran interesados en la compra. Nótese que no existe ley que les prohíba realizar la compra. En ese sentido, juzgamos innecesario que se limite con el retracto la libre competencia entre las personas. El precio que resulte de aquella será libremente fijado por la ley de la oferta y la demanda, sin la perturbación del riesgo de asumir un futuro reclamo de nadie.

18 Sin perjuicio de ello, ya anotamos que, en el caso del vendedor, este ve mellada su posición en la medida que, el precio de venta tenderá a ser menor dado que el comprador tendrá que asumir el riesgo de la aparición de ese tercero que pretenderá dejar sin efecto su adquisición.

Con todo lo expresado, es claro que la figura del retracto representa una limitación al derecho de propiedad del comprador (y de obtención de un mejor precio del vendedor) y configura una también clara situación de inseguridad jurídica. De nuevo, con la reserva que más adelante conocerán, no encontramos justificativos razonables y proporcionados que favorezcan eficientemente la función social de la propiedad en este aspecto y que grave el ejercicio del derecho fundamental y económico de la propiedad.

Y es que, si bien se puede reconocer al Estado la potestad de intervenir en las relaciones económicas de comercialización de bienes como la compraventa, tal intervención como acota bien GONZALES BARRÓN, no puede ser arbitraria<sup>19</sup>. Para la comprobación de su constitucionalidad, las medidas adoptadas por el Estado tienen que ser racionales y

19 Como sabemos el Tribunal Constitucional ha reconocido el Principio de interdicción de cualquiera de los organismos e instituciones públicas del Estado y ha definido que “a) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho, y b) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad” (Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.º 0090-2004-AA/TC del 5 de julio del 2004. Recuperado de <<https://bit.ly/1SPEhWA>>).

proporcionadas<sup>20</sup>. ¿Lo es el retracto?; estimamos que salvo en un caso, no.

De otro lado, siguiendo con las exigencias de la función social, nos preguntamos, ¿tutela el retracto el interés de los consumidores y usuarios? La compraventa de un inmueble en el escenario en que rige la figura del retracto, no constituye una relación de consumo. No se presenta aquí una relación asimétrica de empresario proveedor y consumidor, de modo que no podría invocarse la tutela del consumidor para regular el retracto.

¿Favorece el retracto el uso sostenible de los recursos naturales? No vemos motivo de que sea así, simplemente esta exigencia es incompatible con la figura del retracto.

Del mismo modo, el retracto tampoco guarda relación con los límites, extensión y extinción de la propiedad agraria, otras de las exigencias típicas de la función social de la propiedad. El retracto del propietario de la tierra colindante, previsto en el inciso 7 del artículo 1599, regula otra situación jurídica.

## 6. El derecho fundamental a la contratación y el retracto

Establezcamos primero que son dos los derechos a la contratación que se impactan con el derecho de retracto. El del propietario vendedor antes de la operación de enajenación y el del comprador propietario después de tal

20 GONZALES BARRÓN, *Derechos reales*, ob. cit., p. 531.

enajenación. Si bien estimamos que la posición del propietario vendedor se ve mellada por la figura del retracto, en la medida que, como ya anotamos antes, el precio que obtendría sería menor con la presencia del retracto, es sustancialmente el derecho a la contratación del comprador propietario el que se verá afectado por el retracto.

En efecto, es el comprador propietario a quien desplazarán de su posición, el que perderá el dominio sobre el bien. Claro, recibirá su dinero, pero nadie compra un inmueble para que lo entregue después al mismo precio, perdiendo los costos de oportunidad que invirtió en la compra, perdiendo la planificación personal o comercial<sup>21</sup> que realizó en el inmueble. Si bajo las reglas de la libre competencia (ley de la oferta y la demanda) fue el comprador el que adquirió el bien porque su propuesta fue mejor que las otras (inclusive de quienes tienen hoy el derecho de retracto), qué justifica que venga otro sujeto privilegiado por Estado, a pretender decir que es el ganador de la competencia que perdió.

Como sabemos, el artículo 2 inciso 14 de la Constitución Política reconoce a la contratación como uno de los derechos fundamentales, en la medida claro que el contrato tenga fines lícitos

y siempre que no contravenga las leyes del orden público. También sabemos que, de acuerdo con el artículo 62 de la carta magna, la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Lo discutible o aquello que se encuentra permanentemente pendiente de establecer, son las limitaciones que en cada caso correspondan. Y es que, como bien acota LANDA, en un Estado social y democrático de derecho, ningún derecho fundamental es absoluto o aislado dentro del ordenamiento jurídico, sino que ellos aceptan límites. En el caso de la libertad contractual, añade LANDA que son dos sus principales límites: (i) el orden público y (ii) otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos<sup>22</sup>.

Respecto del orden público, el Tribunal Constitucional ha señalado que “es el conjunto de valores, principios o pautas de comportamiento político, económico, y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencia”<sup>23</sup>.

En relación con esta noción, añade LANDA que el orden público constitucional es como un contorno configurado

21 En la sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N.º 00008-2003-PI, del 11 de noviembre del 2003, este órgano ha señalado que la libertad contractual constituye un derecho relacional en la medida que, con su ejercicio, se ejercen también la libertad al comercio, la libertad al trabajo, entre otros derechos.

22 LANDA ARROYO, César, “La constitucionalización del Derecho Civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites”, en *Themis*, n.º 66, Lima: 2014, p. 316.

23 Véase, al respecto, el Expediente N.º 03283-2003-AA/TC, de fecha 15 de junio del 2004.

por la ley que limita la actuación de los privados y para determinar qué normas están ajustadas a dicho orden público, es necesario remitirse a los bienes jurídicos que se encuentran protegidos por la Constitución. Y acotando los alcances de las normas de orden público a la libertad de contratación, agrega que aquellas “se enfocan en proscribir determinadas conductas, como las relativas a los objetos y las causas lícitas en los contratos, en tanto se consideren que podrían afectar los derechos fundamentales de otras personas, o incluso bienes constitucionales protegidos”<sup>24</sup>.

Ahora bien, como no podría ser otra manera, el citado autor sentencia que el orden público no puede limitar excesivamente los derechos fundamentales de los particulares, como las libertades económicas garantizadas en la Constitución, de modo que si en nombre de tal noción se pretende afectar gravosamente un derecho fundamental, tal medida debe ser cuestionada por inconstitucional<sup>25</sup>.

Respecto del otro límite a la libertad contratar, esto es, la tutela de los otros derechos fundamentales y bienes que la Constitución protege, el autor que venimos siguiendo señala que la fijación de tales límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad<sup>26</sup>.

24 LANDA ARROYO, “La constitucionalización del Derecho Civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites”, art. cit., p. 317.

25 *Loc. cit.*

26 *Loc. cit.*

Con estas herramientas en la mano, veamos si la figura del retracto constituye un límite que se sustenta en el orden público o es proporcionalmente preferible en la medida que tutela otros derechos fundamentales o bienes que la Constitucional reconoce, distintos al derecho a la contratación.

## 7. Análisis de constitucionalidad de las hipótesis de retracto

En su oportunidad se esgrimió como fundamentos de la vigencia social y económica del retracto, la mejor forma de aprovechamiento de la riqueza, la consolidación del dominio en una sola mano (en beneficio de la familia), el evitar el detrimento del deudor litigante, el otorgamiento de la propiedad a quienes las trabajan y la culminación de los estados de indivisión o servidumbres que van en detrimento de la propiedad. Por estas razones, aun cuando se reconocía que esta figura implicaba un sacrificio a la seguridad del tráfico inmobiliario, el retracto en todas sus formas debía prevalecer.

Nuestra primera tarea es determinar si tales justificaciones se sostienen en el orden público constitucional. Es claro que, en la medida que el retracto es regulado por el Código Civil, satisface el requisito de legalidad, pero es preciso exhibir más para apostar por su vigencia.

La fórmula “mejor aprovechamiento de la riqueza” estaba vinculada con el retracto del arrendatario ya derogado. Aun así, consideramos que no sería

compatible con la libre iniciativa privada ni con economía social de mercado de nuestra Constitución, que sea el Estado el que determine cómo se debe aprovechar mejor los bienes inmuebles, en la medida que tal intervención escapa al ámbito de la salud, la promoción del empleo, la educación, la seguridad y los servicios públicos.

### IMPORTANTE

Ahora bien, ¿qué tiene que ver la paz, la tranquilidad, el bienestar y la salud con el retracto del litigante? Estimamos que lo suficiente para justificar su regulación. Esto porque, si como ya dijimos, un litigio trae consigo un conflicto individual y social, estimamos que es de orden público procurar su solución, siendo el retracto del litigante una buena forma de hacerlo al obstaculizar que un tercero adquiera un bien litigioso sin que se haya resuelto el conflicto judicial, conflicto que permanecerá ahora con otro agente.

La fórmula justificativa “consolidación del dominio en una sola mano en beneficio de la familia” está vinculada al inciso 2 del artículo 1599 del Código Civil, esto es, el retracto del copropietario en la venta a terceros de las porciones indivisas. Sobre el interés en la regulación de este tipo de retracto, la Comisión encargada de la revisión del Código Civil de 1984 indicó que aquel era propender a la consolidación del dominio dada las dificultades creadas

por la copropiedad<sup>27</sup>, esto es, evitar que continúe el estado inseguro y conflictivo de la copropiedad<sup>28</sup>.

Añade CASTILLO FREYRE que es más bien la copropiedad el régimen más atentatorio contra un fluido tráfico comercial, de modo que cuanto menor sea el número de personas que tengan que decidir sobre la administración y destino del bien, mejor se evitará los problemas de orden personal, social, y económico que aquella representa. Por estas razones, el Estado debe buscar la eliminación de la copropiedad<sup>29</sup>.

Tales justificaciones resultan atendibles en líneas generales, pero nos preguntamos: ¿son suficientes para atentar contra el derecho fundamental a la contratación?, ¿qué interés de orden público representan? El deseo de solucionar o evitar conflictos puede ser una justificación muy genérica. Favorecer a la familia lo es también. En todo caso, aun asumiendo que estos propósitos sean de orden público, la cuestión es determinar si la intervención del Estado al regular este retracto es arbitrariamente limitativa del derecho fundamental a la

27 Véase, al respecto, CASTILLO FREYRE, “Comentarios al contrato de compraventa. Análisis detallado de los artículos 1529 a 1601 del Código Civil”, art. cit., pp. 344-345.

28 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de CÁRDENAS QUIROZ, Carlos, MARTÍNEZ COCO, Elvira y ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, t. III, Lima: San Jerónimo Ediciones, 1989, p. 140.

29 CASTILLO FREYRE, “Comentarios al contrato de compraventa. Análisis detallado de los artículos 1529 a 1601 del Código Civil”, art. cit., p. 349.

contratación, en particular del comprador propietario que perderá la adquisición obtenida por consenso.

Consideramos que tales razones no justifican el perjuicio al comprador, de modo que el impacto que se produce en el derecho fundamental a la contratación de este resulta arbitrario. Además, no encontramos que exista un derecho fundamental de los copropietarios que pudiera ser confrontado o ponderado con el del tercero propietario comprador.

En ese sentido, siguiendo el test de proporcionalidad, consideramos que el retracto no es adecuado o idóneo para alcanzar la finalidad constitucional perseguida por otro derecho fundamental, porque no existe un derecho fundamental a la cuota indivisa del copropietario, o un derecho constitucional al crecimiento de la vivienda.

Aun si consideráramos que tales derechos sí son tutelados en nuestra Constitución, apreciamos que el retracto no es una medida menos gravosa para satisfacerlos en desmedro del derecho fundamental a la contratación. La medida más eficiente es la del aseguramiento de la libre competencia. Finalmente, juzgamos bastante severa la afectación concreta que se produce al propietario comprador, que no guarda correspondencia o proporción con la finalidad gaseosa de “evitación del estado de copropiedad”.

Consideramos que las mismas objeciones, desde la perspectiva constitucional, son aplicables a los otros tipos de retracto que instituye el Código Civil, menos al retracto del litigante, que sí juz-

gamos constitucionalmente procedente, conforme desarrollaremos más adelante.

En efecto, retracto del nudo propietario, del usufructuario, del dueño del suelo, del superficiario, del propietario de predios urbanos divididos y del propietario del predio rústico, tienen por finalidad la consolidación de todos los atributos de la propiedad en una sola mano, evitando la desmembración del derecho de propiedad que se juzga *a priori* económicamente incorrecto o, en el caso del último de los tipos de retracto, la modernización y productividad de la tierra al permitir la inversión y el crédito en este ámbito de declarada prioridad para el Estado, conforme lo establece el artículo 88 de la Constitución.

Lo que sucede en estos casos es que consideramos que será el mercado y la libre competencia inherente a él, el que asigne mejor los derechos de propiedad en beneficio de todos los agentes que intervienen. En este sentido, no encontramos razón que satisfaga las exigencias de la función social o las limitaciones lo suficientemente racionales para afectar la posición jurídica del comprador propietario. Siendo así, consideramos que estos tipos de retracto son inconstitucionales.

## 8. Constitucionalidad del retracto del litigante

Una situación distinta es la que se presenta en el caso del retracto del litigante. Consideramos que existen razones suficientemente razonables que, en conjunto, apoyan la constitucionalidad de este tipo de retracto.

Como lo notamos a diario quienes litigamos, un conflicto judicial además que pueda significar un costo económico, puede significar también un problema que altera la tranquilidad de las personas, naturales o jurídicas y en mayor o menor medida. Innegable es entonces que el *statu quo*, luego de iniciado un litigio judicial, es patológico, pues ha desbordado la solución armoniosa que pudieran ofrecerse las partes. Un litigio es un problema concreto para quienes participan en él y un problema social, problema que es obligación esencial del Estado solucionar.

De hecho, es su función hacerlo, para eso existe el Poder Judicial y por eso el artículo III del Código Procesal Civil establece que son fines del proceso resolver un conflicto de intereses y lograr la paz social. Y por eso existen otras herramientas alternativas para procurar dicha social como la Conciliación y el Arbitraje. Precisamente el artículo 1 de la Ley N.º 26872, norma que regula la primera de estas herramientas, reconoce que es de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la Conciliación en la solución de los conflictos y el artículo 2 por su parte señala que la Conciliación propicia una cultura de paz.

Una de las obligaciones esenciales del Estado reconocida desde antaño es la prestación del servicio de justicia, esto es, la solución de los conflictos que se presentan en la sociedad. Para cumplir semejante tarea, por poner unos ejemplos, se propicia la Conciliación y el Arbitraje. La paz y la tranquilidad de las personas o ciudadanos de una Nación

no es, entonces, un asunto secundario o que deba quedar expuesto a los designios solo de los privados.

Precisamente, uno de los derechos fundamentales de la persona, reconocido por nuestra Constitución, es el derecho a la paz y a la tranquilidad (art. 2, inc. 22). Respecto de estos derechos el Tribunal Constitucional ha señalado que ellos son protegidos de manera coordinada por las diferentes autoridades del Estado<sup>30</sup>. En ese sentido, la tutela de la paz y la tranquilidad es un asunto transversal al Estado y a la sociedad.

En consonancia con este reconocimiento, el artículo 44 de la Constitución ha establecido, como unos de los deberes primordiales del Estado, promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Respecto del derecho a la tranquilidad, el Tribunal Constitucional ha señalado que está relacionado con la protección del aspecto psicológico de la salud<sup>31</sup>. Destacamos este alcance para

30 Véase, al respecto, el Expediente N.º 0437-97-AA/TC, de fecha, 25 de setiembre de 1997, en RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRIALI, Francisco y Enrique BERNALES BALLESTEROS, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2011, p. 610.

31 Véase, al respecto, el Expediente N.º 3330-2004-AA, de fecha, 11 de julio del 2005, en RUBIO CORREA, EGUIGUREN PRIALI y BERNALES BALLESTEROS, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución*, ob. cit., p. 617.

ingresar a un aspecto en el que el Estado sí tiene justificación para intervenir. Y es que además de que el artículo 58 del Régimen Económico de la carta magna, reconoce que el Estado actúa principalmente en la salud, el artículo 9 establece que el Estado determina la política nacional de salud.

Ahora bien, ¿qué tiene que ver la paz, la tranquilidad, el bienestar y la salud con el retracto del litigante? Estimamos que lo suficiente para justificar su regulación. Esto porque si, como ya dijimos, un litigio trae consigo un conflicto individual y social, estimamos que es de orden público procurar su solución, siendo el retracto del litigante una buena forma de hacerlo al obstaculizar que un tercero adquiera un bien litigioso sin que se haya resuelto el conflicto judicial, conflicto que permanecerá ahora con otro agente.

En un conflicto judicial subyace un problema económico, pero también social y eventualmente de salud, que es obligación del Estado atender no solo a través de la puesta a disposición de su aparato judicial, sino también de otras medidas tendientes a propiciar su finalización como el retracto del litigante.

En el caso de los demás tipos de retracto, no existe un pleito judicial, de modo que los privados podrán llegar a la satisfacción de sus necesidades a través del mercado. En el caso del retracto del litigante, sí en cambio existe una situación patológica concreta que altera la tranquilidad de las personas en él, que el Estado está llamado a resolver.

Coincidimos por tanto con los promotores de su regulación en que la finalidad de este retracto es la de evitar la continuación del proceso judicial y recuperar la tranquilidad alterada por su iniciación. Como acota CASTILLO FREYRE, el derecho debe auspiciar, como lo hace a través del inciso 3 del artículo 1599 del Código Civil, la eliminación de los conflictos en la sociedad y la descarga o desconcentración de labores del Poder Judicial.

Estimamos que debemos mirar nuestra realidad, y encontrar que para nadie es un secreto que la carga judicial es enorme y que los procesos duran una eternidad, dejando una estela de intranquilidad y hasta estrés, no solo en los litigantes<sup>32</sup>, sino también en los magistrados<sup>33</sup>.

Explayarnos más en las razones del reconocimiento constitucional del re-

32 LA REPÚBLICA, “El estrés, ese enemigo silencioso que afecta al 80 % de peruanos”, 28 de marzo del 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2P3iNIw>>.

Según este reciente estudio del Instituto de Opinión Pública de la PUCP, el 80 % de peruanos sufren o han sufrido estrés. Y no solo eso, indica que el peruano sufre de cambios frecuentes de ánimo, insomnio y otras situaciones extremas asociadas al estrés. Y también que padece depresión. Esto significaría que varios problemas de salud mental estarían asociados al estrés. Si esto es así, agregamos, no es errado asumir que entre este porcentaje se encuentran los justiciables.

33 PERALES, Alberto, Héctor CHUE, Alberto PADILLA y Lorenzo BARAHONA, “Estrés, ansiedad y depresión en magistrados de Lima”, en *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, vol. 28, n.º 4, Lima: 2011. Recuperado de <<https://bit.ly/2Grq9qb>>.

tracto del litigante y de los alcances y objeto de los litigios, supera los límites de espacio del presente encargo. Creemos habernos referido a lo principal. 

## 9. Referencias bibliográficas

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de CÁRDENAS QUIROZ, Carlos, MARTÍNEZ COCO, Elvira y ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, t. III, Lima: San Jerónimo Ediciones, 1989.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Retracto: *réquiem* de un derecho ‘Económico y Social’”, en *Themis*, n.º 24, 1992.

CASTILLO FREYRE, Mario, *Comentarios al contrato de compraventa. Análisis detallado de los*

De acuerdo con este trabajo, el estrés laboral, que está presente en 33,7 % de los magistrados. Se explica por siguiente: a) la alta carga procesal con apoyo logístico insuficiente, que los obliga a un constante esfuerzo de alcance de metas presionados por límites de tiempo; b) la presión social ejercida por la opinión pública y los abogados litigantes, ante los cuales, en muchos casos, se sienten sin poder de acción; c) las tensiones vinculadas con la superación profesional y la estabilidad en el cargo; d) el trato que reciben de parte de sus superiores, en el cual la queja de los magistrados se vincula con una percepción de poco reconocimiento institucional al mérito de sus esfuerzos y a una ausencia de mecanismos de soporte emocional en momentos difíciles. Se concluye que el estrés laboral, ansiedad y depresión están presentes en una proporción moderada de magistrados; estando alguna de ellas presente en un cuarto de la población encuestada. Por tanto, se recomienda que los programas de intervención y prevención de trastornos en salud mental se dirijan al manejo del estrés, ansiedad y depresión en conjunto, dada su alta asociación.

*artículos 1529 a 1601 del Código Civil*, Lima: Gaceta Jurídica, 2015.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, “El derecho de retracto”, en *Themis*, n.º 38, Lima: 1998.

GONZALES BARRON, Gunter, *Derechos reales*, Lima: Jurista, 2005.

KRESALJA, Baldo y César, OCHOA, *Derecho constitucional económico*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009.

LANDA ARROYO, César, “La constitucionalización del Derecho Civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites”, *Themis*, n.º 66, Lima: 2014.

LA REPÚBLICA, “El estrés, ese enemigo silencioso que afecta al 80 % de peruanos”, 28 de marzo del 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2P3iNIw>>.

LEON HILARIO, Leysser, “La constitucionalización del derecho privado y el declive del título preliminar del Código Civil”. Recuperado de <<https://bit.ly/2BkIMXN>>.

NOVAK TALAVERA, Fabian, *El Derecho de retracto en el Código Civil Peruano de 1984*. tesis para optar el grado académico de bachiller de Derecho, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.

PERALES, Alberto, Héctor CHUE, Alberto PADILLA y Lorenzo BARAHONA, “Estrés, ansiedad y depresión en magistrados de Lima”, en *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, vol. 28, n.º 4, Lima: 2011. Recuperado de <<https://bit.ly/2Grq9qb>>.

RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRIALI, Francisco y Enrique BERNALES BALESTEROS, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2011.