

quaestio iuris

El pacto de retroventa en el Perú: ¿libertad contractual o abuso del derecho?

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n14.8>



El pacto de retroventa en el Perú: ¿libertad contractual o abuso del derecho?

The repurchase agreement in Peru: contractual freedom or abuse of right?

ROMERO MENDOZA, Joel(*)

Recibido: 30.05.2025

Evaluado: 27.06.2025

Publicado: 31.07.2025

Sumario

I. Introducción. **II.** Métodos y técnicas. **III.** El pacto de retroventa en la legislación peruana. **IV.** El pacto de retroventa en la legislación comparada. **V.** La libertad contractual en el pacto de retroventa. **VI.** El abuso del derecho. **VII.** La prohibición del pacto de retroventa y el principio de proporcionalidad. **VIII.** Conclusiones. **IX.** Lista de Referencias.

Resumen

El presente artículo expone razones jurídicas para prohibir en nuestro país la figura del pacto de retroventa por exceder el límite del derecho a la libertad contractual, al establecer beneficios exclusivos para una de las partes y además, por posibilitar otros acuerdos ocultos bajo esta figura como préstamos dinerarios, también con ventajas exclusivas para una de las partes, lo cual se constituye en un abuso del derecho. No se cuestiona el acuerdo de las partes para recuperar un bien vendido sino el trato desigual y las consecuencias que conlleva condicionar la resolución de un contrato a la decisión del vendedor. Quizá la utilidad del pacto de retroventa se justificaba en algún momento para obtener préstamos dinerarios con garantía de bienes, que luego eran recuperados con el pago de la deuda; sin embargo, hoy en día con facilidades para obtener préstamos dinerarios en el sistema bancario no es razonable mantener dicha figura, más aún si se desnaturaliza el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Contratos. En la legislación comparada de Chile,

(*) Abogado y Maestro en Ciencias con Mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctor en Derecho. Docente de pregrado y posgrado en la Universidad Nacional de Cajamarca. República del Perú. Correo electrónico: jromerom@unc.edu.pe. Código ORCID n.º: 0000-0002-5303-3127.



Ecuador, Colombia, Argentina, México y España podemos advertir que el único país que prohíbe el pacto de retroventa es México, manteniéndose dicha figura en los otros países, pese a la regulación favorable a una de las partes en perjuicio de la otra. A través de la aplicación del principio de proporcionalidad se ha demostrado que se justifica la intervención estatal prohibiendo el pacto de retroventa en el Perú.

Palabras clave: pacto de retroventa, libertad contractual, derecho a la igualdad, abuso del derecho, el contrato de compraventa.

Abstract

This article sets out legal reasons for prohibiting the repurchase agreement in Peru, for exceeding the limit of the right to contractual freedom by establishing exclusive benefits for one of the parties, and other hidden agreement such as monetary loans, which constitutes an abuse of rights. The parties' agreement to recover the thing sold is not questioned, but it is unequal treatment and its consequences by conditioning the termination of contract to the seller. Perhaps the usefulness of the repurchase agreement was justified at one time to obtain monetary loans secured by things, which were later recovered through payment of the debt; however, today, when it is easier to obtain monetary loans in the banking system, it is no longer reasonable to maintain this figure, even more so if it distorts the Law of Obligations and the Law of Contracts. In the comparative legislation of Chile, Ecuador, Colombia, Argentina, Mexico and Spain we can see that the only country that prohibits the right of repurchase is Mexico, maintaining this figure in the other countries despite the regulation favorable to one of the parties. By applying the principle of proportionality, it has been demonstrated that state intervention prohibiting the right of repurchase agreement in Peru is justified.

Key words: repurchase agreement, freedom of contract, right to equality, abuse of rights, the sales contract.

I. Introducción

Este año se cumplen cuarenta y un años de vigencia del Código Civil peruano, y treinta y dos años de vigencia de nuestra Constitución Política, y aún se mantiene la figura del pacto de retroventa como facultad de una de las partes en un contrato de compraventa de resolver el mismo y recuperar el bien vendido devolviendo el dinero pagado.

Desde su origen el pacto de retroventa fue utilizado como medio para obtener un préstamo dinerario dejando como garantía un



bien; sin embargo, la dificultad para obtener dinero en el sistema bancario y la urgencia para cubrir alguna necesidad obligaba a las personas a aceptar condiciones abusivas en los contratos de compraventa, como el pago de intereses altos ocultos en el precio del bien.

En el contexto social y económico en el que vivimos, el pacto de retroventa no tiene alguna utilidad para las partes, siendo injustificado que se privilegie el derecho a la libertad contractual frente a otros derechos como a la igualdad, a la información, y al desarrollo social y económico de las personas.

Por otro lado, debemos considerar que nuestro Código Civil (1984) vigente no fue elaborado conforme a la Constitución Política de 1993, por lo que cualquier incompatibilidad que se genere debe interpretarse conforme a dicha Constitución. “(...) el Código Civil, como cuerpo normativo que guía las relaciones entre los privados, deberá interpretarse a la luz de los preceptos establecidos en la Constitución y la jurisprudencia, a fin de respetar las garantías fundamentales.” (Miranda, 2016, p. 105)

La constitucionalización del derecho civil es importante para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas, siendo importante evaluar la figura del pacto de retroventa. La inclusión de este pacto en los contratos de compraventa tiene su sustento en el derecho de las partes a la libertad contractual, sin embargo, tal como está regulada dicha figura se discute en la doctrina si se hace necesaria o no la intervención del Estado al vulnerarse el derecho a la igualdad de las partes.

Existen dos posiciones respecto al control estatal sobre el derecho a la libertad contractual. La primera que prohíbe la intervención estatal dando prioridad a la libertad contractual de las personas; y, la segunda que establece la necesidad de la intervención estatal de manera permanente en protección del interés público. Nosotros nos inclinamos por la segunda posición.

El contrato de compraventa es muy importante para el desarrollo de nuestro país, por su rol económico, al fomentar la circulación de la riqueza en beneficio de las personas; y por su rol social, al proteger los derechos e intereses de ambas partes evitando futuros conflictos. En ese sentido, permitir un pacto que beneficia de manera desigual a las partes, y que además, posibilita otros acuerdos como préstamos dinerarios, desnaturaliza el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Contratos.

La libertad contractual no debe significar establecer cláusulas abusivas, por lo que es trascendente tomar atención en el uso



del pacto de retroventa como medio para obtener préstamos dinerarios, que ocasionan cobros altos de interés, condiciones desiguales para las partes, trabas a la circulación de los bienes, perjuicio a terceros e incertidumbre sobre la propiedad de los bienes (de manera temporal).

El presente artículo en primer lugar hace un estudio de la figura del pacto de retroventa en la legislación peruana, sus antecedentes, definición, naturaleza jurídica y características; luego desarrolla la regulación del pacto de retroventa en la legislación comparada, para lo cual se ha considerado la legislación de Chile, Ecuador, Colombia, Argentina, México y España; haciendo referencia también a lo señalado en el Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía. Posteriormente, se analiza el derecho a la libertad contractual, su definición, alcance y límites, con relación al pacto de retroventa; así como el abuso del derecho, su definición y posiciones doctrinales. Finalmente, se analiza si la intervención del Estado en la prohibición del pacto de retroventa supera el principio de proporcionalidad.

II. Métodos y técnicas

En el presente artículo se ha utilizado como método general el inductivo-deductivo y el analítico-sintético; y como métodos propios del Derecho, el dogmático, hermenéutico, teleológico y de argumentación jurídica. En particular, se ha utilizado el método comparado, precisamente para identificar categorías y conceptos jurídicos que comparten la legislación internacional sobre el pacto de retroventa.

Asimismo, se utilizó como técnica de recolección de información el análisis de contenido.

III. El pacto de retroventa en la legislación peruana

3.1. Antecedentes

En principio, debemos mencionar que el pacto de retroventa en los contratos de compraventa era un acuerdo ya permitido en la época clásica del derecho romano y se denominaba *pactum de retrovendendo*, y era utilizado para que el vendedor de un bien pueda recuperar el mismo resolviendo el contrato unilateralmente y devolviendo el precio pagado.

Según el lenguaje de los jurisconsultos romanos las partes podían unir al contrato de compraventa una cláusula con condición resolutoria, en donde el vendedor se reserva el derecho de resolver la venta, restituyendo el precio al comprador en cierto plazo, o aun en cualquier época. (Petit, 1988)



El pacto de retroventa se ha mantenido desde la época clásica del derecho romano hasta la actualidad en las diferentes legislaciones de los países que permiten y regulan el contrato de compraventa, con excepciones como México en donde se prohíbe el citado pacto.

Desde su origen el pacto de retroventa fue utilizado para obtener préstamos dinerarios con garantía de los bienes vendidos, que luego eran recuperados devolviendo el dinero pagado. “El pacto de retro históricamente envolvía un préstamo encubierto.” (Gonzales de la Aleja, 2018, p. 385)

En nuestro país, el pacto de retroventa ha sido regulado en los códigos civiles de 1852, 1936 y 1984. Así tenemos que, el artículo 1448 del Código Civil de 1852 establecía: “La retroventa es una calidad añadida al contrato de venta por la que se reserva el vendedor la facultad de recobrar la cosa vendida devolviendo el precio”. Por su parte, el artículo 1431 del Código Civil de 1936, señalaba: “Por la retroventa se reserva el vendedor la facultad de recobrar la cosa vendida devolviendo el precio.” (BLOG PUCP)

Actualmente, el artículo 1586 del Código Civil de 1984, prescribe: “Por la retroventa, el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de decisión judicial.” Asimismo, regula qué estipulaciones son nulas en el pacto de retroventa (artículo 1587), plazos para ejercitar dicho pacto (artículo 1588), la retroventa en bienes indivisos y bienes separados (artículos 1589 y 1590) y oponibilidad de la retroventa (artículo 1591).

3.2. Definición

El pacto de retroventa es un acuerdo de las partes en un contrato de compraventa, por medio del cual el vendedor puede resolver el contrato unilateralmente, sin expresión de causa, en un plazo establecido por ellos o por la ley, y recuperar el bien vendido devolviendo el dinero pagado sin incremento del precio u otro beneficio.

El pacto de retroventa tiene distintas denominaciones, como venta a carta de gracia (Arnau, 2009), retracto convencional o rescate convencional (Arias-Schreiber, 2011), siendo para este último autor la expresión más precisa para la mencionada figura.

El pacto de retroventa “(...) es una compraventa ordinaria a la que se ha añadido el pacto de retro, que es aquel por el que el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida” (Arnau, 2009, p. 277). Al resolverse el contrato tendrá como



efecto que el bien regrese al patrimonio de su propietario original. (Castillo, 2024). “(...) El vendedor tiene el derecho de recuperar el bien vendido, restituyendo al comprador el precio recibido.” (Arias-Schreiber, 2011, p. 110)

Por su parte, Lorenzetti (1999), establece: “La venta con pacto de retroventa es la que se hace con la cláusula de poder el vendedor recuperar la cosa vendida entregada al comprador, restituyendo a éste el precio recibido, con exceso o disminución.” (p. 311)

Conforme a nuestra legislación el pacto de retroventa puede definirse como aquel derecho de las partes en un contrato de compraventa de incorporar una cláusula por medio de la cual se otorga la facultad al vendedor de resolver el contrato de manera unilateral, sin expresión de causa, en el plazo de dos años (para bienes inmuebles) y de un año (para bienes muebles), con la finalidad de recuperar el bien, devolviendo el precio pagado, sin ninguna suma adicional o ventaja, salvo la destinada a conservar el valor adquisitivo del precio.

3.3. Naturaleza jurídica

Respecto a la naturaleza jurídica del pacto de retroventa en la doctrina se señala que el mismo implica una condición resolutoria (Arias-Schreiber, 2011), una potestad resolutoria del vendedor (Lorenzetti, 1999), o una cláusula resolutoria a favor del vendedor (Castillo, 2024).

“(...) el pacto de retroventa no constituye una condición resolutoria, entendido que la condición consiste en un hecho futuro e incierto cuya ocurrencia es ajena a la voluntad exclusiva de una de las partes.” (Castillo, 2024, p. 746)

El pacto de retroventa implica la facultad de las partes para incluir una cláusula resolutoria a favor del vendedor en un contrato de compraventa.

Por otro lado, debemos aclarar que el pacto de retroventa no significa la existencia de una nueva venta con la resolución del contrato al formar parte de él. Una nueva venta significaría la existencia de un nuevo contrato de compraventa entre las mismas partes, lo que no ocurre con el mencionado pacto.

La doctrina de forma mayoritaria señala que el pacto de retroventa no constituye una nueva venta. Al resolverse el contrato caducan los derechos del comprador, de quien provenían los derechos de terceras personas, lo que no ocurriría si se celebraría una nueva venta. (Arias-Schreiber, 2011)



En conclusión, el pacto de retroventa es un acuerdo que forma parte de una cláusula resolutoria a favor del vendedor en un contrato de compraventa, que le permite recuperar el bien devolviendo el precio pactado inicialmente, no constituyendo una nueva venta al resolverse el contrato.

3.4. Características

De acuerdo a nuestro Código Civil vigente el pacto de retroventa tiene las características siguientes:

a) Es dependiente

El pacto de retroventa no es una figura independiente por medio de la cual las personas pueden establecer acuerdos entre ellos, pues depende de un contrato de compraventa. Dicho pacto puede integrarse al contrato al momento de celebrarse el mismo o de manera posterior.

b) No opera de pleno derecho, requiere expresión de voluntad

Para que el pacto de retroventa tenga efecto jurídico se requiere necesariamente que el vendedor exprese su voluntad de hacer uso de la cláusula resolutoria del contrato de compraventa que contiene dicho acuerdo.

El artículo 1586 del Código Civil establece que el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de decisión judicial, no existiendo alguna disposición legal con un plazo que opere de pleno derecho para su eficacia jurídica. Para Arias-Schreiber: “La resolución a que se refiere el artículo 1586 opera de pleno derecho, esto es, sin necesidad de mandato judicial.” (Arias-Schreiber, 2011, p. 112)

Sin embargo, no compartimos la opinión del jurista Arias-Schreiber, por cuanto, de acuerdo a nuestra legislación se puede resolver el contrato sin decisión judicial, pero es necesario que se exprese la voluntad de hacer uso del pacto de retroventa.

La comunicación al comprador del uso del pacto de retroventa debe ser expresa, haciendo uso de cualquier medio, sin embargo, a nuestro entender el medio más idóneo es una carta notarial indicando la fecha en qué quedará resuelto el contrato.

c) No puede imponerse al vendedor alguna ventaja

En nuestro país no puede imponerse al vendedor que hace uso del pacto de retroventa ninguna obligación de pagar al comprador



alguna suma de dinero (diferente a la pactada inicialmente) o ventaja para éste, salvo aquella destinada a conservar el valor adquisitivo del precio, tal como señala el artículo 1587 del Código Civil vigente.

Por lo tanto, es nula toda estipulación en el pacto de retroventa sobre el pago de intereses o alguna ventaja para el comprador, como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa, con la excepción que indicamos anteriormente.

d) Existe un plazo de caducidad

Existe un plazo máximo para ejercer el derecho de resolución del contrato como consecuencia de aplicarse el pacto de retroventa, que es para el caso de bienes inmuebles de dos años y para bienes muebles de un año, salvo que las partes estipulen un plazo menor; disponiéndose, además, que todo plazo mayor fijado por las partes se reduce al plazo legal, conforme al artículo 1588 del Código Civil.

e) Se puede utilizar para bienes muebles e inmuebles

De la revisión del artículo 1588 del Código Civil, se advierte que se puede utilizar el pacto de retroventa para bienes muebles e inmuebles.

Arias-Schreiber (2011), critica la inclusión del pacto de retroventa en los bienes inmuebles porque se encuentra en abierta contradicción con la legislación comparada y con riesgo de trabar con ello la circulación de esos bienes, que es por su misma naturaleza acelerada.

Para nosotros no debe existir el pacto de retroventa para ningún tipo de bienes por cuanto, dicha regulación permite ocultar otros acuerdos como préstamos dinerarios con posibles intereses usurarios.

f) El comprador tiene el derecho de retener el bien

El comprador tiene el derecho a retener el bien hasta que el vendedor le reembolse las mejoras necesarias y útiles, conforme al artículo 1588, tercer párrafo, del Código Civil.

g) Los vendedores de un bien indiviso y los herederos (del que ha vendido el bien) no pueden usar su derecho separadamente

Las personas que han vendido conjuntamente un bien indiviso y los herederos del que ha vendido el bien, ambos con el pacto de



retroventa, no pueden usar su derecho separadamente, conforme al artículo 1589 del Código Civil.

h) Los copropietarios de un bien indiviso pueden ejercer su derecho de resolución de contrato separadamente

Los copropietarios de un bien indiviso, que hayan vendido separadamente sus cuotas en la copropiedad con pacto de retroventa, cada uno puede ejercer su derecho a la resolución del contrato por su respectiva participación, conforme al artículo 1590 del Código Civil.

i) Es oponible a terceros

El pacto de retroventa es oponible a terceros, siempre y cuando se encuentre inscrito en el registro respectivo, tal como lo establece el artículo 1591 del Código Civil.

En el caso de bienes no inscritos o cuando exista la imposibilidad de inscripción (como el caso de bienes muebles no inscribibles), se puede advertir que el pacto de retroventa no tendría eficacia jurídica.

IV. El pacto de retroventa en la legislación comparada

Ahora procederemos a realizar un análisis comparativo legislativo del pacto de retroventa teniendo como referencia nuestro país con relación a otros países, para lo cual se han considerado algunos países de América del Sur y otro de Europa.

Con la finalidad de llevar a cabo dicho análisis tomaremos en cuenta tres elementos del pacto de retroventa: a) Permisión o prohibición, b) El pago de un interés económico, c) Si comprende bienes muebles e inmuebles o sólo uno de ellos, y d) Plazo para ejercer el derecho de resolución del contrato de compraventa.

4.1. En la legislación chilena

En la legislación chilena sí se permite el uso del pacto de retroventa y se encuentra regulado en el artículo 1881 y siguientes de su Código Civil.¹ Así, el artículo 1881 señala: “Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación lo que le

¹ El Código Civil de Chile fue aprobado con Decreto con Fuerza de Ley N.º 1, publicado el 30 de mayo de 2000.



haya costado la compra.” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Código Civil)

De otro lado, sobre los tipos de bienes que comprende la retroventa, en la legislación chilena se considera a los bienes muebles e inmuebles.

Por último, respecto al plazo del pacto de retroventa el artículo 1885 de su Código Civil, prescribe:

El tiempo en que se podrá intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años contados desde la fecha del contrato. Pero en todo caso tendrá derecho el comprador a que se le dé noticia anticipada, que no bajará de seis meses para los bienes raíces ni de quince días para las cosas muebles; y si la cosa fuere fructífera, y no diere frutos sino de tiempo en tiempo y a consecuencia de trabajos e inversiones preparatorias, no podrá exigirse la restitución demandada sino después de la próxima percepción de frutos. (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Código Civil).

Podemos advertir que el plazo para ejercer el derecho de resolución de contrato es de cuatro años como máximo, tanto para los bienes muebles como inmuebles, incorporándose además, un plazo para que el vendedor comunique al comprador que hará uso de su derecho de resolución del contrato, siendo de seis meses para bienes inmuebles (bienes raíces) y quince días para bienes muebles.

4.2. En la legislación ecuatoriana

En la legislación ecuatoriana sí se permite el uso del pacto de retroventa y se regula en el artículo 1821 y siguientes de su Código Civil.² Así tenemos que el artículo 1821 del Código Civil de Ecuador, señala: “Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, entregando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación, lo que le haya costado la compra.” (Código Civil, 2022, p. 209)

Por otro lado, respecto a los tipos de bienes que comprende la retroventa, en la legislación ecuatoriana se considera a los bienes muebles e inmuebles.

² El Código Civil vigente de Ecuador fue aprobado mediante Codificación N.º 2005-010, Suplemento del Registro Oficial N.º 46 del 24 de junio de 2005.



Respecto al plazo para ejecutar el pacto de retroventa el artículo 1825 del Código Civil ecuatoriano, prescribe:

El tiempo para intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años, contados desde la fecha del contrato. Pero en todo caso tendrá derecho el comprador a que se le dé noticia anticipada, que no bajará de seis meses para los bienes raíces, ni de quince días para las cosas muebles. Y si la cosa fuere fructífera, y no diere frutos sino de tiempo en tiempo y a consecuencia de trabajos e inversiones preparatorias, no podrá exigirse la restitución demandada sino después de la próxima percepción de frutos. (Código Civil, 2022, p. 209)

Se puede advertir que el plazo para ejercer el derecho de resolución de contrato es de cuatro años como máximo, tanto para los bienes muebles como inmuebles., incorporándose también, un plazo para que el vendedor comunique al comprador que hará uso de su derecho de resolución del contrato, siendo de seis meses para bienes inmuebles (bienes raíces) y quince días para bienes muebles.

Finalmente, podemos apreciar que de la redacción del artículo 1821 del código civil ecuatoriano se advierte que el pacto de retroventa faculta a que se estipule un precio que no necesariamente debe ser el precio de compra, sin embargo, no se hace referencia a intereses económicos.

Bayona (2019), precisa que en el Ecuador: “ (...) nada obsta para que las partes estipulen que el vendedor reembolsará el precio que recibió. “con intereses”, en caso de resolverse a hacer efectiva la retroventa.” (p. 218)

4.3. En la legislación colombiana

En la legislación colombiana sí se permite el pacto de retroventa y se regula en su Código Civil.³ Que en su artículo 1939, señala: “Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación lo que le haya costado la compra.” (Código Civil, 2023, p. 610)

De la redacción del artículo 1939 del mencionado Código se advierte que mediante el pacto de retroventa se puede establecer un precio distinto al precio de compra, sin embargo, no se hace referencia a intereses económicos.

³ El Código Civil de Colombia fue aprobado por Ley N.º 87 de 1887 (Diario Oficial N.º 7019 del 22 de abril de 1887).



Por otro lado, sobre los tipos de bienes que comprende la retroventa en Colombia, es para bienes muebles e inmuebles. Respecto al plazo para ejecutar el pacto de retroventa, el artículo 1943 del Código Civil colombiano señala:

El tiempo en que se podrá intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años contados desde la fecha del contrato. Pero en todo caso tendrá derecho el comprador a que se le de noticia anticipada que no bajará de seis meses para los bienes raíces, ni de quince días para las cosas muebles; y si la cosa fuere fructífera y no diere frutos sino de tiempo en tiempo y a consecuencia de trabajos e inversiones preparatorias, no podrá exigirse la restitución demandada sino después de la próxima percepción de frutos. (Código Civil, 2023, págs. 610-611)

Podemos advertir que el plazo para ejercer el derecho de resolución de contrato es de cuatro años, tanto para bienes muebles como inmuebles, incorporándose también, un plazo para que el vendedor comunique al comprador que hará uso del derecho antes mencionado, que es de seis meses para bienes inmuebles (bienes raíces) y quince días para bienes muebles.

4.4. En la legislación argentina

En la legislación argentina sí se permite el pacto de retroventa en los contratos de compraventa y se encuentra regulado en su código civil y comercial.⁴ El artículo 1163 del Código Civil y Comercial argentino establece:

El pacto de retroventa es aquel por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida y entregada al comprador contra restitución del precio, con el exceso o disminución convenidos. El contrato sujeto a este pacto se rige por las reglas de la compraventa sometidas a condición resolutoria. (Código Civil y Comercial de la Nación, 2022, p. 272)

De la redacción del artículo 1163 del citado Código se advierte que a través del pacto de retroventa el vendedor con el comprador pueden convenir un exceso o disminución del precio en el momento de recuperación del bien por parte del vendedor.

Por otro lado, sobre los tipos de bienes que comprende la retroventa se advierte que puede utilizarse el pacto de retroventa en bienes muebles e inmuebles.

⁴ El Código Civil y Comercial de Argentina fue aprobado mediante Ley N.º 26994.



Respecto al plazo de ejecución del pacto de retroventa, el artículo 1167 del código civil y comercial argentino prescribe:

Los pactos regulados en los artículos precedentes pueden ser convenidos por un plazo que no exceda de cinco años si se trata de cosas inmuebles, y dos años si se trata de cosas muebles, contados desde la celebración del contrato. Si las partes convienen un plazo mayor se reduce la máximo legal. El plazo establecido por la ley es perentorio e improrrogable. (Código Civil y Comercial de la Nación, 2022, p. 273)

Podemos advertir que el plazo para hacer uso del derecho de resolución del contrato de compraventa no puede ser mayor a cinco años si se trata de bienes inmuebles y de dos años si se trata de bienes muebles, contados desde la celebración del contrato.

4.5. En la legislación mexicana

En la legislación mexicana se prohíbe el uso del pacto de retroventa en los contratos de compraventa, tal como se establece en su Código Civil Federal.⁵

El autor Ayala (2017), en referencia a la legislación mexicana señala sobre el pacto de retroventa: “Consiste en estipular en una cláusula que en caso de venta se tendrá que vender al anterior propietario de la cosa, por lo cual, si se llegare a estipular, esta cláusula será nula.” (p. 74)

En efecto, el artículo 2302 del Código Civil Federal de la República de México, prescribe: “Queda prohibida la venta con pacto de retroventa, así como la promesa de venta de un bien raíz que haya sido objeto de una compra-venta entre los mismos contratantes.” (Código Civil Federal, p. 219)

4.6. En Europa

El artículo 230 del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía⁶ se señala:

1. En el momento de la conclusión del contrato, el vendedor puede reservarse el derecho de recuperar la propiedad del bien vendido dentro de un plazo convenido, que no puede superar los tres años, mediante la restitución, al

⁵ El Código Civil Federal vigente de México fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

⁶ Es un proyecto de la Academia de Pavía, integrada por más de ciento cincuenta profesores y magistrados eminentes de distintas disciplinas jurídicas de diversos países del mundo.



comprador, del precio recibido, incrementado, en su caso, por el eventual aumento de valor del bien, sea ello debido a los gastos útiles efectuados por el comprador o a la depreciación experimentada por la moneda (...). (Cores, C. D. Gandolfi, G. y Rogel, C. (Trad.), 2009, p. 162)

Ahora bien, se puede advertir que el artículo 230 Código Europeo de Contratos de la mencionada academia no hace referencia al pago de intereses al comprador al momento de devolver el dinero ni de alguna otra ventaja, evidenciando una desigualdad en el pacto de retroventa entre las partes.

a) En España

En la legislación española sí se permite el pacto de retroventa en los contratos de compraventa, y se regula en su Código Civil vigente.⁷ Así tenemos, que el artículo 1507 de este Código establece: “Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1518⁸ y lo demás que se hubiese pactado.” (Código Civil y Leyes Civiles Generales, 2023, p. 261)

Por otro lado, sobre el tipo de bienes que comprende el pacto de retroventa, en la legislación española únicamente se comprende a los bienes inmuebles, conforme se advierte del análisis de los artículos correspondientes al pacto de retroventa.⁹

Respecto al plazo para ejecutar el pacto de retroventa en la legislación española, el artículo 1508, prescribe: “El derecho de que trata el artículo anterior durará, a falta de pacto expreso, cuatro años contados desde la fecha del contrato. En caso de estipulación, el plazo no podrá exceder de diez años.” (Código Civil y Leyes Civiles Generales, 2023, p. 261)

Se puede advertir que en la legislación española para ejecutar el pacto de retroventa, cuando se estipula un plazo el mismo no puede exceder de diez años, sin embargo, cuando no se estipula un plazo éste se reduce a cuatro años.

⁷ El Código Civil de España fue aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

⁸ Artículo 1518 del Código Civil español, establece: “El vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además: 1. Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, 2. Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida”. (Código Civil y Leyes Civiles Generales, 2023, p. 261)

⁹ El artículo 1520 del Código Civil español, establece: “El vendedor que recobre la cosa vendida, la recibirá libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador, pero estará obligado a pasar por los arriendos que éste haya hecho de buena fe y según costumbre del lugar en que radique.” (Código Civil y Leyes Civiles Generales, 2023, p. 263)



V. La libertad contractual en el pacto de retroventa

El contrato de compraventa como acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídico patrimonial, en donde el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero, cumple una función económica y social, al facilitar a las personas el intercambio de bienes y servicios, generando riqueza para ellos y sus familias y además, contribuyendo a satisfacer sus necesidades y mejorar su calidad de vida.

Ahora bien, las personas pueden suscribir contratos de compraventa incluyendo cláusulas como el pacto de retroventa, en mérito al derecho a la libertad contractual; sin embargo, dicha figura puede generar conflictos entre las partes e incluso con terceros debido a la incertidumbre temporal de la titularidad de la propiedad y también, por la posibilidad de ocultar otros acuerdos como los préstamos dinerarios. Es por ello, que consideramos necesaria la intervención del Estado para garantizar la protección de los derechos de las personas.

En nuestro país el derecho a la libertad contractual tiene protección y regulación constitucional y legal, que comprende: a) El derecho a contratar libremente con quien nosotros elijamos y a ofrecer libremente nuestros bienes y/o servicios; y b) El derecho a pactar libremente la forma y contenido del contrato, con las limitaciones constitucionales y legales respectivas.

Aunque el pacto de retroventa es un acuerdo libre entre las partes, el mismo no garantiza la igualdad de trato porque se constituye en una condición para la resolución unilateral de un contrato de compraventa. Por ello, se discute en la doctrina si dicho pacto se justifica en mérito a la libertad contractual o debe intervenir el Estado en su regulación o prohibición.

El autor Landa (2014) señala: "(...) el derecho fundamental a la libertad contractual se asemeja más a los llamados "derechos de la libertad", pues si bien exigen un nivel de promoción por parte del Estado, principalmente exigen que éste se abstenga de intervenir." (p. 315)

Para nosotros en el caso de pactos como el de retroventa la intervención del Estado es necesaria al existir un abuso del derecho permitido por el código civil peruano vigente. No debemos olvidar porque ningún derecho puede ser absoluto.

Respecto a la libertad contractual podemos definirla como aquel derecho fundamental que tienen las partes en base a



su autonomía privada de la voluntad, de elegir libremente con quien quieren contratar, ofreciendo libremente sus bienes y/o servicios, así como a establecer la forma y el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley.

Dada la finalidad del presente artículo vamos a considerar el segundo aspecto del derecho a la libertad contractual referido a la forma y contenido del contrato. “La *libertad contractual* significa que las partes determinan libremente entre sí, la forma y el contenido del contrato, según las normas vigentes al tiempo de su celebración.” (Torres, 2016, p. 67)

El derecho fundamental a la libertad contractual tiene protección en el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993¹⁰, que permite a las personas contratar con fines lícitos sin contravenir leyes de orden público. Asimismo, el artículo 62 del mismo cuerpo normativo permite a las partes contratar libremente y pactar el contenido de un contrato según las normas vigentes, no pudiendo modificarse los términos contractuales por leyes u otras disposiciones.¹¹

Además, debemos considerar que los citados artículos deben interpretarse en armonía con los tratados internacionales suscritos por nuestro país.¹²

Si bien es cierto, el derecho fundamental a la libertad contractual nos permite establecer libremente la forma y el contenido de los contratos, dicha libertad no es absoluta y tiene algunos límites impuestos por la Constitución y la ley.

Es así que, la libertad de las personas para regular sus relaciones privadas que se plasman en el contrato, no es ilimitada, pues cada ordenamiento jurídico establece, aunque de manera indirecta, los parámetros dentro de los cuales se puede ejercer dicha autonomía (Leyva, 2011). “(...) los dos principales límites a la

¹⁰ Numeral 14, artículo 2 de la Constitución Política: “Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.”

¹¹ Artículo 62 de la Constitución Política: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...)”.

¹² El artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que ha sido ratificado por el Perú, señala: “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.” (Naciones Unidas). Por su parte, el artículo 175 del Código de Derecho Internacional Privado, establece: “Son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto.” (Organization of American States)



libertad contractual son: (i) El orden público; y, (ii) otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos.” (Landa, 2014, p. 316). “(...) existen otras figuras jurídicas que de una manera u otra también limitan el ejercicio de la libertad de contratación. Estas figuras, a nuestro criterio, son: el principio de la buena fe, el abuso del derecho, el fraude a la ley (...)” (Soto, 2011, p. 54)

A nuestro parecer, cuando existan algunas disposiciones legales que puedan vulnerar derechos fundamentales debe intervenir el Estado en busca del interés público.

El jurista Torres (2016) establece:

Las limitaciones a la autonomía de voluntad privada no debe ser tales de matar la iniciativa privada, la libre circulación de los bienes y servicios, la inversión privada nacional y extranjera, siempre, claro está, que ante un conflicto entre el interés público y el privado debe prevalecer el público. (p. 66)

No obstante, el uso del pacto de retroventa está regulado en nuestra legislación y puede ser utilizado por las partes libremente, la forma como está regulada esta figura vulnera el derecho a la igualdad de las partes y permite ocultar otros acuerdo como los préstamos dinerarios con beneficios exclusivos para una de las partes. Por ese motivo consideramos que debe intervenir el Estado con respecto al pacto de retroventa en beneficio del interés público ya que su uso constituye un abuso del derecho.

VI. El abuso del derecho

Para definir el abuso del derecho existen dos posiciones en la doctrina: a) una tesis positiva o material, y b) una tesis negativa o formal.

La tesis negativa o formal, “(...) asume la absolutez de los derechos subjetivos, pensando que sólo el legislador los confiere y limita o elimina si lo entiende necesario.” (Ordoqui, 2014, p. 112). El abuso del derecho formal se produce cuando una acción contraviene a una prohibición jurídica de hacer u omitir, aplicando literalmente el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. (Benglio, 2013)

En resumen, según la tesis negativa o formal todo derecho conferido en una ley es lícito y su ejercicio no constituye un abuso del derecho.



Por otro lado, la tesis positiva o material señala que, “(...) el hecho de que la norma reconozca un derecho no excluye que cuando éste se ejerce no pueda actuarse en forma irregular, anormal o contraria a los fines que justificaron esa norma, o los principios generales del derecho.” (Ordoqui, 2014, p. 114). El abuso del derecho material se produce cuando mediante el empleo de actos formalmente ajustados al ordenamiento jurídico, se producen resultados contrarios a los fines, normas y principios del mismo. (Benglio, 2013)

Para la tesis positiva o material cuando una norma jurídica reconozca un derecho y se ejerza de manera irregular o contraria a los fines de la norma o a los principios generales del derecho, constituye un abuso del derecho.

Dada la finalidad de la presente investigación asumiremos una postura positiva o material para definir el abuso del derecho.

En ese sentido, el abuso del derecho puede definirse como el ejercicio de un derecho establecido en la ley pero que es utilizado de forma irregular o contraria a los fines de la misma y a los principios generales del derecho. “En el ámbito de la relación contractual, el abuso de derecho se orienta a preservar el fin o la causa del contrato.” (Ordoqui, 2014, p.170)

El principio de la autonomía de la voluntad privada, por medio de la cual se puede establecer libremente el contenido de los contratos encuentra su límite en el abuso del derecho que no ampara la Constitución Política de 1993¹³ y se encuentra regulado en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil vigente.

Entonces, en caso de incorporar el pacto de retroventa en un contrato de compraventa para disfrazar, por ejemplo, un préstamo con beneficios irrazonables para una de las partes en perjuicio de la otra, constituye sin lugar a dudas un abuso del derecho al transgredirse el deber jurídico de no hacer daño a las personas.

El autor Fernández (2018), señala:

El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito, un comportamiento permitido por la ley. Pero, a través del llamado abuso del derecho, dicho comportamiento jurídicamente admitido, se convierte en un fenómeno que consiste en el ejercicio excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y, en cualquier caso, antisocial

¹³ Artículo 103 de la Constitución Política: “(...) La Constitución no ampara el abuso del derecho.”



de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno. (p. 135)

En conclusión, el pacto de retroventa está regulado en nuestro código civil vigente; sin embargo, pese a ser lícito, constituye un abuso del derecho porque tiene beneficios exclusivos para una de las partes, y además, puede ocultar otros acuerdos como la obtención de un préstamo dinerario con garantía de un bien, con posibles intereses usurarios. El simple hecho de utilizar el mencionado pacto para ocultar otros acuerdos desiguales contraviene su finalidad y atenta contra el interés público.

VII. La prohibición del pacto de retroventa y el principio de proporcionalidad

En nuestra opinión, el Estado debe intervenir en la regulación del contrato de compraventa cuando exista la posibilidad de que se atente contra el interés público, lo que pasa con el pacto de retroventa.

Con el avance de la ciencia y la tecnología, así como el crecimiento económico de los países, se hace imprescindible la actualización de la legislación civil debiendo evaluarse si figuras como el pacto de retroventa deben mantenerse, más aún, si estamos en proceso de constitucionalización de las distintas ramas del Derecho.

Ahora bien, en nuestro país el pacto de retroventa está permitido existiendo en la doctrina posiciones a favor y en contra de dicha figura, siendo nuestra postura en contra del citado acuerdo. En ese sentido, el Estado debe intervenir prohibiendo dicha figura.

Con la finalidad de justificar la intervención estatal en la derogación del artículo 1586 y siguientes del Código Civil vigente, que regulan el pacto de retroventa, se analizará si dicha medida cumple con el principio de proporcionalidad establecido por el jurista alemán Robert Alexy (2017), que constituye un parámetro de control en la restricción de derechos fundamentales.

El mencionado principio nos permitirá saber si la intervención del Estado al restringir el derecho fundamental a la libertad contractual (prohibiendo el pacto de retroventa) es razonable.

El principio de proporcionalidad tiene tres subprincipios: a) Idoneidad, b) Necesidad, y c) Proporcionalidad en sentido estricto.

Alexy (2017), señala que los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo



a las posibilidades fácticas, mientras que el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, siendo este último el campo de la ponderación.

Ahora, la restricción de un derecho fundamental por parte del Estado se produce cuando se prohíbe que el titular del derecho lo ejerza de manera plena conforme al supuesto de hecho que establece la ley. “Sólo cuando la disposición al que restringe el derecho fundamental es proporcional - sólo cuando ella cumple con los requerimientos que establece la cláusula restrictiva - podemos decir que la restricción es válida” (Barack, 2017, p.130)

Por lo tanto, la restricción a un derecho fundamental protegido constitucionalmente y legalmente es válida, siempre y cuando se determine la proporcionalidad de la medida.

El derecho fundamental de una persona debe ser considerado como un ideal que pueda ser realizado en la sociedad, motivo por el cual debe considerarse al interés público cuando se restringe dicho derecho.

A continuación, analizaremos si la prohibición del uso del pacto de retroventa es razonable conforme a los tres subprincipios del principio de proporcionalidad.

7.1. Subprincipio de idoneidad

El Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N.º 579-2008-PA/TC, respecto al subprincipio de idoneidad, señala: “(...) la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar.”

Por su parte, Barak (2017), precisa cuándo el fin de una medida que restringe un derecho fundamental debe ser considerado “adecuado”:

(...) requiere el análisis de dos asuntos relacionados. Primero, debemos examinar los tipos de fines que pueden justificar las restricciones que se imponen a los derechos fundamentales. Segundo, debemos analizar el grado de urgencia que se requiere en la realización de aquellos fines adecuados. (p. 283)

En principio debemos mencionar que la restricción al derecho fundamental a la libertad contractual de las partes busca tutelar el derecho a la igualdad de las partes en un contrato, que tiene amparo constitucional.¹⁴



En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N.º 00374-2017-PA/TC, señala sobre la igualdad: “Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que jurídicamente resulten relevantes.”

Es así que, las partes en un contrato de compraventa tienen el derecho a que el Estado (cuando regule algún contrato) les brinde un trato en igualdad de condiciones, lo que no ocurre con la regulación del pacto de retroventa que beneficia más a una de las partes.

El profesor Landa (2021), señala que el derecho-principio de igualdad ordena al Estado brindar el mismo tratamiento a todas las personas que reúnan las mismas condiciones o se encuentren de hecho en igual situación, siendo que este mandato se divide a su vez en dos derechos específicos: a) el derecho a ser tratado igual en la ley y en la aplicación de la ley, y b) el derecho a no ser discriminado por ningún motivo (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole).

La prohibición del pacto de retroventa se justifica porque además de evidenciar desigualdad entre las partes, desnaturaliza el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Contratos, por cuanto se deja de cumplir una obligación por voluntad unilateral de una de las partes. Además, no se debe amparar el incumplimiento de obligaciones por decisión unilateral de una de las partes, dejando incluso en suspenso la disposición del bien adquirido.

Luego, debemos recordar que desde su origen el pacto de retroventa ha sido utilizado mayormente para encubrir préstamos condicionados a intereses usurarios, por lo que se atenta contra el interés público. “La categoría del interés público no es jamás taxativa. El interés público se desarrolla con los propios avances de la sociedad a través de la historia.” (Barak, 2017, p. 299)

Por lo antes señalado, consideramos urgente la prohibición en el Código Civil peruano del pacto de retroventa al vulnerar el derecho a la igualdad del comprador, al ser evidente que el vendedor se beneficia con recuperar el bien, sin pago de intereses ni otros beneficios. Asimismo, con la resolución del contrato se pueden vulnerar derechos de terceros al quedar resueltos los derechos

14 El inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, establece que toda persona tiene derecho: “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”



adquiridos y concedidos por el comprador; así como perjudicar a los acreedores del vendedor del bien, pues tendrían que esperar a que se resuelva el contrato o en el peor de los casos iniciar procesos judiciales en contra del comprador si no se hace uso de dicho pacto.

La regulación del pacto de retroventa en nuestro país permite que una de las partes se beneficie indebidamente ocultando un préstamo de dinero con intereses altos, lo que constituye un abuso del derecho, más aún, si actualmente existen distintos mecanismos para utilizar los bienes muebles e inmuebles como garantía de pago en un préstamo dinerario.

Quizá en algún momento se justificaba asegurar el pago de un préstamo dinerario a través de un contrato de compraventa, que permita recuperar el bien con la figura denominada “pacto de retroventa”, al no existir otros mecanismos que aseguren el pago de obligaciones, lo que no ocurre actualmente.

7.2. Subprincipio de necesidad

El Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N.º 579-2008-PA/TC, respecto al subprincipio de necesidad, indica:

Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin.

Dado que el pacto de retroventa desde su origen fue utilizado para asegurar el pago de préstamos dinerarios con la entrega de algún bien, este mecanismo quizá se justificaba hace varios años atrás.

La sociedad ha evolucionado producto de distintos factores como el cultural, social, político, económico, entre otros, posibilitando que el ser humano hoy en día cuente con distintos beneficios, entre ellos, la facilidad de acceder a préstamos bancarios. A saber, existen medios alternativos al pacto de retroventa para obtener préstamos dinerarios con el uso de bienes muebles e inmuebles que aseguren el cumplimiento de la obligación, como los contratos de anticresis e hipoteca (para el caso de bienes inmuebles) regulados en el código civil vigente; y la constitución de garantía mobiliaria (para el caso de bienes muebles), conforme al Decreto Legislativo N.º 1400, que aprueba el régimen de garantía mobiliaria.



En ese sentido, la permisión del pacto de retroventa posibilita el mal uso de esta figura facilitando un préstamo dinerario usurario que constituye un abuso del derecho.

Castillo (2015), indica: “En lo personal, creemos que el pacto de retroventa no debió ser considerado un pacto permitido dentro del contrato de compraventa, (...)” (p. 293)

Por lo tanto, al existir medios alternativos seguros en nuestra legislación para obtener préstamos con garantía mobiliaria e inmobiliaria, se justifica la medida de restricción al derecho fundamental a la libertad contractual porque se alcanza el mismo fin. El contrato de compraventa tiene un rol económico al satisfacer las necesidades de las personas, así como el disfrute de la riqueza. Por ello, es importante garantizar el intercambio de bienes en el mercado sin restricciones absurdas como condicionar una compraventa a la decisión unilateral de una de las partes para su resolución, causando incertidumbre temporal sobre la propiedad de los bienes.

7.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

El Tribunal Constitucional peruano, en el Exp. N.º 579-2008-PA/TC, sobre el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, establece: “(...) Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.”

Por su parte Barak (2017), indica: “La base del test de proporcionalidad en *sensu stricto* se encuentra en el requisito de la relación adecuada entre el beneficio obtenido por la medida restrictiva y la vulneración que ella causa.” (p. 378)

En primer lugar, la restricción de la libertad contractual prohibiendo el pacto de retroventa contribuye con el interés público, al evitar que se utilice dicha figura ocultando otro acuerdo relacionado al préstamo dinerario con garantía de bienes.

La posibilidad de que se utilice dicho pacto para encubrir préstamos dinerarios en donde exista ventajas irrazonables para una de las partes, ya justifica su prohibición. “Este pacto ha sido frecuentemente utilizado para encubrir operaciones de préstamo usurario, (...)” (Lorenzetti, 1999, p. 314)

Por su parte, Castillo (2015), señala:

(...) no se ha eliminado por completo la posibilidad de que



el pacto de retroventa se emplee para encubrir un mutuo con intereses usurarios, ya sea imponiendo al vendedor la obligación de devolver el precio con un suplemento valorista de dinero, o imponiendo al comprador la obligación de devolver el bien y ejecutar alguna otra prestación en beneficio del vendedor. (p. 296)

En segundo lugar, en la doctrina existen posiciones que justifican el uso del pacto de retroventa con fines de obtener dinero y poder recuperar el bien que fue objeto de compraventa. “(...) la razón práctica del pacto de rescate se ha encontrado en el hecho según el cual el vendedor se despoja de la propiedad de la cosa por momentánea necesidad de dinero (...)” (Palacios, 2006, p. 314). “El retracto persigue una finalidad económica puesto que permite al vendedor adquirir una liquidez inmediata con la esperanza de poder recuperar el bien en un futuro.” (Arnau, 2009, p. 277).

Nosotros no compartimos lo expresado por los autores Arau y Palacios, por cuanto no tiene sentido utilizar la figura del pacto de retroventa como medio para obtener préstamos dinerarios, al existir actualmente diferentes mecanismos formales y seguros para que una persona pueda adquirir dinero, sin el riesgo de pagar interés ocultos que a veces pueden ser excesivos.

El autor Barak (2017), señala: “(...) las consideraciones relativas al interés público deben ser incluidas y tomadas en cuenta dentro de la discusión referente a las reglas de la proporcionalidad, (...) y, en particular, dentro de los elementos de la “finalidad” y la “proporcionalidad en sentido estricto”. (p. 101)

Con la prohibición del pacto de retroventa se busca el bienestar de las personas que contratan como vendedores, compradores y los terceros intervinientes, acreedores, quienes pueden verse perjudicados por una figura que encubre un préstamo de dinero con beneficios exclusivos para una de las partes.

En tercer lugar, debemos considerar que el pacto de retroventa ocasiona que los bienes afectados con dicho pacto no puedan circular libremente en el mercado, ya que se tiene que esperar hasta que se cumpla el plazo legal para que se haga uso de esta figura. “A nadie le va a ser posible comprar un bien con este pacto, porque hay una condición resolutive a favor del vendedor, que no consolida la propiedad adquirida.” (Miranda, 2013, p. 215)

La compraventa es fundamental en el intercambio de bienes en una sociedad ya que mejora las condiciones económicas de las personas, sin embargo, las condiciones que se impongan a ese contrato que impliquen incertidumbre sobre la propiedad del bien afectan al interés público.



El pacto de retroventa desnaturaliza el contrato de compraventa al dejar en suspenso la propiedad del bien, que se encuentra condicionada a la decisión unilateral de una de las partes de resolver el contrato y recuperar el bien.

Finalmente, debemos mencionar que el contrato de compraventa al facilitar el intercambio de bienes se convierte en un medio esencial para la economía, sin embargo, las condiciones resolutorias unilaterales mantienen incertidumbre sobre la propiedad del bien, evitando que dicho contrato cumpla su función. “La compraventa es un contrato traslativo de dominio, con el que se puede adquirir riqueza, es decir, mediante la compra y venta de objetos se pueden obtener ganancias fructíferas, lo cual traerá consigo que los sujetos obtengan una fortuna, (...)” (Ayala, 2017, p. 66)

Hoy en día carece de sentido mantener en nuestra legislación al pacto de retroventa como acuerdo permitido en un contrato de compraventa ya que su uso constituye un abuso del derecho.

VIII. Conclusiones

- a. El pacto de retroventa en nuestro país constituye un abuso del derecho, por cuanto si bien es cierto nuestro código civil vigente reconoce el derecho a su uso, el mismo no se puede ejercer de manera irregular o contraria a los fines de la misma norma jurídica. El derecho a la libertad contractual que permite el uso del pacto de retroventa no puede atentar contra el interés público, ya que vulnera el derecho a la igualdad de las partes, y además, posibilita el ocultamiento de otros acuerdos como la adquisición de préstamos dinerarios con intereses altos.
- b. Consideramos que el pacto de retroventa podría ser un acuerdo razonable, siempre y cuando se regule condiciones con trato igualitario para ambas partes como por ejemplo, beneficiar al comprador con el pago de intereses económicos si el vendedor resuelve el contrato en mérito a dicho pacto. Asimismo, debería prohibirse expresamente el uso del pacto de retroventa para ocultar préstamos dinerarios, sin embargo, sería complicado establecer un control sobre ello. Por tanto, la medida más idónea sería la prohibición del mencionado pacto.
- c. El pacto de retroventa en nuestro país tiene las siguientes características: a) Es dependiente, b) No opera de pleno derecho, c) No puede imponerse al vendedor alguna ventaja, d) Tiene un plazo de caducidad, e) Se puede utilizar para bienes muebles e inmuebles, f) El comprador tiene el derecho a retener el bien hasta que el vendedor le reembolse las mejoras



necesarias y útiles, g) Los vendedores de un bien indiviso y los herederos (del que ha vendido el bien) no pueden usar su derecho separadamente, h) Los copropietarios de un bien indiviso pueden ejercer su derecho de resolución de contrato separadamente, i) Es oponible a terceros, siempre y cuando se encuentre inscrito en el registro respectivo.

d. Luego de un análisis comparativo legislativo, se tiene:

-El pacto de retroventa se permite y regula en las legislaciones de Perú, Chile, Ecuador, Colombia, Argentina y España, prohibiéndose en México. En el Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía sí se permite y regula dicho pacto.

-En Chile, Ecuador, Colombia y Argentina se puede acordar el incremento del precio de compra del bien, sin embargo, no se hace mención al pago de intereses económicos.

-En todos los países analizados se comprende a los bienes muebles e inmuebles, salvo en España en donde se comprende únicamente a los bienes inmuebles. En el Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía se hace referencia general a bienes.

-El plazo para ejercer el derecho de resolución del contrato es de dos años (para bienes inmuebles) y un año (para bienes muebles) en el Perú; cuatro años (para bienes inmuebles y muebles) en Chile, Ecuador y Colombia; cinco años (para bienes inmuebles) y dos años (para bienes muebles) en Argentina; y un plazo de cuatro años (cuando no hay estipulación de plazo), que no excederá de diez años (cuando se estipule un plazo) en España para bienes inmuebles. En el Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía se puede convenir un plazo máximo de tres años sin hacer distinción de bienes.

e. La restricción del derecho fundamental a la libertad contractual con la prohibición del pacto de retroventa supera el test de proporcionalidad de Alexy, por lo que es razonable dicha medida. Así tenemos, que se cumple con el principio de idoneidad, ya que las partes del contrato tienen derecho a que Estado les brinde un trato en igualdad de condiciones, lo que no ocurre con el citado pacto; con el principio de necesidad, al existir medios alternativos seguros en nuestra legislación para obtener préstamos con garantía mobiliaria e inmobiliaria en el sistema bancario y se alcanza el mismo fin; y con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, ya que la restricción de la libertad contractual contribuye con el interés público, al evitar que se utilice dicha figura ocultando otros acuerdos relacionados con préstamos dinerarios con garantía de bienes.



IX. Lista de Referencias

- Alexy, R. (2017). Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional coo teoría de la fundamentación jurídica. Traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Arias-Schreiber, M (2011). Exégesis del Código Civil de 1984. Contratos nominados. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Arnau, F. (2009). Lecciones de derecho civil II. Obligaciones y contratos. Colecciones Sapientia 7. Castelló de la Plana. Madrid: Editores Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions
- Ayala, M. D. C. (2017). Contratos civiles: (ed.). México, D.F, Mexico: IURE Editores. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unc/40214?page=66>. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unc/40214?page=74>.
- Barak, A. (2017). Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Traducción de Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Bayona, M. A. (2019). Los contratos de permuta, promesa de venta y compraventa, sus pactos accesorios, la lesión enorme y la jurisprudencia: (ed.). Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unc/171997?page=218>.
- Blengio, J. (2013). Abuso de derecho. Breves reflexiones sobre algunos de sus aspectos principales, su importancia actual como principio general y su incidencia en punto a la lesión calificada. En: Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalles. (pp. 821-842). Tomo II. Lima: Grández Gráficos S.A.C.
- Castillo, M. (2024). Tratado de los contratos típicos. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Castillo, M. (2015). Comentarios al contrato de compraventa. Análisis detallado de los artículos 1529 a 1601 del Código Civil. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Cores, C. D. Gandolfi, G. y Rogel, C. (Trad.) (2009). Código europeo de contratos de la Academia de Pavía: de los contratos en general: de la compraventa: (ed.). Madrid, Spain: Editorial Reus. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unc/85132?page=162>.



- Fernández, C. (2018). *Abuso del Derecho. Concepto y problemática en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Otivenza Editora Jurídica.
- González de la Aleja, J. R. (2018). *La compraventa y los contratos preparatorios*: (2 ed.). Madrid: La Ley Soluciones Legales S.A. Recuperado de: <https://elibro.net/es/ereader/unc/58389?page=385>.
<https://elibro.net/es/ereader/unc/58389?page=386>.
- Landa, C. (2021). El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. *Estudios constitucionales*, 19(2), 71-101. Epub 31 de diciembre de 2021. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002021000200071>
- Landa, C. (2014). La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *THEMIS Revista De Derecho*, (66), 309-327. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12702>
- Leyva, J. (2011). Autonomía privada y contrato. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 6(6/7), 267-290. Recuperado de: <https://doi.org/10.35292/ropj.v6i6/7.204>
- Lorenzetti, R.L. (1999). *Tratado de los contratos*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Miranda, M.J. (2016). Constitucionalización del Derecho Civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 8(10), 99-111. <https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10.231>
- Miranda, M.J. (2013). *Derecho de los contratos. Teoría-Práctica*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Ordoqui, G. (2014). *Abuso de derecho. En civil, comercial, procesal laboral y administrativo*. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- Palacios, E. (2006). Pacto de retroventa. Definición del pacto de retroventa. Artículo 1586). En: *Código Civil Comentado. Por los 100 mejores especialistas*. (pp. 311-316). Tomo VIII. Lima: Gaceta Jurídica
- Petit, E. (1988). *Tratado elemental de derecho romano*. Traducido por Fernández, J. Buenos Aires, Argentina: Editorial Albatros.



Soto, A. (2011). Libertad de Contratar y Libertad Contractual. En: Estudios sobre el código europeo de contratos. (pp. 40-85). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez

Torres, A. (2016). Teoría General del Contrato. Tomo I. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Legislación Consultada

BLOG PUCP. Código Civil de 1852. Recuperado de: http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/wp-content/uploads/sites/76/2015/06/Codigo_civil_de_1852.pdf

BLOG PUCP. Código Civil de 1936. Ley N.° 8305. Recuperado de: http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf

Código Civil y Comercial de la Nación. (2022). Ley N.° 26.994. Tercera edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Di Lalla Ediciones

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Código Civil. Última Versión de 14-JUN-2024. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>

Código Civil, (2023). Concordado, Leyes, Decretos, Resoluciones, Circulares. Bogotá: Grupo Editorial Nueva Legislación SAS

Código Civil. (2022). Suplemento del Registro Oficial No. 46, 24 de Junio 2005. Última Reforma: Edición Constitucional del Registro Oficial 15, 14-03-2022. Recuperado de: <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/3410/1/Código%20Civil%20%28Última%20reforma%2014-03-2022%29.pdf>

Código Civil y Leyes Civiles Generales. (2023). Edición: Eugenio Llamas Pombo. Madrid, España: La Ley Soluciones legales, S.A.

Código Civil Federal. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última reforma publicada DOF 17-01-2024. Recuperado de: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/gdoc/>

Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Instrumentos de Derechos Humanos. Pacto



Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Organization of American States. Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante). Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf

Jurisprudencia Consultada

Tribunal Constitucional del Perú. Exp. n.º 579-2008-PA/TC. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente n.º 00374-2017-PA/TC. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00374-2017-AA.pdf>