

438



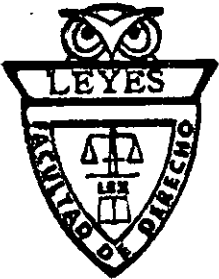
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LA NATURALEZA JURIDICA DEL  
RETRACTO"

293641

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADA EN DERECHO  
P R E S E N T A  
AZUCENA IBANEZ VELAZQUEZ



MEXICO, D.F.,

2001.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A mi Universidad Nacional Autónoma de México,  
mi casa de estudios.*

*Para quien ha sido como un padre para mí,  
con mucho cariño a mi tío:  
Licenciado Pedro Rodríguez Regino.*

*A mi asesor de tesis profesional,  
por todas sus enseñanzas:  
Licenciado Alvaro Uribe Salas.*

*Con mucho cariño y agradecimiento a mi padre:  
Licenciado Agustín Simón Ibañez Venegas.*

*A mi madre con mucho amor y agradecimiento:  
Clementina Velázquez Vázquez.*

*A mi hermana con mucho amor, por todo  
el apoyo y que me ha brindado:  
Abogada Rosa Isela Ibañez Velázquez.*

*A mi hermano, con mucho cariño por  
todos los triunfos que hemos compartido.  
Medico Agustín Ibañez Velázquez.*

*A un gran amigo, por todo el apoyo brindado:  
Contador Antonio Gayon Guerrero.*

## INTRODUCCION

Tiene el lector ante sus ojos un trabajo que ilustra sobre uno de los temas más debatidos en el campo del derecho civil, "El Retracto", en el que nos ocuparemos en primer término de hacer un estudio sobre las doctrinas que han tratado con mayor amplitud el retracto y las legislaciones que han adoptado esta figura jurídica por el peso que ha tenido esta institución en el derecho civil, motivo por el cual nuestro derecho no la ha desconocido por completo y la ha acogido nuestro más alto Tribunal al emitir jurisprudencias y tesis jurisprudenciales que refieren el tema.

Procederemos a realizar un estudio sobre los diversos conceptos que la doctrina ha dado a la palabra retracto. Referiremos al lector las fuentes que nos ilustran sobre la institución en comento, las cuales, lo hacen de manera casuística, comprendiendo que las fuentes primarias del retracto se hayan en el derecho romano, extendiéndose a la normatividad francesa, a la española y posteriormente a la normatividad latinoamericana. En nuestro derecho la jurisprudencia mexicana ha recogido esta institución considerándola procedente cuando existen de un bien sujeto a indivisión, relacionándose en comunidad, en copropiedad o arrendamiento, y no se haya cumplido con la obligación de notificar el derecho del tanto o el derecho de preferencia por el tanto al comprador preferente.

## II

También nos avocaremos a realizar un estudio sobre los casos o circunstancias en que nuestra legislación no prohíbe expresamente el retracto, como lo es el caso del retracto del crédito litigioso, refiriéndonos también a otros tipos de retracto, así considerados por la doctrina, principalmente la española.

Haremos un planteamiento de la problemática que se presenta al no encontrarse regulación expresa sobre el retracto y existir violaciones al derecho del tanto o al derecho de preferencia por el tanto.

Estudiaremos las acciones dentro de las cuales se podría suponer que se subsume la de retracto, determinando que el derecho de retracto da origen a la acción del mismo nombre, la cual, tiene características especiales.

Entraremos al estudio de las contradicciones en que ha incurrido la doctrina respecto a la esencia y naturaleza del retracto, porque para definir esta institución la han equiparado a otras figuras jurídicas considerándola un derecho convencional de resolución, un pacto u oferta de retroventa, una especie de derecho del tanto, una subrogación contractual, un derecho real o un derecho personal. Por lo cual, procederemos también a realizar un estudio sobre las teorías que explican el retracto, considerando que se trata de un derecho real que da origen a la acción de retracto.

Entraremos a un estudio dogmático jurídico del retracto, procediendo a su análisis interpretativo; al análisis de las características que lo peculiarizan; sus especies, encontrando que el retracto es uno solo, variando

### III

únicamente su objeto y su titular; procediendo también al análisis de los elementos reales y personales que integran esta institución.

El estudio comparativo del retracto con otras figuras jurídicas, nos hará comprender que el retracto es una institución independiente de las demás en el derecho civil, en virtud de que tiene naturaleza jurídica propia y características autónomas.

Enfatizaremos en que los cambios sociales son base para motivar las reformas a la legislación y que la normatividad aplicable en cualquier sociedad debe ser acorde con la problemática social buscando su resolución, ya que los juzgadores deben tener elementos suficientes para dictar sus sentencias sin dejar lugar a dudas respecto de la declaración de las situaciones jurídicas ahí resueltas por evidentes lagunas en la ley.

# I. CAPITULO PRIMERO

## GENERALIDADES

### *1.1 ESTUDIO DE LA CUESTION*

Las fuentes que nos informan sobre la figura jurídica del retracto, lo hacen de manera casuística porque existen distintos supuestos jurídicos en que se considera procedente, es así que los doctrinarios que tratan el retracto opinan que para su invocación es necesario restringirse a determinadas condiciones especiales dependiendo de cada situación jurídica concreta. En efecto, los doctrinarios nos explican que la legislación francesa lo tiene considerado como procedente en determinados casos como en la donación y en la sucesión.

La doctrina española ha tratado con mayor amplitud el retracto al considerarlo procedente en la cesión, en la donación, compraventa y el arrendamiento, por mencionar algunos, es así como se tratan distintos tipos de retractos dependiendo de su origen: a) ya sea por la ley que los crea los regulados en el Código Civil; ya sea los recogidos en las Compilaciones Forales; o bien, los recogidos en las leyes civiles especiales; los creados en las leyes administrativas; b) dependiendo del Sujeto titular del derecho, es decir, en tratándose de un sujeto privado o de sujetos públicos, o bien; c)



dependiendo del tipo de propiedad de que se trate; como lo expondremos con posterioridad.

En obras como "La Enciclopedia Jurídica Omeba" y la "Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico" se informa que esta institución se extendió a algunos otros Códigos Civiles europeos y latinoamericanos como el Código Civil Italiano, en el que también se habla del retracto de crédito litigioso estableciéndose que pueden cederse libremente los créditos litigiosos prohibiendo la cesión a jueces, individuos del ministerio fiscal y otros oficiales de justicia; en el Código Civil Español y el de Puerto Rico se establece la misma restricción. Asimismo, se refiere que la institución del retracto es desconocida en algunos países como en el derecho común inglés. En países latinoamericanos como Argentina, Brasil, Ecuador, Chile, Colombia, Uruguay, Panamá, Santo Domingo, Costa Rica, Puerto Rico, Bolivia, Cuba y Guatemala, entre otros, han abolido la institución. Sin embargo, existen países en Latinoamérica que le dieron albergue en su legislación como Perú y Venezuela, el artículo 1208 del nuevo Código Civil de Perú permite expresamente la cesión de todo crédito de arbitraje o resolución administrativa. Existen remanentes de la institución en el Código Civil Chileno de 1855, adoptado literalmente en el Ecuador (1861), Colombia (1873) y en algunas Repúblicas Centroamericanas.

Es así como esta institución ha sido adoptada por diversas legislaciones y también por la nuestra, porque el Código de Napoleón y el Código Civil Español contienen diversos preceptos de derecho civil que han sido influjo de nuestros preceptos legales, a pesar de que la institución del retracto fue adoptada por múltiples legislaciones, actualmente es una

institución que no tiene albergue en diversas legislaciones, pero en legislaciones como la nuestra, es continua su aplicación en la realidad jurídica actual, es así que, en el derecho Mexicano se considera procedente en casos como en la compraventa, el arrendamiento, la copropiedad, la comunidad y en la cesión, entre otros supuestos jurídicos en que se pretenda evitar la intromisión de un extraño en la participación de un bien sujeto a indivisión o de un bien que se encuentre en litigio, y sobre este último caso nos dice José Trías Monge, citando la obra Derecho de las Obligaciones de Ernesto Gutiérrez y González que en nuestro derecho la experiencia ha sido similar a la de otros países en que la institución del retracto de crédito litigioso se ha repudiado, sin embargo, “los Códigos Civiles Federales de 1870 y 1884 adoptaron la institución... El artículo 2272 del Código Civil actual que data de 1928, la repudió, expresándose en cambio específicamente que no se prohíbe la cesión de créditos litigiosos”.<sup>1</sup>

Sin embargo, la institución del retracto se desnaturalizó, y de lo que se hacía uso era de la figura de la retroventa, que aunque similar al retracto, su objetivo y fines son distintos, pero encontramos vestigios de dicha institución en los Códigos Civiles Federales de 1870 y de 1884 que lo adoptaron como una forma de asegurar el derecho del tanto de los comuneros y para asegurar el derecho del tanto del copropietario.

Quizá la interrogante en este momento es el por qué se repudió la institución de retracto, sin embargo, esto sucedió porque la institución no fue utilizada para los fines con que se había creado en un principio y porque se

---

<sup>1</sup> Trías Monge José, Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. El Envejecimiento de los Códigos. Vol. 64, Número 3. El caso del retracto del crédito litigioso. p. 455

utilizó asimilándola a la figura de la retroventa, la cual es una figura que se utiliza persiguiendo efectos totalmente distintos a los que se persiguen en el retracto, es decir, que no fueron creadas para los mismos fines. En efecto, la importancia del retracto es muy relevante porque fue creada para evitar que un tercero extraño a la copropiedad, comunidad o respecto de un bien sujeto a la indivisión se entrometiera a esa copropiedad sin el consentimiento de los copropietarios, o bien, se pretendía evitar la pérdida definitiva de un bien que el propietario deseaba conservar. Pero la figura del retracto se desnaturalizó porque fue utilizada para obtener provechos ilícitos e inequitativos por parte del retrayente, y ese es el peligro de permitir que una figura jurídica se desnaturalice de alguna forma y que se pretenda enfocarla a otros fines que no son los propios simulando actos lícitos y ocasionando daños y perjuicios a terceras personas.

Pero eliminar de tajo una figura de la legislación es peligroso porque se dejan lagunas en la ley y por tanto se puede generar inequidad para los sujetos que se encuadren en determinada situación jurídica.

A pesar de lo manifestado, nuestro derecho mexicano no ha desconocido por completo la figura jurídica del retracto, ya que ha sido adoptada por la jurisprudencia mexicana y por diversas tesis jurisprudenciales relacionadas, de las cuales, haremos el planteamiento correspondiente en los capítulos subsecuentes del presente trabajo.

En consecuencia, el objeto de estudio así queda planteado y el propósito teórico jurídico nos llevará a establecer la naturaleza de la figura del retracto respecto de la que nos ocuparemos en establecer si jurídicamente se

trata de un derecho, de una obligación o de una acción y en todo caso su fundamentación en la ley.

## ***1.2 CONCEPTO JURIDICO DE RETRACTO***

Caravantes,<sup>2</sup> nos dice que, etimológicamente la palabra retracto "proviene del verbo traho, trahis, trahere, mover, atraer o acercarse a sí una cosa, y de su frecuentativo tractare, tratar".<sup>3</sup>

En efecto, este autor nos indica la etimología de la palabra retracto entendida como un acto de retraer, volver a traer, traer de nuevo o retornar una cosa a su lugar de origen. Asimismo, la preposición *re* en nuestra lengua significa repetición, resistencia, retroceso, regreso, o reiteración, que unida al verbo traer denota una repetición a la tracción, o bien, la repetición de un acto, por tanto, podemos afirmar que el que retrae recupera una cosa o la vuelve al lugar donde se encontraba, pensando en que quizá ese objeto se encontraba en su patrimonio y lo había perdido, consecuentemente sería requisito que el que retrae una cosa la haya tenido en su poder con anterioridad, porque no se puede volver a traer lo que no se ha tenido antes, es por esto que resulta acertado el significado gramatical con el que Caravantes nos define la palabra retracto.

Por otra parte, el Diccionario Jurídico Mexicano, nos ilustra en los siguientes términos: "En el derecho mexicano significa la facultad de la cual gozan determinadas personas de subrogarse en los derechos y obligaciones

---

<sup>2</sup> Caravantes, José de Vicente Y. Procesalista español, autor de la obra Tratado de los Procedimientos Judiciales. Tomo III. Editorial: Angel Editor. México, 1998.

<sup>3</sup> Caravantes, José de Vicente Y. Ob. cit. p. 287

del comprador en circunstancias especiales. En la Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, esta facultad se concede a los inquilinos de condominios construidos o financiados por instituciones oficiales, y a éstas últimas si el propietario enajenase el departamento, vivienda, casa o local, sin notificarles su deseo de vender a fin de que hicieren uso del derecho del tanto. La notificación debe ser por medio del administrador, de notario o judicialmente y en ella se debe manifestar el precio ofrecido y las condiciones de la operación. Es decir que el inquilino o la institución oficial podrá subrogarse - en lugar del comprador - con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de compraventa. Para ello debe hacer uso del derecho de retracto, exhibiendo el precio dentro de los quince días siguientes a aquel en el que haya tenido conocimiento de la enajenación. Es decir, que son requisitos esenciales para que opere el retracto: la existencia de un condominio financiado o construido por institución oficial; la existencia de un contrato de arrendamiento entre el propietario y un tercero sobre el condominio en cuestión; la venta del mismo sin respetar el derecho del tanto del inquilino o arrendatario y de la institución oficial que financió o construyó el condominio; el ejercicio del derecho del retracto precisamente dentro de los quince días siguientes a aquél en que se haya tenido conocimiento de la venta, y; la exhibición del precio estipulado en el contrato de compraventa".<sup>4</sup>

Ciertamente el derecho mexicano, concedía en la Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio el derecho de retracto a ciertas personas que se encontraban en condiciones especiales como lo eran los

---

<sup>4</sup> Diccionario Jurídico Mexicano. Volumen: P-Z. Editorial: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, UNAM. México, 1988. Segunda edición. p. 2850.

inquilinos de condominios construidos o financiados por instituciones oficiales y a las propias instituciones oficiales si el propietario enajenase el bien sin notificarles sobre la venta, las condiciones de la misma y el precio a fin de que aquellos hicieran uso del derecho del tanto. En este Diccionario Jurídico Mexicano se define al retracto como una facultad, no como un derecho ni como una acción, pero cabría definir si realmente estamos en presencia de una facultad, un derecho o una acción concedida a las personas que se encuadren en el caso jurídico concreto. Todas estas cuestiones tendré ocasión de presentárselas al lector mas adelante cuando vayamos profundizando en el estudio de esta figura jurídica.

Asimismo, la palabra retracto es definida como “Artimaña de que se valen los usureros para quedarse con los bienes dados en prenda por el deudor, sin necesidad de practicar una ejecución judicial ni de hacer gasto ninguno”.<sup>5</sup>

Así fue considerada por la desnaturalización de esta figura al haber sido utilizada para obtener provechos ilícitos simulando actos lícitos, ocasionando daños y perjuicios a terceros y en virtud de que fue equiparada con la llamada retroventa que tiene efectos distintos a los del retracto.

Joaquín Escriche lo define como “el derecho que comprende a ciertas personas para retraer o quedarse por el tanto con la cosa vendida a otro; o bien, el derecho que por ley costumbre o pacto compete a alguno para

---

<sup>5</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial: Driskill S.A. Buenos Aires 1978. p. 989.

anular alguna venta y tomar para sí por el mismo precio la cosa vendida a otro".<sup>6</sup>

Escriche, hace dos afirmaciones importantes; la primera, consistente en que el que retrae se queda por el tanto con la cosa vendida a otro y cabe hacer la aclaración de que frecuentemente los autores españoles confunden el término derecho del tanto con el término retracto, términos que son esencialmente distintos, toda vez que el derecho del tanto es precedente al retracto y el segundo surge únicamente si se ha violado el primero; la segunda afirmación que hace es que el retracto es el derecho que por ley costumbre o pacto compete a alguno para anular alguna venta y tomar para sí por el mismo precio la cosa vendida a otro, sin embargo, cabe aclarar que no todos los autores son acordes en que por el ejercicio del retracto se anule la venta, además de que otros autores difieren sobre si el precio debe ser el mismo o se deben cubrir las mejoras que se hayan hecho sobre la cosa a retraer.

Asimismo, en el Diccionario de la Lengua Española se define: "del latín retractus. Derecho que compete a ciertas personas para quedarse , por el tanto de su precio con la cosa vendida a otro. Convencional.- For. El pactado en la compraventa a favor del vendedor para recuperar la cosa vendida. De alledaños, o de colindantes.- For. El que concede la ley, en casos que determina, a los propietarios colindantes de la finca vendida, para evitar el excesivo fraccionamiento de los cultivos. De comuneros.- For. El que concede la ley a los condueños para favorecer la consolidación de la

---

<sup>6</sup> Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Editorial: Librería de Rosa, Bouret Y.C. París, 1852. p. 1442.

propiedad. De sangre o gentilicio.- For. El concedido por las leyes en razón de parentesco para recuperar fincas de abolengo".<sup>7</sup>

Como lo analizaremos con posterioridad, el retracto, principalmente estudiado por autores españoles, es definido dependiendo del tipo de retracto de que se trate, tal como se desprende de la definición transcrita en el párrafo precedente, pero las ideas comúnmente aceptadas sobre el retracto, son que éste puede ser convencional o legal; que aquél se da cuando el vendedor establece en el contrato un pacto para recuperar la cosa mediante la devolución del precio;<sup>8</sup> y el segundo consiste en la subrogación de un tercero en los derechos y obligaciones del comprador para adquirir la cosa pagando el precio en que se había convenido con el comprador original. Situaciones que aquí quedan así planteadas y de las cuales haremos un estudio más profundo en páginas posteriores.

---

<sup>7</sup> Diccionario de la Lengua Española. Editorial: Espasa-Calpe. Décima Sexta edición. Madrid, 1º de julio de 1936.

<sup>8</sup> Escriche define el retracto convencional como el que procede de las ventas hechas a carta de gracia, esto es, con el pacto de retrovendendo, por el cual se reserva el vendedor la facultad de redimir o recobrar la cosa mediante la restitución del precio. Ob. cit. p. 535.

"El retracto es de estas dos clases: 1º Convencional, llamado antes también pacto de retroventa, de retro o retrovendendo, y a la venta que contiene a carta de gracia, que no era otra cosa que un pacto agregado al contrato de compra y venta por virtud del cual se convienen los contratantes que el vendedor pueda recobrar la cosa vendida mediante la devolución del precio... Hoy se le define diciendo que es aquél por el cual, el vendedor que se ha reservado en el contrato el derecho de recuperar la cosa vendida, puede hacer uso de esta facultad en el tiempo y con las demás obligaciones establecidas por la ley, y a lo que se hubiese pactado; y 2º Legal que como su nombre lo indica, es el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago." Burón Gregorio. Derecho Civil según los Principios, los Códigos y las leyes precedentes y la Reforma del Código Civil. Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de Andrés Martín. Tomo III. Valladolid, 1900. p. 840.



Caravantes, nos da el significado de lo que entiende por juicio de retracto entendido como "el procedimiento breve y sencillo, promovido a instancia del que tiene por la ley derecho de adquirir ciertas cosas vendidas a otro, por el mismo precio en que este las compro, rescindiendo el contrato celebrado con él".<sup>9</sup>

Narciso Riaza, nos dice que "es principio general que los retractos son modos especiales de resolverse el contrato de compraventa, y no solo de resolverlo, sino de anularlo".<sup>10</sup>

En páginas posteriores expordremos que en mi particular punto de vista, no existen varios tipos de retracto, sino que el derecho de retracto es uno solo, por tanto, tampoco considero que los llamados retractos sean modos especiales de resolver el contrato de compraventa, toda vez que no se trata de una cláusula en el contrato, de lo contrario estaríamos en presencia de la llamada retroventa, la cual en México fue prohibida. Asimismo, veremos que lo que el retrayente consigue al ejercitar el retracto no es la nulidad del contrato, sino que se subroga en los derechos y obligaciones del comprador pagando el precio de la cosa.

Riaza, nos señala las definiciones que del retracto dan otros autores españoles como la de Mario Navarro Amandi<sup>11</sup> "llamase retracto el acto de anular una venta, tomando el que retrae por el mismo precio la cosa vendida".

---

<sup>9</sup> Caravantes, José de Vicente Y. Ob. cit. p. 287.

<sup>10</sup> Riaza, Narciso. Los Retratos, Errores Dominantes Acerca de la Materia. Editorial Reus S.A. Madrid, 1919. p. 77.

<sup>11</sup> Navarro Amandi, Mario. Cuestionario del Código Civil Reformado. Tomo IV. Editado en la Imprenta de Infantería de Marina. Madrid, 1981. p. 242.

Asimismo nos proporciona otra definición semejante de Antonio Martínez Ruíz,<sup>12</sup> "La venta se anula y se rescinde por las mismas causas que todas las obligaciones... y por el retracto convencional o por el legal..., por cualquiera de estas causas queda extinguida en la compraventa la obligación: se produce la invalidación del contrato, efecto que el Código Civil denomina con el nombre genérico de resolución".

En estas dos últimas definiciones de retracto se reitera que este consiste en la nulidad de una venta, lo cual no sucede así, como lo expondremos en el presente trabajo en páginas posteriores, por otra parte, se habla de que es un medio para rescindir el contrato o para extinguir las obligaciones, lo cual es contrario a los principios doctrinarios del derecho civil que se basan en el estudio de la rescisión y de las formas de extinción de las obligaciones.

Vistas las definiciones transcritas con antelación, propongo la siguiente definición de la palabra retracto, estimando que, es un derecho real originado de la venta imperfecta de un bien sujeto a indivisión, copropiedad, comunidad o sociedad en perjuicio de un tercero, debido al incumplimiento del vendedor de notificar a los interesados sobre la existencia de una venta propalada respecto del bien, derecho cuyo ejercicio genera la recuperación de la cosa vendida al retrayente que se subroga en los derechos y obligaciones del comprador originario y exhiba el precio, a fin de no permitir la intromisión de terceros extraños a la copropiedad, a la comunidad o a la sociedad, en beneficio de los participantes de la cosa en común.

---

<sup>12</sup> Martínez, Ruíz Antonio. El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo. Tomo IX. Madrid, 1908. p. 407.

### ***1.3 LAS FUENTES DEL RETRACTO***

Empecemos por aclarar que la palabra fuente significa el origen o el lugar de donde emana algo, de esta forma las fuentes del derecho son aquellas de las cuales originan las normas jurídicas. La opinión más generalizada dentro de la doctrina jurídica establece tres acepciones de la palabra fuente: las llamadas fuentes formales, consistentes en los procesos de creación de las normas jurídicas dentro de las que encontramos la legislación, la costumbre y la jurisprudencia; las fuentes reales que son los elementos que determinan el contenido de las normas y; las fuentes históricas que son los documentos que contienen los textos de las leyes. García Máynez nos explica que las fuentes formales “son procesos de manifestación de normas jurídicas...”. Para que se integre un proceso se deben dar una serie de fases sucesivas las cuales varían de acuerdo al supuesto jurídico concreto de que se trate, asimismo, la unión de la legislación, la costumbre y la jurisprudencia que son fuentes formales del derecho condiciona la validez de las normas creadas en razón de los propios procesos, en este sentido, para la creación de normas, el legislador debe tomar en cuenta las necesidades económicas, políticas, sociales y culturales de las personas a las que van dirigidas considerando que los fines del derecho son la idea de justicia, la seguridad y el bien común.

“La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente...”<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> García Máynez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial: Porrúa. Decimocuarta edición. México, 1991. p. 61

“La palabra jurisprudencia posee dos acepciones distintas. En una de ellas equivale a la ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo. En la otra sirve para designar al conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales”.<sup>14</sup>

Las fuentes primarias de la institución del retracto se hayan principalmente en el derecho romano, algunos autores como Caravantes, nos indican que dentro de la clasificación de las acciones *in rem scriptas* o *in rem scriptae*, en el período formulario, y otros autores dicen que en el período del derecho romano postclásico en la *Lex Anastasiana* creada por decreto del emperador Anastasio que introduce la figura del retracto de crédito litigioso y de esas fuentes deriva la normatividad francesa, ya que en el Código Civil Francés se incorporó el retracto y por el prestigio que este Código tuvo, la institución se extendió incorporándose en algunos Códigos Civiles europeos como el Código Civil Español en el que se recogió dicha institución tratándola ampliamente, cuyo anteproyecto de 1851, formulado por Florencio García Goyena, contenía ya la institución en la forma que la asumió el Código Civil; asimismo, el Código Civil de Italia y el Código Civil Portugués se basaron al igual que el Código Civil Español en el Código Francés, consecuentemente muchos Códigos Civiles Americanos imitaron o adoptaron el modelo Español, sin embargo en Códigos Civiles como el de Argentina, Brasil, Ecuador, Chile, Colombia, Uruguay, Panamá, Santo Domingo, Costa Rica, Puerto Rico, Bolivia, Cuba y Guatemala, entre otros, la figura del retracto es una institución que ha sido suprimida o abolida, por lo cual, esta figura es considerada obsoleta, sin embargo, los litigantes en los tribunales hacen aplicación de ella y en Códigos Civiles como el de Perú y

---

<sup>14</sup> García Máñez. Ob. cit. p. 68

Venezuela se ha recogido dicha institución por la importancia que tiene para la sociedad la protección de los bienes patrimoniales.

Así como dichas legislaciones europeas y latinoamericanas adoptaron la institución del retracto, la legislación mexicana también la adoptó, la fuente primigenia que de ella tenemos se encuentra en los Códigos Civiles Federales de 1870 y 1884 que adoptaron la institución anastasiana. El artículo 2272 del Código Civil actual que data de 1928, no la adoptó, expresándose que la venta de cosa o derechos litigiosos no está prohibida; pero el vendedor que no declare la circunstancia de hallarse la cosa en litigio, es responsable de los daños y perjuicios si el comprador sufre la evicción, quedando además, sujeto a las penas respectivas, es decir, que expresamente no se prohíbe la cesión de créditos litigiosos.

La jurisprudencia mexicana entendida como fuente formal del derecho ha recogido la institución del retracto considerándola procedente cuando existan copartícipes de un bien sujeto a la indivisión como en el arrendamiento, en la compraventa, en la cesión, en la copropiedad y en la comunidad, negándose tal derecho al usufructuario en la nuda propiedad. Tenemos entonces que una de las fuentes del derecho de retracto en México es la jurisprudencia porque ha recogido la institución y la ha declarado procedente.

Aunado a lo anterior, si bien es cierto que la figura jurídica del retracto no se encuentra regulada por nuestro Código Civil para el Distrito Federal, es necesario hacer énfasis que se contemplan las llamadas fuentes de las obligaciones en el Libro Cuarto del mencionado ordenamiento, dentro de

las que se encuentran los contratos, la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilícito, la gestión de negocios, las obligaciones que nacen de los actos ilícitos y el riesgo profesional; existiendo una normatividad respecto del cumplimiento de las obligaciones y al efecto de que existe plena regulación de las normas jurídicas mexicanas el derecho se apoya de las fuentes del derecho ya sean las reales, las formales y de la jurisprudencia siendo aplicables todas ellas para una equitativa y exacta aplicación de las leyes.

Es así, que el retracto puede presentarse en situaciones jurídicas concretas de gran importancia en nuestro país, como en la compraventa, cuando el vendedor de un bien sujeto a copropiedad incumple con la obligación de notificar a los copropietarios interesados en la compra, sobre su deseo de vender la parte alícuota de ese bien a fin de que ejercitaran el derecho del tanto, porque la venta del bien incumpliendo la obligación de notificar el derecho del tanto produce una serie de problemáticas e inequidades ya que no se está dando oportunidad al copropietario de adquirir esa parte alícuota que tal vez desee adquirir y a la vez se crea un vicio del consentimiento al haber incumplido tal obligación y posibles problemas respecto del derecho de propiedad del comprador de buena fe y es así que nuestra jurisprudencia mexicana ha dado cabida a la figura del retracto a efecto de que se subsanen de alguna forma los daños que se pudieran haber producido al ser violado el derecho del tanto, generando tal violación el derecho al retracto del bien en virtud de que se causan daños y perjuicios tanto al copropietario que no fue notificado como al adquirente de buena fe que a lo largo del tiempo haya hecho mejoras al bien adquirido. También,

respecto de un bien arrendado, puede ejercitar el retracto el inquilino preterido en caso de venta del bien motivo de la relación contractual.

Asimismo, la Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio concedía la facultad de retraer a los inquilinos de condominios financiados o construidos por instituciones oficiales en caso de que el propietario enajenase el inmueble sin notificar a los inquilinos o a la institución a fin de que ejercieran el derecho del tanto.

Igualmente no está prohibida la enajenación de derechos litigiosos, pero el Código Civil para el Distrito Federal establece la obligación de pagar daños y perjuicios a quien los provoque por dicha enajenación, dando cabida en este caso a exigir el pago de daños y perjuicio en vía de retracto.

Así tenemos que la ley obliga al vendedor a notificar sobre su deseo de vender el bien sujeto a copropiedad a los interesados a fin de otorgarles el derecho del tanto teniendo como fuente de esa obligación la ley, sin embargo, el hecho de consumar la venta sin haber obtenido el consentimiento de todos los interesados origina el derecho de retracto por el perjuicio que se ocasiona al tercero ya que al hablarse de obligaciones que tienen como fuente la ley, esta obliga al que se encuadre dentro de la situación jurídica concreta, toda vez que el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

#### **1.4 EL RETRACTO EN LAS LEGISLACIONES ANTERIORES AL CODIGO CIVIL DE 1928**

Los doctrinarios consideran que el derecho romano es la base de la formación de diversas instituciones y legislaciones ya que Roma constituyó para los pueblos antiguos el centro del mundo. Es por esto que ciertos autores aseguran que el origen del retracto lo encontramos en el período formulario del derecho romano dentro de la clasificación de las acciones in rem scriptas o in rem scriptae, toda vez que durante este período la ciencia jurídica aplicaba todos sus recursos para la redacción de fórmulas, ya que el derecho romano principalmente fue un derecho de acciones creadas en diversos períodos del procedimiento romano, estos períodos fueron tres de acuerdo a la explicación que nos da el maestro Eduardo Pallares en su Tratado de las Acciones Civiles: a) El período de las acciones de la ley, en que el ejercicio de las acciones se daba en base a símbolos, palabras, objetos y gestos b) El período formulario, aquí la acción judicial consistía en una fórmula (que tenía implícito el derecho que se otorgaba al demandante) que redactaba el magistrado para que se pudiera realizar la instancia ante el juez que conociera del litigio y posteriormente éste dictara sentencia. c) El período extraordinario en el que por regla general, el juicio principia y concluye ante el magistrado, los juicios extraordinarios que eran una excepción en el segundo período, triunfan de los juicios formularios que se iniciaban ante el magistrado y terminaban ante el juez, al revés de lo que sucedía con los extraordinarios, que tenían verificativo ante el magistrado, fue un período en el que el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido, ya no era



necesario que lo concediera previamente un magistrado, sino que cada quien podía a su riesgo y perjuicio promover una instancia.<sup>15</sup>

El autor José Ignacio Morales, en su libro "Derecho Romano", hace referencia a las fórmulas romanas consideradas en el procedimiento formulario, dentro de las cuales, encontramos la fórmula *in rem*, entre otras, esta fórmula "era la fundada en un derecho real por medio de la cual se reclamaba el reconocimiento contra la persona que a él se oponía; procedía contra todos los que atacaban o lesionaban un derecho y además se concedía para proteger la propiedad y los derechos reales."<sup>16</sup>

El maestro Floris Margadant, en su obra *Derecho Romano Privado*, explica que "aunque pertenecientes a las acciones personales, las acciones reales, se dirigían contra cualquier persona que tuviera en su poder un objeto que, anteriormente, otro hubiese obtenido un acto injusto. La propiedad o posesión de determinada cosa era base de la legitimación pasiva en los procesos derivados de tales acciones *in rem scriptae*."<sup>17</sup>

Riaza Narciso en su obra *Los "Retractos"* nos dice que "el derecho romano, no conoció más que el retracto pactado, no el que hoy es llamado legal. En la Ley 2ª, Tít. LIV, Libro IV Códex, de *pactis inter emptorem et venditorem compositis*, prevé terminantemente el caso de venta con reserva del derecho a retraer. Dice así 'Si tus padres vendieran un fundo bajo la

---

<sup>15</sup> Ver la obra de Pallares, Eduardo. *Tratado de las Acciones Civiles*. Editorial: Porrúa. Sexta edición. México 1991. p. 9 - 18.

<sup>16</sup> Morales, José Ignacio. *Derecho Romano*. Editorial: Trillas. México, 1992. p. 285.

<sup>17</sup> Margadant, S. Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano*. Editorial: Esfinge, S.A. Octava Edición. México, 1978. p. 181.

condición de que si dentro de cierto tiempo ellos o sus sucesores diesen el precio se les había de restituir el fundo; si tu exigies el cumplimiento de esa obligación, pero rehusa hacerlo el heredero del comprador, para que se observe la fe en los contratos, se te concederá la acción *prescriptis verbis* o la de venta en consideración a los frutos del fundo de que se ha utilizado el adversario desde que le ofreciste la devolución del precio'; pudiendo deshacerse la venta con retracto pactado, aunque la venta hubiese tenido o sufrido ulteriores traspasos. (Ley XXX, Dig. Depig., ley IV. De in diem add.)”<sup>18</sup>

En principio, el derecho romano no admitía la transmisión de las relaciones obligatorias, en la época de las acciones de la ley, pero en el período formulario se inició la práctica de permitir la cesión de créditos mediante la institución del mandato. “La ficción consistía en emitirle un mandato a la parte a quien se deseaba transmitir el crédito para obrarse contra el deudor en provecho propio, lo que lo convertía en *procurator in rem suam*. Más tarde pudo prescindirse del *mandatum ad agendum* mediante el reconocimiento directo de una *actio utilis* al comprador del crédito”. En tiempos de Justiniano se acabó por admitir de manera general la cesión de créditos con efecto definitivo, aunque manteniendo la prohibición en situaciones en que se consideraba socialmente indeseable la cesión como en el caso de la cesión del crédito a personas más poderosas que el cedente. La institución del retracto de crédito litigioso nació con el fin de acabar con la práctica de “hacer acopio por compradores profesionales de pleitos de créditos mal garantidos, los que se adquirían a bajísimo precio con el

---

<sup>18</sup> Raza Narciso. Los retractos, errores dominantes acerca de la materia. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1919. p. 23.

propósito de hostigar y perseguir implacablemente a los deudores” llamados “personas litigarum vexationibus afficere y hacer grandes ganancias”.<sup>19</sup>

La Lex Anastasiana creada por decreto del emperador Anastacio (506 A.D.) introduce la institución del retracto de crédito litigioso para que dichos compradores de litigios no pudiesen recobrar más de que lo hubiesen pagado, por oposición a personas litigiosas y pendencieras y deseo de evitar el abuso del derecho representado por la utilización del proceso judicial, sin embargo, se crearon algunos usos de donación de parte del crédito litigioso y la cesión del resto por lo que Justiniano decretó la Ley Ab Anastacio con el fin de prohibir dichos usos.

Sin embargo, el derecho Español fue influido por el derecho romano desde la derrota de la colonia fenicia Cartago, que fue creada durante las conquistas prerromanas y trajo consigo una romanización cultural. La Conquista de las zonas sureñas de España por el emperador bizantino Justiniano en 554 y su incorporación en el Imperio Bizantino dieron vigencia al “Corpus Iuris Civilis”, en el resto de la península se aplicó un derecho romano vulgar (romano bizantino), sin embargo, por las victorias de los francos en 510, los visigodos se vieron obligados a abandonar el territorio de la actual Francia, limitándose a España pero por la fuerte influencia eclesiástica que se suscitó, fue necesario elaborar un derecho español territorial, creándose “El Fuero Juzgo”, en sustitución del Breviario de Alarico y del Codex Euricianus.

---

<sup>19</sup> Trías Monge José, Ob. cit. p. 450.

Al elaborarse el Código Civil Francés se incorporó la institución del retracto y por el influjo que dicho Código tuvo, esta institución se extendió a algunos Códigos Civiles europeos como el Código Civil Español y consecuentemente fue recogida por varios Códigos Civiles latinoamericanos. Sin embargo, solo nos concretaremos a hacer mención de algunos casos en que la legislación española hace alusión a la materia de los retractos porque es muy amplio el estudio que los legisladores hicieron en dicha legislación.

Nos dice Trías Monge que en España, el anteproyecto de García Goyena de 1851 contenía ya la institución del retracto de crédito litigioso en la forma que la asumió el Código Civil. El objeto de las leyes romanas “fue acortar los pleitos y refrenar la codicia o malignidad de los que en la compra o cesión de créditos litigiosos se proponían enriquecer a expensas de otros o atormentarlos”, nos explica Trías Monge que esto fue hasta cierto punto lo que parafraseo García Goyena en las Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español.

Los Concilios de Toledo acumularon sus cánones civiles a las normas del derecho de los godos integrándose el Códex visigothorum, Libro de los Jueces o Fuero Juzgo que sucedió a la caída del Imperio Romano. El Fuero Juzgo representa un adelanto inmenso en materia de compraventa, pero no trató los retractos. Posteriormente el territorio español fue dominado por los musulmanes, y durante ese tiempo el clero adquiere mayor poderío, después los españoles reconquistan el territorio. y aquél derecho único que fue el Libro de los Jueces, si bien no desaparece por completo, queda como derecho particular de los territorios reconquistados, o bien, quedó relegado a

la categoría de derecho supletorio del privilegiado y especial, disfrutado por cada clase social (nobleza, clero y plebeyos).<sup>20</sup>

“En los notabilísimos Fueros de Logroños, Sepúlveda, Cuenca, Alcalá y otros se consignan interesantes disposiciones respecto de los derechos reales, al tanteo y al retracto gentilicio. Este puede decirse que nace en España o se regula en los Fueros municipales, época en que la familia venía a constituir un organismo de mucha mayor amplitud que la familia moderna; y se consideró, sin duda, de verdadero interés público el que la propiedad no saliese de la misma al objeto de fortalecerla y unirla más con la fuerza y conexión que de la propiedad recibe”.<sup>21</sup>

“El Fuero Viejo de Castilla... concede gran importancia al retracto gentilicio (ley 4ª, título I, libro IV).” En que se conceden nueve días a partir de que se entregaba al comprador la cosa vendida... Don Fernando III tenía el propósito de acabar con el fraccionamiento, se empieza a trabajar el *Septenario* para recopilación de leyes vigentes y desechadas pero al fallecer deja a su encargo a su hijo y sucesor Alfonso X el Sabio quien durante su reinado edita el *Fuero Real*, el *Espéculo*, las *Partidas* y el *Estilo*, entre otros trabajos de importancia... El retracto gentilicio se concreta en la ley 13, título 10 del libro 3º del *Fuero Real*, en que se “1º estableció el derecho de tanteo o preferencia concediendo facultad al pariente del vendedor para quedarse con el objeto del contrato por el mismo precio o tanto en que fuera a ser enajenado; tanto por tanto era preferido el hombre de abolengo. 2º Si dos o más parientes de abolengo del vendedor concurrían ejercitando el derecho de

---

<sup>20</sup> Riaza Narciso. *Los retractos, errores dominantes acerca de la materia*. Editorial: Reus, S.A. Madrid, 1919. p. 34.

<sup>21</sup> Riaza Narciso. *Ob. cit.* p. 35.

tantear, la proximidad en el parentesco determinaba la preferencia. 3º Marca con toda perfección la nota más característica y diferencial entre el tanteo y el retracto, es, a saber: que le primero procede y ha de utilizarse a la celebración del contrato y el segundo con posterioridad a la celebración o a su consumación...”<sup>22</sup>

En las Leyes de Estilo se dedican dos leyes a la materia de retractos, la CCXX y la CXXX.

En las Leyes de Partidas se regula el retracto y “no obstante presentarnos un cuadro bastante completo de derechos reales y personales y de los contratos en la Partidas III y V, no se ocupa del retracto gentilicio haciéndolo tan solo del convencional y del de comuneros, debido, sin duda, por lo que hace al gentilicio, a que aprovechando el rey Sabio el renacimiento del derecho romano quiso servirnoslo casi íntegro en esta parte que, con la relativa a obligaciones es en la que más imperio ejerce aún en la legislación de nuestros días”.<sup>23</sup>

En la Ley 42, tít V de la Partida V, ley 55, tít. V, Part. V;

Se regula en el Ordenamiento Real, llamado también de Montalvo y Ordenanzas Reales de Castilla en sus dos leyes, la VI y la VII, tít VII.

En el siglo XVI bajo el reinado de los reyes católicos Fernando e Isabel, se encomendó un trabajo de creación de leyes en las Cortes de Toro

---

<sup>22</sup> Riaza Narciso. Ob. cit. p. 37.

<sup>23</sup> Riaza Narciso. Ob. cit. p. 40.

que dio origen a las Leyes de Toro en las cuales se regula el retracto de la ley 70 a la 75.

En la Nueva recopilación nada se encuentra respecto al tanteo.

En la Novísima Recopilación decretada en 1805, el tít. XIII del libro X, "lleva por epígrafe 'De los retractos y derecho de tanteo'" en el se confunden los términos tanteo y retracto.<sup>24</sup>

Todas esas leyes "fueron derogadas por decreto de las cortes de 8 de junio de 1813, restablecidas en 6 de Diciembre de 1836."<sup>25</sup>

En 1851 se establece el retracto en el Proyecto del Código Civil Español.

Pero nos encontramos con que la legislación española habla del retracto entendiéndolo también como tanteo, a diferencia de el derecho latinoamericano en que se trata el retracto entendiéndolo también como retroventa, en cambio en la jurisprudencia Mexicana se hace clara distinción entre lo que es el retracto, el derecho del tanto y la retroventa.

En Latinoamérica se introdujo la institución en diversos Códigos Civiles, pero en varios de ellos fue abolida o suprimida pero en los Códigos Civiles como el de Perú y Venezuela se ha recogido dicha institución por la importancia que tiene para la sociedad la protección de los bienes patrimoniales.

---

<sup>24</sup> Riaza Narciso. Ob. cit. p. 52.

<sup>25</sup> Riaza Narciso. Ob. cit. p. 56.

En México, el retracto ha tenido escasa aplicación en la vida práctica pero es tratado por la jurisprudencia Mexicana en supuestos en los que se pretende evitar la intromisión de un extraño cuando existe coparticipación de un bien sujeto a la indivisión, como puede suscitarse en la compraventa, en el arrendamiento, en la copropiedad, en la comunidad, pero se ha negado el derecho de retraer al usufructuario cuando existe nuda propiedad, y el Código Civil actual en su artículo 2272 que data de 1928 no adoptó la institución de retracto pero expresamente no prohíbe la cesión de bienes considerados créditos litigiosos.

### ***1.5 EL RETRACTO EN NUESTRA LEGISLACION CIVIL MEXICANA***

El Código Civil para el Distrito Federal no regula expresamente el retracto, sin embargo tampoco lo prohíbe expresamente, en virtud de que en su artículo 2272 determina que "la venta de cosa o derechos litigiosos no está prohibida; pero el vendedor que no declare la circunstancia de hallarse la cosa en litigio, es responsable de los daños y perjuicios si el comprador sufre la evicción".

Asimismo, El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2279 establece que los propietarios de cosa indivisa no pueden vender su parte respectiva a extraños, sino cumpliendo lo dispuesto en el artículo 973, el cual, establece que los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto el copropietario notificará a los demás, por



medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el solo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno; y deben cumplir también con lo dispuesto en el artículo 974 que determina que si varios propietarios hicieren uso del derecho del tanto será preferido el que represente mayor parte, y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario.

Al efecto, la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece en la siguiente jurisprudencia:

**"ACCION DE RETRACTO Y DERECHO DEL TANTO.-**

Tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace a favor de un tercero extraño a la comunidad, se pueden presentar dos situaciones: cuando la venta está simplemente propalada y cuando está consumada. En el primer caso los copropietarios pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una venta directa del copropietario enajenante a favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en el segundo caso los copropietarios preteridos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador. (Sexta Epoca, Cuarta Parte.- Vol. XIII, Pág 198. A. D. 4983/57.- Guillermo Romo Escobar.- 5 votos.- Vol. XL, Pág 112. A.D. 5965/57.- Pedro Solís Salas.- Unanimidad de 4 votos.- Vol. XLIII, Pág. 49. A.D. 5073/59.- Luisa Felipa Hoz de Torquemada.- Unanimidad de 4 votos.- Vol. LXXXV, Pág. 54 Queja. 247/62.- Calletano

Ceballos, Sucn.- 5 votos.- Vol. LXXXV, Pág. 64. A.D. 8785/62.- Josefina Ceballos de la Madrid.- 5 votos)."

La Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal que en su artículo 20 concedía la facultad de retraer a los inquilinos de condominios financiados o construidos o financiados por instituciones oficiales en caso de que el propietario enajenase el inmueble sin notificar a los inquilinos o a institución a fin de que ejercieren el derecho del tanto, o de lo contrario podría hacer uso del derecho de retracto exhibiendo el precio dentro de los quince días siguientes a aquél en el que hubiere tenido conocimiento de la enajenación. En efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece en la tesis jurisprudencial que a continuación me permito transcribir:

**"DERECHOS DEL TANTO Y DERECHO DE RETRACTO. VENTA A FAVOR DE UN TERCERO EXTRAÑO A LA COMUNIDAD.** Tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace a favor de un tercero extraño a la comunidad, se pueden presentar dos situaciones: cuando la venta está simplemente propalada y cuando está consumada. En el primer caso, el ejercicio del derecho del tanto implica una venta directa del copropietario enajenante a favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero, mientras que en el segundo, el copartícipe que ejerce el derecho de retracto, se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador. (Séptima época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo 181-186 Sexta Parte. Página: 74)."

## **1.6 TIPOS DE RETRACTO**

En diversas legislaciones como la francesa, la española, la existente en algunos países Latinoamericanos, entre otras, se encuentran regulados varios tipos de retracto, sin embargo, considero que la diversidad de situaciones jurídicas planteadas por el derecho comparado no constituyen varios tipos de retracto, sino que el derecho de retracto es uno solo, el cuál se manifiesta en forma distinta al variar su objeto o su titular.

El derecho español ha tratado tipos de retracto dependiendo de su origen tales como:

“1.- Por la ley que los crea: 1.1. Regulados en el Código Civil: Retracto de condueños; retracto de colindantes; retracto de coherederos; retracto enfiteúutico, de censos, foros y otros gravámenes análogos; retracto de consocios en la sociedad en liquidación; retracto en la sociedad de gananciales en liquidación; retracto de créditos litigiosos (que si bien tiene naturaleza distinta ya que su finalidad no es adquirir la propiedad, sino exigir la deuda). 1.2. Recogidos en las Compilaciones Forales: a) retracto gentilicio y retracto gracioso en Navarra; el derecho de abolorio o de la saca en Aragón; el derecho de fadiga en Cataluña y el derecho de tornería en el Valle de Arán. b) retracto de aparcería y del lugar acasarado en Galicia; derecho de saca en país Vasco. 1.3. En leyes civiles especiales, entre las que sin duda destacan la Ley de Arrendamientos urbanos y la de Arrendamientos rústicos. 1.4 Creados en las Leyes administrativas, con cada día más numerosos y en ámbitos tan distintos como: Instalaciones deportivas; Ley sobre Sociedades Anónimas Deportivas Patrimonio Histórico (Ley del Patrimonio Histórico Español);

caza (Ley de caza); patentes; (Ley de Patentes); costas (Ley de costas); montes, espacios naturales, parques nacionales o regionales; agricultura (Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias); carreteras; urbanismo y vivienda... 2.- Por el Sujeto Titular del derecho: 2.1. Sujetos Privados, a los que se otorga ese derecho por su cualidad de inquilino, comunero, colindante, coheredero, socio, miembro de la unidad familiar, etc. 2.2. Sujetos Públicos, ya se trate de la Administración General del Estado, Autonómica, Local o, en menor medida, de un organismo dotado de personalidad jurídica (Instituto de Catalán del Suelo...) 3.- Por el tipo de propiedad que se trate: 3.1. Propiedad Agraria; propiedad forestal o de valor ecológico; propiedad intelectual (también la Ley de patentes, en su artículo 72.2 otorga el retracto a favor de los copropietarios pro indiviso de una patente); propiedad de valor histórico-artístico; propiedad inmobiliaria, dentro de la cual podemos efectuar una subdivisión en urbanismo y vivienda".<sup>26</sup>

Asimismo, la doctrina francesa también ha tratado tipos de retracto como el retracto sucesorio y el llamado retracto convencional según lo refiere Julien Bonnecase en el Tomo III de su obra *Elementos de Derecho Civil*.<sup>27</sup>

Explicaremos brevemente el significado de algunos de estos tipos de retracto ya que el objeto fundamental de la mayoría de los retractos que trata el derecho comparado es el de evitar la participación de un extraño en la cosa que se encuentra sujeta a un estado de indivisión o el de evitar la pérdida

---

<sup>26</sup> Ramos Medrano, José Antonio. *Los Derechos de Tanteo y Retracto en la Legislación Urbanística*. Editorial: Dykinson. Madrid, 1995. p.p. 32-34.

<sup>27</sup> Ver la obra de Julien Bonnecase. *Elementos del Derecho Civil*. Tomo III. Traducción por: José M. Cajica JR. Editorial: Cárdenas Editor y Distribuidor. p.p. 396-398 y 490-491.

definitiva de una cosa que se desea conservar pero que el propietario se ha visto en la necesidad de venderla y la finalidad del retracto es la de adquirir la propiedad de dicha cosa, por lo que únicamente daremos el significado de los llamados tipos de retractos porque la legislación y la doctrina extranjera los han tratado en un número muy basto. Estos retractos en general se manifiestan como retractos legales y retractos convencionales los cuales constituyen el género del retracto y la especie son las manifestaciones del retracto que nacen de la subdivisión de los dos anteriores.

Tenemos el retracto convencional que es el que procede de las ventas hechas a carta de gracia, esto es con el pacto de retrovedendo, por el cual se reserva el vendedor la facultad de redimir o recobrar la cosa vendida mediante la restitución del precio.<sup>28</sup>

En cambio, el retracto legal, llamado así por encontrarse comprendido en la legislación que consiste en el derecho de subrogarse en lugar del adquirente por la compra o la dación en pago indemnizando el precio satisfecho y respetando las condiciones pactadas en el contrato.

Se trata también el retracto de abolengo, legítimo, gentilicio o de sangre que es el derecho que compete a los más próximos parientes del vendedor constituidos dentro del cuarto grado, para redimir los bienes raíces de sus abuelos o padres ofreciendo al comprador el mismo precio que le cuesta.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Editorial. Librería de Rosa, Bouret y C. París, 1952. p. 1444.

<sup>29</sup> Escriche. Ob. cit. p. 1443.

En la revista española denominada "Anuario de Historia del Derecho Español" se publicó el artículo: "El Retracto Gentilicio en la Codificación" por Roncesvalles Barber Cárcamo, en el cual, el autor explica que como principio básico del derecho, la familia ha perdido protagonismo en el derecho moderno, toda vez que se ha optado por otorgar gran protección al derecho de propiedad, afirmando que lo que la propiedad es para la codificación, la familia lo fue para el derecho histórico. En efecto, a pesar de que en el Proyecto del Código Civil Español de 1821, se contemplaba la voluntad (aun no expresada) acerca del retracto gentilicio, haciendo alusión a la libertad civil, la propiedad, la seguridad individual y la igualdad legal que componen los principales derechos legítimos de los españoles, de la propiedad sobre las cosas, entre otras que muestran una ideología liberal dirigida a la propiedad como consecuencia de la libertad del derecho "de usar, disfrutar y disponer libremente de las cosas muebles e inmuebles que pertenecen a uno o muchos en virtud de título establecido por la ley"; parece contrario al retracto gentilicio el Título V del mencionado Proyecto al establecer que "la libertad individual, la de la propiedad y el interés de multiplicar y subdividir la riqueza pública exigen que el legislador prescriba reglas para los trasposos de la propiedad, debiendo servirle de base los siguientes principios: proteger la anchurosa libertad, corregir los fraudes, los extravíos y las preocupaciones funestas", pero no existe una prohibición expresa del retracto gentilicio en el Proyecto de 1821.<sup>30</sup>

Al hablarse del retracto de comunión o de Sociedad, se dice que es el derecho que tiene cualquiera de los comuneros, socios o condueños de una

---

<sup>30</sup> Ver el artículo escrito por Barber Cárcamo Roncesvalles. Anuario de Historia del Derecho Español. El Retracto Gentilicio en la Codificación. Tomo LX. Madrid, 1990. p.p. 186 - 196.

cosa indivisa para sacar o retraer la parte que alguno de ellos vendiere o quisiere vender a un extraño dando el mismo precio que este ofreciere o hubiese dado.<sup>31</sup>

El retracto de coherederos, que es el consistente en el derecho que tienen los coherederos de subrogarse en el lugar del comprador reembolsándole el precio de la compra por la venta de un derecho hereditario.

El retracto enfiteútico,<sup>32</sup> que procede de la venta hecha de una finca enfiteútica por haber omitido el vendedor dar aviso a los condueños de la enajenación del dominio de dicha finca.

---

<sup>31</sup> Escriche, Joaquín . Ob. cit. p. 1443.

<sup>32</sup> En la obra intitulada "Los Derechos de Tanteo y Retracto en la Legislación Urbanística" de Antonio Ramos Medrano. Editorial: Dykinson. España, 1995. p. 37; se refiere el retracto enfiteútico como una institución correspondiente a una sociedad agraria y rural casi desaparecida, "pese a ello tiene interés su alusión ya que la regulación del derecho de tanteo que efectúa el Código Civil en el censo enfiteútico es bastante exhaustiva... esta figura tiene la característica de producir una separación entre el dominio directo y el dominio útil... separación que se ha establecido como un medio de consolidación de la propiedad inmueble y de que ésta se vea libre de toda carga..."

Narciso Ríaza, en su obra Los Retratos, apunta que "el derecho que a los dueños en la enfiteusis y al superficiario en el contrato de cesión del suelo para plantar cepas o viñas, se concede para quedarse con los dominios enajenados por sus respectivos poseedores... el Código Civil concede a los dueños directo y útil en la enfiteusis y al dueño y al superficiario en el contrato de cesión del suelo para plantar viñas por el tiempo que debida tuvieren las primeras cepas plantadas los derechos de tanteo y de retracto imponiendo a ambas partes en cada contrato la recíproca obligación de darse aviso cuando pretendan enajenar su derecho, enterando a la otra parte del precio definitivo que se le ofrezca por si al avisado le conviene y puede adquirir y unir al suyo el que se va a transferir, pagando al vendedor el precio ofrecido... la ley pretende laudablemente unir los dominios directo y útil o el dominio y el derecho de superficie en un solo dueño: no quiere que la propiedad se encuentre desmembrada y repartida en varias manos, y a evitarlo tiende concediendo el derecho de tanteo, preferencia, prelación en la compra o como quiera llamársele..."

El retracto de crédito litigioso que es el consistente en el derecho que tiene el perjudicado por la venta de un crédito litigioso hecha a un tercero, debiendo el vendedor reembolsar el precio que se le pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho.

En México, no es tratado expresamente el retracto en el Código Civil para el Distrito Federal aunque tampoco se prohíbe expresamente ya que se establece la obligación de pagar daños y perjuicios a quien los provoque por la enajenación de derechos litigiosos, también la jurisprudencia mexicana trata la figura jurídica del retracto estableciendo que es posible ejercitar la acción de retracto cumpliendo determinadas condiciones, además la Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal en su artículo 20 concedía hasta el año de mil novecientos noventa y ocho la facultad de retraer a los inquilinos de condominios construidos o financiados por instituciones oficiales en caso de que el propietario enajenase el inmueble sin notificar a los inquilinos o a institución a fin de que ejercitaren el derecho del tanto.

Sin embargo, como quedó expresado en párrafos precedentes, el Código Civil para el Distrito Federal dedica un Libro completo llamado de las obligaciones a tratar varias disposiciones respecto al cumplimiento de la normatividad contenida en dicho ordenamiento y al efecto también se expresa que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su



naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley; en efecto, los ordenamientos legales presuponen un fin lícito derivado de la celebración de los actos jurídicos y en particular de la celebración de los contratos, atendiendo siempre a su naturaleza (no a su denaturalización); a la buena fe de las partes contratantes (entendiendo que los actos jurídicos de las partes se exteriorizan por actos voluntarios y originariamente lícitos); al uso (dependiendo de la frecuencia con que se celebren los actos jurídicos); o a la ley (normatividad que debe ser respetada por los sujetos de derechos y obligaciones).

## II. CAPITULO SEGUNDO.

### PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA SOBRE LA NATURALEZA Y LA EXISTENCIA DEL RETRACTO.

#### *2.1 LA FALTA DE REGULACION EXPRESA SOBRE EL RETRACTO.*

Como ha quedado expresado en el capítulo anterior, aunque el tema llamado "retracto" dista mucho de ser novedoso, es todavía de enorme actualidad a pesar de que no existe regulación expresa sobre la figura jurídica del retracto en el Código Civil para el Distrito Federal, sin embargo, tampoco está prohibido expresamente, por lo tanto, al suscitarse controversias en materia de retracto los jueces y los tribunales no pueden dejar de resolverlas ya que el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces y tribunales para dejar de resolver una controversia.

En efecto, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2272 establece que "la venta de cosa o derechos litigiosos no está prohibida; pero el vendedor que no declare la circunstancia de encontrarse la cosa en litigio, es responsable de los daños y perjuicios si el comprador sufre la evicción, quedando, además, sujeto a las penas respectivas", por lo que podemos interpretar que no está prohibido el retracto de cosa o derechos litigiosos y en

virtud de que en este caso no se puede resolver conforme a la letra de la ley, entonces se resolverá conforme a su interpretación jurídica.

En el artículo 1292 del Código Civil para el Distrito Federal se establece que "el heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario debe notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquellos, dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto; si los herederos hacen uso de ese derecho, el vendedor está obligado a consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el solo lapso de los ocho días se pierde el derecho del tanto. Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en este artículo, será nula". En este artículo se encuentra regulado el derecho del tanto y los artículos 2303 y 2304 del mismo ordenamiento establecen el derecho de preferencia por el tanto que establecen que "puede estipularse que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tanto, para el caso de que el comprador quisiere vender la cosa que fue objeto del contrato de compraventa.- El vendedor está obligado a ejercer su derecho de preferencia, dentro de tres días, si la cosa fuere mueble, después que el comprador le hubiere hecho saber la oferta que tenga por ella, bajo pena de perder su derecho si en ese tiempo no lo ejerciere. Si la cosa fuere inmueble, tendrá el término de diez días para ejercer el derecho bajo la misma pena. En ambos casos está obligado a pagar el precio que el comprador ofreciere, y si no lo pudiere satisfacer, quedará sin efecto el pacto de preferencia".

Al respecto, la jurisprudencia mexicana hace una clara distinción entre el derecho del tanto y el derecho de preferencia, estableciendo en la jurisprudencia denominada "**DERECHO DEL TANTO Y DERECHO**

**DE PREFERENCIA POR EL TANTO. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS.** El artículo 2447 del Código Civil del Distrito Federal establece que el inquilino que cumpla con determinados requisitos goza del 'derecho del tanto' si el propietario desea vender la finca arrendada. Ahora bien, de acuerdo con los artículos 2303, 2304 y 2305 de la legislación en consulta, si el dueño no cumple con la obligación que le impone aquél numeral, es decir, si no respeta el derecho de preferencia por el tanto" que corresponde al arrendatario, y enajena la casa materia del arrendamiento a terceras personas, la venta es válida, estando obligado solamente a responder de los daños y perjuicios que cause al inquilino. De lo anterior se sigue que aun cuando el citado artículo 2447 del Código Civil dice textualmente 'derecho de preferencia por el tanto' consignado en los artículos citados líneas arriba. Ello es así porque el verdadero derecho del tanto presenta diferencias sustanciales con el llamado 'derecho de preferencia por el tanto'. En efecto, el primero corresponde exclusivamente al copropietario, al coheredero o al usufructuario, mientras que el segundo se otorga al arrendatario y al vendedor que acuerda con el comprador adquirir posteriormente de éste el inmueble que le enajena. Además, el mismo Código prevé para el caso de que no se respeten uno y otro, porque en el primer caso la venta es nula y no surte efectos jurídicos, en tanto que en la segunda hipótesis la venta es válida, respondiendo el vendedor exclusivamente de los daños y perjuicios, como ya se dijo. En otras palabras, la tutela legal no opera igual para ambos, porque presentan diferencias en lo que atañe a su naturaleza, a la calidad de las personas que pueden ejercitarlos y al alcance de la sanción aplicable en caso de inobservancia. (Amparo directo 5573/83. Fuad Saadia y otro. 9 de septiembre de 1985. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.)"

El artículo 940 del Código Civil para el Distrito Federal establece que "si el dominio no es divisible, o la cosa no admite cómoda división y los partícipes no se convienen en que sea adjudicada a alguno de ellos, se procederá a su venta y a la repartición de su precio entre los interesados."

En cambio, el artículo 20 en relación con el artículo 19 de la Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Bienes Inmuebles para el Distrito Federal establecía expresamente el derecho de retracto artículos que versan en la siguiente forma: Artículo 19. "En caso de que un propietario desee vender su departamento, vivienda, casa o local, lo notificará al inquilino y, en su caso, a la institución oficial que haya financiado o construido el condominio, por medio del administrador del inmueble, de notario o judicialmente, con expresión del precio ofrecido y demás condiciones, de la operación, a efecto de que, dentro de los diez días siguientes, manifieste si hace uso del derecho del tanto", asimismo, el artículo 20 del mismo ordenamiento versa: "Si el departamento, vivienda, casa o local se enajenare con infracción a lo dispuesto en el artículo anterior, el inquilino o la institución oficial que haya financiado o construido el condominio, podrá subrogarse en lugar del adquirente, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de compraventa, siempre que haga uso del derecho de retracto, con exhibición del precio, dentro de los quince días siguientes al en que haya tenido conocimiento de la enajenación. Los notarios o quienes hagan sus veces, se abstendrán de autorizar una escritura de compraventa de esta naturaleza, si antes no se cercioran de que el vendedor ha respetado el derecho del tanto. En caso de que la notificación se haya hecho por conducto del administrador del inmueble, el mismo deberá comprobar ante el notario o quien haga sus veces, en forma indubitable, el día y hora en que hizo la notificación a que se refiere el artículo anterior". Sin embargo, no se

establecían los requisitos expresos que debían cumplirse para la procedencia del retracto en cuanto al término que se tiene para ejercitarse ya que fue regulado muy superficialmente por lo que se podía prestar a confusiones que producirían efectos graves por su ejercicio.

Ha llamado nuestra atención que el estudio de la figura jurídica del retracto generalmente pasa desapercibido por los tratadistas del derecho civil y los tratadistas del derecho procesal, sin embargo, es injustificable el abandono en que el procesalismo moderno ha colocado a la acción de retracto. No existe regulación expresa sobre el retracto, pero existe regulada la obligación que tienen los habitantes del Distrito Federal de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, regla establecida en el artículo 16 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que la infracción de dicha norma provoca que se de origen a la acción de defensa de un derecho que es la acción de retracto, cuya procedencia se contempla en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aunque siguen quedando muchas lagunas al respecto al tratamiento de esta figura jurídica.

En efecto, no se ha regulado expresamente sobre un término unánime en el que deba ejercitarse este derecho, La Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio establecía quince días para su ejercicio, a diferencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual establece diez años, pero tampoco existe claridad acerca del momento en que empieza a correr el término porque no se especifica si empieza a correr a partir de que se elaboró el contrato, o a partir de que se tuvo conocimiento de que se ha hecho el contrato, o a partir del momento en que se inscribió la compraventa

en el Registro Público de la Propiedad.

La jurisprudencia mexicana habla de que procede el ejercicio de la acción de retracto en caso de que una compraventa se encuentre consumada y haya incumplido el vendedor con la obligación de notificar a los copropietarios de la cosa el derecho del tanto cuando la venta se encontraba únicamente propalada y establece un término de diez años sin referir concretamente el momento a partir del cual empieza a correr el término establecido, en virtud de que no se sabe si corre a partir del momento en que la venta se ha consumado, o a partir del momento en que se venció el término para notificar el derecho del tanto, o bien, a partir del momento en que se ha inscrito la venta en el Registro Público de la Propiedad.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación denominada "**DERECHO DEL TANTO Y ACCION DE RETRACTO. DURACION**", en la Sexta Epoca, Cuarta Parte, Vol. XXXIV, página 76, A.D. 3761/59 relacionada con la Sucesión de María de Jesús Vda. de Ledesma y Coags., establece que "el derecho del tanto y la acción de retracto son en el fondo lo mismo...", (como lo podremos apreciar en la transcripción de la tesis jurisprudencial mencionada que haré en el apéndice correspondiente).

Sin embargo, difiero del criterio de la Corte al afirmar que el derecho del tanto y la acción de retracto son en el fondo lo mismo, en virtud de que su esencia es distinta, porque el ejercicio del derecho del tanto implica una venta directa del copropietario enajenante a favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en el retracto, el copropietario que ejercita el derecho, ya no busca que se le

conceda ese derecho de preferencia, sino que en virtud del derecho que se había constituido en razón del derecho del tanto y de que ese derecho fue violado, el titular podrá ejercitar el derecho real de persecución aunque desconozca al tercer adquirente, subrogándose en todos los derechos y obligaciones del comprador original.

## ***2.2 LA ACCION DE RETRACTO TRATADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.***

El retracto como derecho o como acción no se encuentra contemplado expresamente en nuestra legislación como sucede en otros países y no debe ser confundido con el derecho del tanto ni con el derecho de preferencia por el tanto, toda vez que todos son independientes, en principio porque el derecho del tanto presenta diferencias substanciales con el llamado derecho de preferencia por el tanto, en virtud de que el primero corresponde al copropietario al coheredero, o al usufructuario, mientras que el segundo se otorga al arrendatario y al vendedor que acuerda con el comprador adquirir posteriormente el inmueble que enajena, y el retracto se presenta cuando es violado el derecho del copropietario, del coheredero, del arrendatario, entre otros, para adquirir preferentemente el bien que se ha enajenado, por lo que resulta necesario hacer el estudio respectivo de las jurisprudencias y las tesis jurisprudenciales que refieren esta figura jurídica.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tratado el retracto en jurisprudencias y tesis jurisprudenciales que refieren la procedencia de esta institución en situaciones jurídicas concretas, considerando que su invocación se da en condiciones como las que me permitiré describir a continuación:



Primeramente haremos referencia a la situación jurídica concreta en donde existe un bien sujeto a copropiedad, ya que la Corte ha estimado que tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace en favor de un tercero extraño a la comunidad, se pueden presentar dos situaciones; la primera, cuando la venta está simplemente propalada; la segunda, cuando la venta está consumada; argumentándose que en el primer caso los copropietarios pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una venta directa del copropietario enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en el segundo caso los copropietarios preteridos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador.

Otra situación jurídica concreta que ha tratado nuestro más alto Tribunal para invocar el retracto es cuando se consuma la venta de los derechos hereditarios entre el copartícipe y un tercero extraño sin notificar a los coherederos las bases y condiciones en que fue concertada la venta, indicando que dicha acción de retracto puede deducirse durante el plazo de diez años que es el que la ley señala para la prescripción en general de las acciones.

También se refiere la invocación del retracto tratándose de la enajenación que un arrendador hace en favor de un tercero extraño a la relación arrendaticia, donde el inquilino que ejercite el retracto se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador ajeno a la relación arrendaticia.

Asimismo, se ha estimado por la Corte la procedencia del llamado retracto litigioso en donde el cesionario se ve constreñido a recibir en pago del crédito, no su importe, sino la cantidad que pagó al cedente por la transmisión, sin hacerse mayor referencia a este tipo de retracto por la Jurisprudencia Mexicana.

Sin embargo, al reflexionar sobre las reformas judiciales que se han dado en nuestro país y tomando en cuenta que nuestras autoridades han considerado que los problemas judiciales en México deben ser resueltos de forma especial, para lo que se han creado juzgados de lo civil, de lo familiar y de arrendamiento por separado, concluimos que no existe un punto de comunión respecto al juez que debe conocer un asunto de retracto, toda vez que puede presentarse la situación en que se lleve a cabo la venta de un bien arrendado perteneciente a la sucesión y en la que el coheredero vendedor pretendía solventar las cargas económicas de la herencia, por lo que el retrayente, no tiene bases suficientes para demandar su derecho de retracto ante el juez de lo civil, del arrendamiento o ante el juez de lo familiar.

De lo anterior podemos deducir que puede ser competente el juez de lo civil porque el asunto de referencia versa sobre propiedad y sobre derechos reales; sin embargo, puede resultar competente el juez en materia de arrendamiento porque se trata de un bien sujeto a una relación arrendaticia; también, puede resultar competente el juez de lo familiar porque los juicios que versan sobre bienes y derechos que constituyen el patrimonio del finado son acumulables a los juicios sucesorios.

Pero de todas estas situaciones tendremos mayor apreciación si consultamos el apéndice correspondiente de este trabajo que nos presenta

todos los casos que nuestra Corte ha considerado para la procedencia del retracto, respecto de bienes sujetos a copropiedad o a una relación arrendaticia.

### ***2.3 LAS ACCIONES CONTEMPLADAS EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DENTRO DE LAS QUE SE PUEDE SUBSUMIR LA DE RETRACTO***

A continuación procederé a hacer un análisis sobre las figuras jurídicas dentro de las cuales es posible que se pueda subsumir la de retracto en base a sus características o elementos que son similares a los de la figura en comento.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el Título Primero del Capítulo Primero intitulado “De las acciones” enumera los tipos de acciones que se tienen consideradas para su ejercicio en el derecho procesal civil en el Distrito Federal; y en su artículo 2º. Establece que “la acción procede en juicio, aún cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado y el título o causa de la acción”; por otra parte, en su artículo 4º establece el ejercicio de la acción reivindicatoria, la cual, compete a quien no está en posesión de la cosa de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene el dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y acciones en los términos prescritos por el Código Civil; asimismo, en el artículo 23 del mismo ordenamiento, se establece que el tercerista que intente excluir los derechos del actor y del demandado o los del primero solamente tiene la facultad de concurrir al proceso o de iniciar uno nuevo, en caso de que ya se haya dictado sentencia firme en aquél.

Este último precepto, nos da la idea de que en caso que el perjudicado demande el retracto, el adquirente de buena fe tiene la facultad de concurrir al proceso o en su caso iniciar uno nuevo para conseguir la nulidad del acto o lograr que dicho acto se convalide.

Nos dice Eduardo Pallares en su "Tratado de las Acciones Civiles" que la **ACCIÓN REIVINDICATORIA** "es la acción real que compete al propietario contra quien posee la cosa para obtener la entrega de la misma, sus frutos y accesiones".<sup>33</sup>

Afirma que es una acción real, declarativa y de condena que se sigue en juicio ordinario y que puede ser mobiliaria o inmobiliaria, añade que puede ser cualquier cosa material, mueble o inmueble con tal de que esté determinada en forma tal que no haya duda sobre cuál sea la cosa que el actor exige al demandado; salvo las cosas que estén fuera del comercio; las cosas que pertenecen en copropiedad indivisa (en estos casos procede la división); la porción de un predio que confina con otro y otros y no ha sido debidamente deslindado (en estos casos procede el apeo y deslinde); en los casos de acción en que un bien se incorpora, mezcla, se confunde o se agrega a otro.

Para poder reivindicar es necesario ser propietario y no estar en posesión del bien; considera que para ser reivindicado es necesario el hecho material de despojo; pero el autor Eduardo Pallares, afirma que basta que el poseedor del bien se niegue a restituirlo. Asimismo, nos indica que pueden

---

<sup>33</sup> Pallares, Eduardo. Tratado de las Acciones Civiles. Editorial: Porrúa. Sexta Edición. México, 1991. p. 109.

ser demandados en acción reivindicatoria: el poseedor de la cosa, sea de buena o mala fe; el detentador de la cosa; el poseedor que siéndolo, niega serlo para obtener sentencia favorable; el que habiendo sido poseedor deja de poseer para evitar las resultas del juicio. El demandado debe tener la calidad de poseedor o detentador en el momento de la *litis contestatio*. El reivindicante debe probar que es propietario de la cosa; que el demandado es propietario de la cosa; que el demandado es poseedor o detentador; que el demandado es poseedor o detentador; la identidad de la cosa que demanda con la que posee, detenta o ha poseído el demandado; el monto de daños y perjuicios.<sup>34</sup>

El actor puede tener a su favor un título originario o derivado de propiedad. El título originario es aquél que deriva directamente de la nación, un título debidamente legalizado. Respecto del título derivado "no bastará al reivindicante probar que adquirió el bien que reclama por un título legal adquisitivo de propiedad, tal como la compraventa, la donación, la herencia, la permuta, etc. Ha de demostrar que la persona que le transmitió la propiedad, era a su vez, dueño de la cosa por título legal, y respecto de este se repite la misma dificultad hasta llegar a un título originario de los que expida la nación en uso del poder soberano que le otorga el artículo 27 constitucional, o hasta el tiempo que hayan poseído los poseedores anteriores al reivindicante complete la prescripción adquisitiva a favor de éste. En este último caso, su derecho de propiedad se funda en la prescripción."<sup>35</sup>

Si prospera la acción reivindicatoria, el demandado debe ser condenado, a entregar la cosa, o a pagar su precio si la cosa ya no existe, la

---

<sup>34</sup> Pallares, Eduardo. Ob. cit. p.p. 107-113.

<sup>35</sup> Pallares, Eduardo. Ob. cit. p. 112.

cosa ha de ser entregada en el estado que tenía en el momento en que se presentó la demanda, la restitución comprende el pago de daños y perjuicios que la privación de la posesión ha producido; los gastos de la entrega son a cargo del demandado. Aunado a lo anterior, nos dice Pallares que la cosa debe ser devuelta con todos sus frutos y accesiones.<sup>36</sup>

Ahora procederemos al estudio de la acción subrogatoria, nos dice el autor Luis Muñoz, en su obra *Teoría General del Contrato*, que "esta acción permite la defensa por el acreedor de los derechos que competen a su deudor, cuando el crédito consta en título ejecutivo y se llama también oblicua e indirecta". Nos indica que los requisitos para el ejercicio de esta acción son "la existencia de un crédito, de cualquier naturaleza, que confiera al acreedor la facultad de exigir su cumplimiento contra el patrimonio del deudor; que el deudor tenga acciones mediante las cuales pueda mejorar el estado de su fortuna; que del no ejercicio de tales acciones resulte su insolvencia, en perjuicio del acreedor; que no se trate de derechos irrevocablemente adquiridos por el deudor y por él renunciados, sino de facultades renunciadas y que el acreedor tenga verdadero interés en la acción subrogatoria, considerándose que este interés existe siempre que el deudor ponga en peligro el cobro del crédito. La acción oblicua es ejercida por el acreedor por su propio derecho, no por representación".<sup>37</sup>

Por otra parte, estudiaremos también la **ACCIÓN PAULIANA**<sup>38</sup> o

---

<sup>36</sup> Pallares, Eduardo. Ob. cit. p. 113.

<sup>37</sup> Muñoz Luis. *Teoría General del Contrato*. Editorial: Cárdenas. México, 1973. p. 120.

<sup>38</sup> Fue creada por un importante y trascendente jurisconsulto del derecho romano justiniano en la época postclásica, llamado Paulo, acción que justificadamente lleva su nombre, formulada para substituir a dos interdictos: uno llamado *fraudatorium* y el llamado *restitutio in integrum* que se concedían a

**REVOCATORIA**, nos dice Fernando Martínez García de León que "la acción pauliana es el derecho concedido al acreedor para demandar la ineficacia de los actos jurídicos verdaderos celebrados por el deudor en perjuicio de sus derechos. Tal ineficacia afectará a los actos fraudulentos hasta el importe del crédito del acreedor y se pronunciará sólo en beneficio de quien la intente en razón de un crédito anterior... Es decir, la sentencia que recaiga al juicio en fraude de acreedores, revocará el acto jurídico fraudulento en proporción al crédito del acreedor y sólo producirá efecto relativo a favor del que haya accionado sin provecho alguno para los restantes acreedores que no la intentaron".<sup>39</sup>

Por otra parte, Luis Muñoz afirma que "esta acción tiene por objeto la nulidad de negocios y actos jurídicos celebrados por el deudor en fraude de sus acreedores y cesa luego que el deudor satisfaga su deuda o adquiera bienes con que poder cubrirla". Esta acción es un medio para garantizar los derechos del acreedor frente al deudor de mala fe. "Se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra quienes se hubiere pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia, o expedido mandamiento de embargo de bienes, cuando estas enajenaciones perjudican los derechos de sus acreedores".<sup>40</sup>

Asimismo, La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia Mexicana refiere la "**ACCION PAULIANA, CONCEPTO DE LA**. La

---

todo acreedor contra adquirentes de mala fe. (Ver la obra de Fernando Martínez García de León intitulada "La Acción Pauliana").

<sup>39</sup> Martínez García de León. La Acción Pauliana. Actos verdaderos ejecutados en perjuicio de acreedores y la defensa jurídica del crédito. Editorial: Porrúa. México, 1999. p. 27.

<sup>40</sup> Martínez García de León. Ob. cit. p. 121.

acción pauliana o revocatoria, es aquella que se da a los acreedores para obtener la revocación de los actos del deudor en fraude de sus derechos. (Quinta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: LXVIII. Página: 1076. Garza Vda. De Guerra María De Jesús. Pág. 1076. Tomo LXVIII. 23 De Abril De 1941. 5 Votos.)”

También la Jurisprudencia de la Suprema Corte establece la tesis jurisprudencial que versa: **“SIMULACION, ACCION PAULIANA Y FRAUDE.** El fin económico de las acciones de simulación o de la pauliana, es mantener en el patrimonio del obligado, los bienes de que se desprende en apariencia o en realidad, para perjudicar derechos legítimos de tercero. La forma ordinaria en que se efectúan los actos simulados y las enajenaciones fraudulentas, y la más común y generalizada, es la que consiste en el desprendimiento del deudor o del obligado, de una parte de los bienes inmuebles existentes en su patrimonio, para hacerlos pasar a terceras manos y evitar así la acción de sus acreedores; pero dentro del aspecto de finalidad económica que tiene la acción que da la ley, para impedir la reducción o aniquilamiento del patrimonio del obligado y evitar que se hagan nugatorios de los derechos de sus acreedores, es lo mismo ideológicamente, desojarse por medio de una compraventa real o ficticia, de los inmuebles que se encuentran titulados a su favor, que desprenderse del numerario que hubiere de responder de sus obligaciones, aun cuando ese numerario vaya a convertirse en inmuebles que los substituyan, y el fenómeno no tendría importancia de ninguna especie, si al proceder de esta manera el que se desprende del dinero en efectivo, lo transforma en bienes que ingresen a su patrimonio. El fenómeno tiene importancia cuando este desprendimiento, que ideológicamente se equipara a una enajenación, se efectúa para hacerlo desaparecer del patrimonio o de la posesión real del deudor, para



transformarlo en un bien que se atribuye al patrimonio de una distinta persona, que lo mismo puede convertirse en interpósita o testafarro, que en una titular con propósito verdadero, como consecuencia de una operación oculta que se efectúa en el momento de transformar el efectivo en bienes inmuebles. A esos contratos de simple transmisión, en los que se persigue, con la intervención de las dos partes, ocultar los bienes de quien pretende eludir el ejercicio de las legítimas acciones de sus acreedores, es claramente aplicable la forma en que Ferrara define la simulación, cuando expresa que es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe, o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo; mas cuando se está en presencia de un contrato complejo, aun cuando simple en su apariencia, en el que no intervienen sólo dos personas, sino más, conviene saber si el acuerdo existente entre dos de ellas, permite que el caso encaje dentro de la definición dentro de la tendencia marcada por la ley y la doctrina que se ha formado a propósito del estudio de los negocios simulados, y entonces no es correcto argumentar con un criterio simplista, olvidando uno de los elementos que intervienen en la relación contractual, como sucede en el caso de la simulación que se haga consistir en que, bajo el disfraz de la adquisición para sí, hecha por unos menores representados por sus padres, se oculta una donación a aquéllos, ya que el hecho puede encajar dentro del concepto de que la legalidad aparente del negocio, sirve para engañar, pues, detrás de su falsa apariencia, se encuentra la realidad de lo que las partes han querido realizar y substraer al conocimiento de terceros, pues atribuirse los menores por la mencionada intervención, el carácter de dueños del dinero para los fines de la adquisición, y el reconocer ese carácter sus padres, unos y otros hacen declaraciones de un contenido de voluntad no real, para producir, con fines de engaño, la apariencia de un

negocio jurídico, distinto de aquel realmente llevado a cabo, porque no es lo mismo adquirir con dinero propio, que hacerlo como consecuencia de un acto jurídico distinto, oculto en la compraventa y que consiste en la donación mencionada; y así, dentro del aspecto sólo de adquisición, es notorio que se realizan las exigencias que la doctrina señala como indispensables para afirmar la simulación, no propiamente de la venta, sino de la compra y adquisición, por parte de los menores. Ahora bien, el elemento esencial de la simulación, es el fraude, que modifica un estado de hecho, por el empleo de una o varias formas jurídicas combinadas, varía las condiciones en que el hecho se produce, o hace intervenir a personas distintas de los verdaderos contratantes, y aun cuando puedan catalogarse en tres formas las medidas usadas para eludir la ley, y que consisten en el empleo de un negocio distinto o de una combinación de acto jurídico sin modificación de las condiciones de hecho, o en la interposición de personas, no puede negarse que pueden existir otras formas distintas, que no encajen exactamente dentro de estas tres categorías, por lo que no es aventurado afirmar que una de esas tres formas, es la que se ha expuesto, máxime que es un hecho completamente comprobado, que la jurisprudencia de los tribunales ha comprendido, como caso, de simulación, muchos que, según la doctrina, no pueden tener técnicamente ese carácter o no deben ser clasificados con esa denominación; pero que en cambio permiten conseguir el mismo resultado jurídico apetecido, o mejor dicho, igualdad de efectos económicos, aserto que se comprueba con el hecho de que Koheler y el mismo Ferrara, antes de la publicación de su obra "De la Simulación de los Negocios Jurídicos", haya equiparado los negocios aparentes y los en "fraudem legis" y los simulados, aun cuando con posterioridad sostiene que los típicamente aparentes, no son originariamente simulados, sino reales, concluidos en esa forma, para conseguir el resultado jurídico apetecido. Además, hay que tomar en cuenta

que la doctrina admite que la simulación puede efectuarse para disminuir el activo del deudor, aun en los mismos actos declarativos, como cuando se simula la confesión o el reconocimiento contractual de una relación jurídica, o cuando el marido reconoce que los muebles existentes en el domicilio conyugal, adquiridos con dinero de la dote o tomado en préstamo o por fruto del trabajo, pertenecen a la mujer, haciendo tal declaración con el fin de substraer los bienes a la ejecución de los acreedores. (Quinta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: LXVI. Página: 1120. TOMO LXVI, Pág. 1120.- Amparo Directo 3739/39, Sección 1a.- La Compañía de las Fábricas de Papel de San Rafael y Anexa.- 6 de noviembre de 1940.- Mayoría de 4 votos.- Disidente: Agustín Aguirre Garza.)”

Con la acción pauliana se busca demandar la ineficacia de los actos jurídicos verdaderos celebrados por el deudor en perjuicio de los derechos de sus acreedores, toda vez que con fundamento en el artículo 2179 del Código Civil para el Distrito Federal, se presumen fraudulentas las enajenaciones en fraude de acreedores y se entienden de mala fe, en estos casos el acreedor perjudicado podría proceder al retracto de los bienes hacia el patrimonio del deudor con el fin de que éste no eludiera la obligación de pagar el crédito al declararse insolvente, en virtud de presumirse que la intención del vendedor fue de mala fe.

Asimismo, la denominada **ACCION DE SIMULACION**, que ciertamente es una acción que procede en contra de los actos simulados, que son aquellos en que las partes que intervienen declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas, por lo que puede pedir la nulidad del acto simulado el tercero perjudicado

con la simulación o el Ministerio Público cuando dicha simulación se comete en transgresión de la ley o en perjuicio de la Hacienda Pública. <sup>41</sup>

Puede suscitarse que el propietario de un bien determinado que se encuentre sujeto a copropiedad simula una venta lícita transmitiendo la propiedad de su parte alícuota a un tercero ajeno a la copropiedad, el cual, recibe un derecho limitado sobre ese bien y con ello lesiona y viola la buena fe con la que se podría estar conduciendo el adquirente de la propiedad.

O bien, podría suscitarse que la venta se simulara a un precio excesivo, a un tercero adquirente de mala fe, el cual, en realidad pagaría un precio menor al estipulado o que en realidad se tratara de una donación, un arrendamiento o un préstamo, con el fin de que el copropietario que tiene derecho de adquirir ese bien no tenga posibilidad de adquirirlo y mediante una operación oculta, el vendedor conserva los bienes dentro de su patrimonio. En este caso, el copropietario tiene el derecho de retracto de ese bien determinado.

Asimismo, es fraudulenta la operación que simula una compraventa estipulando una cláusula en que el comprador se obligue a devolver el bien en un tiempo determinado porque dicha venta es en perjuicio de la libre circulación de la propiedad, ya que aunque esta operación ha sido conocida como retracto, en realidad se trata de la denominada retroventa, la cual sí está prohibida por nuestra legislación.

---

<sup>41</sup> Muñoz, Luis. Ob. cit. p. 123.

Otra figura que nos puede ilustrar sobre las acciones dentro de las cuales se puede subsumir la de retracto es la llamada **PRESUNCION MUCIANA**,<sup>42</sup> la cual, nos dice la tesis jurisprudencial emitida en razón del Amparo Civil en revisión 3020/34: "**PRESUNCION MUCIANA**. El artículo 964 del Código de Comercio, contiene la presunción que en el derecho romano se denominaba Muciana, la que establece que se reputan como pertenecientes al fallido, los bienes cuya propiedad aparezca ser de su mujer, cuando, tratándose de inmuebles, fueron adquiridos durante la vigencia del matrimonio, cualquiera que sea el régimen bajo el cual se hubiere celebrado, por presumirse que dicho bienes no fueron comprados con fondos pertenecientes a la esposa. Esta disposición, coordina perfectamente con los preceptos que normaban el régimen de la sociedad legal, en el Código Civil de 1884; pero el sistema establecido por la legislación de 1917, respecto a las relaciones familiares, que reglamentó el párrafo tercero del artículo 130 constitucional, cambió totalmente los principios aplicables a los bienes pertenecientes a los cónyuges, puesto que se separó, de manera completa, la propiedad de los bienes de los consortes, estableciendo que dichos bienes no deben considerarse pertenecientes a la sociedad legal, sino como propios de cada uno de los esposos, que pueden disponer de ellos libremente. Dentro del sistema de la sociedad legal, la existencia de la presunción Muciana, se explica jurídicamente, puesto que la regla general aplicable en materia de los bienes de los cónyuges, era la de que dichos bienes pertenecían a la sociedad legal, siendo la excepción de la propiedad individual de los mismos; en el régimen actual de separación de bienes, cambia, de manera total, la

---

<sup>42</sup> Creada por Quinto Mucio Escévola, uno de los jurisconsultos preclásicos de mayor renombre, a quien el derecho moderno debe todavía la presunción muciana de que toda mujer casada debe cualquier enriquecimiento al marido, salvo prueba en contrario y la cautio muciana referida a la fianza. (Como lo manifiesta Margadant en su obra "Derecho Privado Romano" página 58).

estimación jurídica, pues la propiedad exclusiva de los bienes de cada uno de los cónyuges, es la posesión admitida por la ley y que constituye la regla general. Por lo tanto los bienes de cada uno de los cónyuges no se reputan como integrantes del fondo común de la sociedad legal; por lo que si bien, dentro del régimen legal, ahora derogado, tenían legítima aplicación los preceptos contenidos en los artículos 964 y 965 del Código de Comercio, en el sistema vigente de separación legal de los bienes de los cónyuges, carece de fundamento jurídico la citada presunción y, por lo mismo, deja de resolver sobre la posesión de los bienes de la esposa del quebrado, ya que éstos, de acuerdo con la Ley de Relaciones Familiares vigente, le pertenecen, y la prueba de la situación jurídica contraria, o sea, que la propiedad y posesión de esos inmuebles, corresponde a ambos cónyuges o al esposo, debe ser probada por el que trata de secuestrarlos; afirmación que se encuentra corroborada por lo dispuesto en el artículo 283 de la Ley de Relaciones Familiares, que establece que las sentencias que se pronunciaren en contra del marido, no podrán hacerse efectivas en contra de la mujer; lo que pone de manifiesto la voluntad del legislador, que, sin lugar a duda, quiso establecer la separación de bienes entre los esposos, a fin de independizar a la mujer, de la tutela económica a que se hallaba sujeta en las legislaciones anteriores. (Quinta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XLII. Página: 197. Amparo civil en revisión 3020/34. Santa Coloma de Ramírez Valenzuela Angelina. 5 de septiembre de 1934. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.)”.

Esta tesis jurisprudencial nos ilustra sobre el acto de retracto que existe al ejercitar la acción muciana toda vez que el acreedor del fallido pudiera retraer a la quiebra los bienes de que dispuso el fallido haciéndolos

parecer como de su mujer para encontrarse en un estado de insolvencia y de esa forma hacer efectivo el pago de su crédito.

Al tratar de resolver sobre la procedencia de la acción en contra de los actos que pueden resultar anulables, encontramos que al respecto nos dice Luis Muñoz que "la nulidad puede tener lugar tanto en los actos en que el deudor enajena los bienes que efectivamente posee, como en aquellos en que renuncia derechos constituidos a su favor y cuyo goce no fuere exclusivamente personal".<sup>43</sup> Como lo manifestamos anteriormente, la acción pauliana persigue la nulidad del acto fraudulento, pero ¿de qué serviría que el copropietario que fue excluido de la notificación del derecho del tanto lograra la nulidad del acto si el vendedor no le concede la venta de la parte alícuota?; carecería de sentido la acción de nulidad si lo que finalmente busca el retrayente al ejercitar el retracto no es la nulidad del acto sino persigue subrogarse en los derechos y obligaciones del comprador originario y la defensa de su patrimonio.

Es equivocada la idea de pensar que por el retracto se persigue la rescisión del contrato, toda vez algunos doctrinarios dicen que la rescisión es un efecto de anulación por lesión pero también afirman que el contrato rescindible es o ha sido válido, porque de no ser así se estaría frente a un contrato nulo. Nosotros no podemos afirmar que sea válido el contrato por el cual se celebró una compraventa en la que no se declaró el consentimiento de quienes por disposición de la ley debieron manifestarlo pero tampoco podemos decir que sea nulo dicho contrato después de diez años para el que ha sido comprador de buena fe.

---

<sup>43</sup> Muñoz Luis. Ob. cit. p. 121.

Al haber hecho el análisis de las acciones referidas concluimos que en cierta forma dentro de ellas se subsume un acto de retraer, toda vez que con el retracto se persigue siempre evitar la intromisión de terceros extraños a la propiedad privada y la defensa de los derechos patrimoniales, sin embargo, la figura jurídica en estudio denominada "retracto", en nuestro sistema jurídico mexicano es un derecho que se puede ejercitar mediante la acción del mismo nombre "acción de retracto", la cual, se encuentra dentro de las llamadas acciones innominadas por no encontrarse mencionada dentro del Capítulo de las acciones en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pero que toma capital importancia por la exigencia de hacer cumplir las obligaciones consignadas en los ordenamientos legales, la importancia de que en los actos jurídicos exista el consentimiento pleno de las partes para que sean celebrados en virtud de la presencia de la mala fe y la concurrente exigencia procesal de demostrarla (cuya labor es difícil y, a veces casi imposible que se demuestre fehacientemente una intención), afortunadamente y pese a dicha dificultad inicial, nuestra Suprema Corte ha sustentado criterios que tienden a facilitar al copropietario el ejercicio de la acción para hacer efectivo su derecho de obtener los bienes que pueden favorecer el incremento de su patrimonio y evitar el desmembramiento de la propiedad privada. Dicha acción es factible ejercitarse atendiendo a lo que dispone el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 16 y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 2º que ya transcribimos con anterioridad, toda vez, que efectivamente los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudiquen a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en el Código Civil y en las leyes relativas; asimismo, la acción procede en juicio, aún cuando no se exprese su nombre pero determinando con claridad la clase



de prestación que se exija del demandado y el título o causa de la acción, con mayor fortuna si nuestra Suprema Corte ha sustentado criterios que tienden a facilitar el ejercicio de dicha acción estableciendo ciertas condiciones que se deben cumplir para su ejercicio.

Aunque la acción retracto tiene efectos similares a los de las acciones que acabamos de estudiar, en realidad su ejercicio tiene efectos especiales y características diversas, toda vez que al ejercitarse la acción de retracto, no se produce la nulidad del contrato de compraventa (como se suscita en la acción pauliana o en la acción de simulación) sino que el retrayente se subroga en los derechos y obligaciones del comprador original; por otra parte, la acción reivindicatoria tiene como efecto la declaración de que el actor tiene el dominio sobre el bien y la entrega de la misma por el demandado con sus frutos y acciones, por lo que para su ejercicio es requisito ser propietario de dicho bien, y el retrayente jamás ha sido propietario y puede darse el caso de que ni siquiera haya estado nunca en posesión de la cosa; asimismo, para el ejercicio de la acción subrogatoria es necesario que exista un crédito a favor del acreedor y un deudor que siendo insolvente tenga a su favor acciones que no haya ejercitado y que puedan mejorar el estado de su fortuna, caso en el que el acreedor puede subrogarse en los derechos y obligaciones del deudor para ejercitar dichas acciones y que le sea pagada la deuda, en el retracto, a pesar de existir como efecto la subrogación del retrayente en los derechos y obligaciones del comprador originario, dicha subrogación no se logra a través de la acción de subrogación en virtud de que debe ejercitarse a través de la acción de retracto porque las condiciones jurídicas son distintas, toda vez que el retrayente no es un acreedor del comprador originario, sino que su derecho ha sido generado por haberse violado su derecho del tanto; tampoco se puede considerar que el retracto tenga por efecto la rescisión del contrato,

toda vez que por efecto de la rescisión el comprador recupera el precio pagado devolviendo la cosa vendida en el estado en que se encuentre, y en el retracto no se rescinde el contrato, sino que el retrayente se subroga en los derechos y obligaciones del comprador originario.

#### ***2.4. EL RETRACTO CONSIDERADO DERECHO CONVENCIONAL DE RESOLUCION***

Es muy discutida la esencia del llamado retracto convencional porque algunos tratadistas como Julien Bonnecase consideran que éste tiene efectos retroactivos ya que en los casos de donación procede cuando se ha estipulado en beneficio del donante y sus efectos consistirán en "extinguir retroactivamente la donación, los bienes retornarán libres de toda carga, y de pleno derecho al donante, hayan sido o no enajenados por el donatario. Sin embargo este efecto retroactivo sufre algunas atenuaciones. En primer lugar de conformidad con el derecho común, el donatario conserva los bienes percibidos antes de la apertura del derecho de retracto, y subsisten todos los actos de administración que haya efectuado..."<sup>44</sup>

En efecto, como lo hemos ya señalado con antelación, nos dice Trias Monge que algunos autores consideran que el retracto convencional procede de las ventas hechas con el pacto de retrovendendo o de retroventa, por medio del cual se reserva el vendedor la facultad de recobrar la cosa vendida mediante la restitución del precio. En tal circunstancia se encuentra el vendedor que no quiere desapropiarse definitivamente de la cosa vendida y la vende con la condición de poderla rescatar cuando a su derecho convenga, o

---

<sup>44</sup> Bonnecase Julien. Elementos de Derecho Civil. Tomo III. Traducción: José M. Cajica JR. Editorial: Cárdenas Editor y Distribuidor. p.p. 296 y 297.

bien, dentro de un término prefijado, es decir, que su duración depende de la merced que hace el vendedor si decide recuperar o no la cosa que vendió reservándose el vendedor la facultad de volver a comprar la cosa, consecuentemente surge la limitación al comprador de transmitir el bien, por tanto dicha obligación se considera contraria a la libertad jurídica y a la libertad en general al ser vinculados permanentemente el vendedor con el adquirente a efecto de exigirle que sostenga lo convenido en todo tiempo o durante el tiempo convenido, e incluso es antieconómico este convenio porque no es posible celebrar contratos traslativos de dominio respecto de ese bien, por lo que se limita la libre circulación de la propiedad ya que el comprador debe entregar la cosa cuando el vendedor así lo reclame.

En atención a lo anteriormente dicho, el retracto convencional es considerado derecho convencional de resolución, en virtud de que los efectos jurídicos del acto se mantienen en plenitud mientras el acontecimiento no se realiza pero cuando se verifica dicho acontecimiento, que el vendedor reclame la cosa los efectos de la propiedad que sobre la cosa tenía se destruyen retroactivamente llegando a su terminación.

De acuerdo con este criterio, podemos suponer que, las obligaciones y derechos como efectos del acto que es la compraventa, nacen, se producen; pero si la condición se realiza, es decir, que el vendedor reclame la cosa, los efectos desaparecen y la situación queda como si tales obligaciones y derechos nunca hubieran existido. Podría ser que el vendedor se obligase a transmitir al comprador la propiedad de la cosa por encontrarse en apuros económicos pero sujetándose dicha obligación a la condición resolutoria de que se recupere económicamente; si la condición se realiza se resolverá la obligación de transmitir la propiedad, como si nunca hubiera habido

enajenación, entonces los efectos de la propiedad se retrotraen como si el adquirente nunca hubiera adquirido la cosa y el vendedor como si nunca la hubiera enajenado.

Contrariamente al criterio anterior, el autor Lehmann - Enneccerus en su Tratado de Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones, establece que "el derecho de retracto no puede ser considerado como derecho convencional de resolución, pues al retraer las partes no vienen obligadas a restablecer la situación que existiría si el contrato no hubiese sido concluido, ya que no han de devolverse los provechos y el precio no devenga interés..."<sup>45</sup>

Este mismo autor refiere que la reserva de retracto, es más bien, la conclusión de una retroventa bajo condición suspensiva, argumentando que "las partes convienen que la cosa sea retrovendida al vendedor cuando este emita una declaración dirigida a ese efecto. Por tanto, la reserva (en concepto de retroventa condicional) requiere la forma prescrita para la compraventa, pero no la requiere la declaración de retracto, ya que en realidad es el cumplimiento de una condición..."<sup>46</sup>

Sin embargo, aunque las partes no estén obligadas a restablecer la situación que existiría si el contrato no hubiese sido concluido, las obligaciones y derechos como efectos del acto jurídico nacen y se producen, pero como tal acto está condicionado a que el vendedor reclame la devolución de la cosa en los términos del convenio celebrado entre las partes, si la condición se realiza, los efectos desaparecen y la situación jurídica

---

<sup>45</sup> Enneccerus-Kip-Wolf, Lehmann. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones. Tomo II, Vol. 2º. Editorial: Boch. Barcelona. Página 157.

<sup>46</sup> Enneccerus-Kip-Wolf, Lehmann. Ob. cit. p. 158.

queda como si tales derechos y obligaciones nunca hubieran existido como si nunca se hubiera enajenado el bien, en consecuencia las partes no quedan obligadas a devolverse provechos y el precio no devenga intereses.

El retracto convencional quedó en desuso por la practica de operaciones usurarias en que no había equidad respecto a los provechos de la operación, en virtud de que todos los provechos eran solamente para una de las partes y las perdidas para otra.

### ***2.5 EL RETRACTO CONSIDERADO PACTO U OFERTA DE RETROVENTA***

Aquí entraremos al estudio de opiniones doctrinarias que han equiparado el retracto convencional con la retroventa, que a su vez es equiparada a la figura jurídica de la compraventa, en este sentido, la doctrina no ha hecho un análisis preciso a fin de distinguir la esencia de estas tres figuras.

En efecto, la retroventa es considerada como un pacto o una cláusula mediante la cual las partes pueden convenir en la celebración de un contrato de compraventa y en virtud de ésta cláusula se conviene la posible recuperación de la cosa vendida por parte del vendedor inicial. El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas indica que entre los ciudadanos romanos se pactaban ciertas cláusulas que estipulaban la intromisión de determinadas condiciones particulares en el ámbito general de la compraventa, entre las que se encontraba el pactum de retrovendendo, que consistía en la reserva del derecho del vendedor para comprar nuevamente el objeto vendido en la primera operación, asimismo, señala que nuestro Código

Civil de 1884 recogió en su artículo 2901 esta institución, sin embargo, se abrogó esta institución de nuestro Código porque se prestaba a operaciones usurarias simulando contratos de mutuo, por medio del cual el mutuante se garantizaba la restitución del dinero prestado con la cosa supuestamente vendida, pero había casos en que era muy desproporcionado el precio inicial del posterior y la venta podía resultar leonina, en que los provechos pertenecían a uno y las pérdidas a otro.

En la Enciclopedia Jurídica Omeba encontramos que al tratarse la figura jurídica del retracto se hace alusión al artículo 1366 del Código Civil Argentino que dice que "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 este el precio recibido con exceso o disminución... En realidad esto equivale a vender con la facultad de arrepentirse...".<sup>47</sup>

Como lo afirmamos en líneas anteriores, Lehmann - Enneccerus, critica a los autores que argumentan que el retracto está sujeto a condición resolutoria afirmando que es la conclusión de una retroventa bajo condición suspensiva. Por lo que es notoria la contradicción que existe entre los diversos doctrinarios al respecto y el grado en que se ha llegado a equiparar el retracto con la retroventa.

Asimismo la doctrina ha considerado al retracto convencional como un contrato de compraventa en el que la partes incorporan un pacto de retroventa con facultad resolutoria, a diferencia del retracto legal en el que existe la subrogación de uno de los sujetos y sigue subsistente la venta

---

<sup>47</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIV. p. 989.

original.

Por otra parte, el Código Civil del Estado de Michoacán establece en su artículo 2901 que "se llama retroventa la venta hecha con la condición de que dentro de un plazo determinado se pueda rescindir el contrato, devolviéndose respectivamente el precio y la cosa", que solo procede respecto de bienes raíces no pudiendo estipularse el pacto por más de cinco años contados desde la fecha del contrato, añadiendo que si el vendedor no hace uso del derecho de retracto en el término convenido entre las partes o en el de cinco años, la venta queda irrevocablemente consumada. Establece que el vendedor que quiera efectuarla deberá reembolsar al comprador el precio recibido y los gastos del contrato, los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida respondiendo de los daños y deterioros que la cosa haya sufrido por su culpa o negligencia, pudiendo el vendedor constituir el depósito judicial del precio recibido y gastos del contrato asegurando competentemente los demás para los efectos de la rescisión, cuando dentro del plazo de la retroventa no encuentre al comprador o se rehuse a que se le haga la entrega respectiva pudiendo también demandar la cosa aunque se halle en poder de tercero, salvo el derecho de este contra el que se la vendió aunque en el segundo contrato no se hubiere hecho mención del pacto de retroventa. El comprador tiene sobre la cosa, mientras no se realiza la retroventa, todos los derechos del vendedor, excepto los que importen perjuicio al derecho de retracto. Si el comprador con pacto de retroventa de una parte indivisa de una finca ha obtenido la totalidad de ella en una licitación o subasta contra el provocada, puede obligar al vendedor a redimir el todo si este quiere hacer uso del derecho de retracto, si conjuntamente se vende una finca indivisa con pacto de retroventa, ninguno de ellos puede ejercitar este derecho más que por su parte respectiva, lo mismo sucede si el

vendedor de una finca ha dejado muchos herederos, los cuales solo pueden redimir la parte que hubieren adquirido, casos en que el comprador podrá exigir de todos los vendedores o coherederos que se pongan de acuerdo sobre la redención de la totalidad de la cosa vendida de lo contrario no puede ser obligado a consentir el retracto parcial, en cambio, si la venta fue separadamente se puede ejercitar el retracto por su porción respectiva y el comprador no puede obligarle a redimir la totalidad de la finca, pero si el comprador hubiere dejado muchos herederos y la cosa estuviere indivisa, la acción de retracto se ejercitará contra todos ellos, si la herencia se hubiere dividido la acción se ejercitará contra el heredero o herederos a quienes la cosa haya sido adjudicada. El vendedor que recobra la cosa vendida la adquiere libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador pero está obligado a pasar por los arriendos hechos de buena fe por el comprador y según la costumbre del lugar; además al momento de la retroventa no se hará abono ni prorrateo de los frutos manifiestos o nacidos que hubo en la finca al celebrarse la venta pero si los hay al momento del retracto se prorratearán entre el retrayente y el comprador, dándose al comprador la parte correspondiente al tiempo que poseyó la finca en el último año contado desde el plazo fijado para la retroventa. Esta referencia nos da la certeza de que nuestra legislación mexicana también recogió la figura jurídica del retracto equiparada a la retroventa, pero fue eliminada de varios de nuestros Códigos Civiles como el del Distrito Federal porque se prestaba a practicas usurarias al simular algunos contratos como de mutuo o de prestamo, o bien, simular ventas de bienes sujetos a copropiedad por precios notoriamente excesivos, con el fin de que el copropietario no tuviera los suficientes recursos para adquirir la parte alícuota, lo que violentaba las garantías de libertad y de propiedad porque la propiedad es una garantía individual absoluta de la que no puede verse limitada la libertad de disposición del propietario, en



tanto que no dañe la esfera jurídica de terceros, sin embargo, la jurisprudencia mexicana todavía recoge esta figura pero con una esencia distinta, en virtud de que no se considera el retracto como una retroventa sino como una acción en virtud de la cual el retrayente se subroga en los derechos y obligaciones del comprador original, toda vez que uno de los principios básicos que rigen nuestro derecho es el respeto por el derecho a la propiedad distinto al antiguo derecho romano, el cual, tenía sus principios básicos en la familia.

## ***2.6 EL RETRACTO CONSIDERADO COMO UNA ESPECIE DE DERECHO DEL TANTO***

En el Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, se indica que "el derecho obligatorio o personal de tanteo puede referirse a todo lo que pueda ser objeto de un contrato de compraventa y se constituye en virtud del convenio, que con frecuencia es un contrato accesorio a otro (sobre todo a un contrato de arrendamiento de uso o de arrendamiento de uso y disfrute), pero que también puede constituir un contrato independiente".<sup>48</sup>

En la Enciclopedia Jurídica Omeba se hace referencia al tanteo como el allanamiento o convenio que se hace de pagar por alguna renta o alhaja el mismo precio en que se ha arrendado o rematado, y el derecho que concede la ley en ciertos casos a determinadas personas de tantear o tomar por el mismo precio lo que se había vendido a otras. Y continúa diciendo, tanteo "es sinónimo de retracto", sin embargo, el derecho del tanto no es el mismo que el derecho de retracto como lo veremos en líneas posteriores.

---

<sup>48</sup> Enneccerus Lehmann. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Vol. I. Editorial: Bosch. Barcelona. p. 165.

El autor José Antonio Ramos Medrano, en su obra "Los Derechos de Tanteo y Retracto en la Legislación Urbanística", afirma que el derecho romano no conoció la figura del retracto legal, "y como sucede con frecuencia en el derecho civil, si la institución no es de origen romano, entonces tiene raíces germánicas". Por lo que este autor considera que el retracto legal es "una institución medieval de origen germánico que supone la unión de dos pilares básicos del derecho, la propiedad y la familia".<sup>49</sup>

La primera interrogante que surge es la de si el tanteo y retracto son derechos, son acciones o son obligaciones; en segundo lugar, cabe preguntarnos si el tanteo y retracto son figuras distintas o el por qué ha sido tan discutido este aspecto por la doctrina, podemos dejar establecido que el retracto y el tanteo son dos fases derivadas del mismo derecho, ya que al que le asiste el derecho de ejercitar el tanteo también le asiste el de retracto, sin embargo cabría hacerse la pregunta ¿si son dos fases de un mismo derecho, por qué los efectos que produce el ejercicio del derecho del tanto no son los mismos que produce el derecho de retracto?

Ramos Medrano, al citar la obra del autor Roca Sastre titulada "Derecho Hipotecario", dice que debido a que en el derecho comparado no suele existir diferenciación terminológica entre tanteo y retracto y ambos supuestos son englobados bajo una misma denominación, este último autor ha propuesto "la conveniencia de sustituir los términos tanteo y retracto por

---

<sup>49</sup> Ramos Medrano, José Antonio. Los Derechos de Tanteo y Retracto en la Legislación Urbanística. Editorial: Dykinson. Madrid, 1995. p. 15.

los de tanteo preadquisitivo y tanteo postadquisitivo, desechando el término retracto".<sup>50</sup>

Ramos Medrano hace la observación importante en relación a que si en sentido gramatical el término retracto significa retraer, "volver a traer, es decir retornar o readquirir una cosa que enajenamos",<sup>51</sup> este significado en algunos casos nada tiene que ver con el derecho de adquisición preferente que presupone el retracto debido a que se puede suscitar que el denominado retrayente nunca haya tenido ningún contacto con la cosa objeto del retracto cuando se trata por ejemplo de un copropietario al que no le fue notificado el derecho del tanto y lógicamente no podemos retraer o readquirir lo que nunca hemos tenido, a menos que sea referente a la recuperación o readquisición de los derechos que sobre la cosa el retrayente tuvo alguna vez pero no de la readquisición de la cosa en sí misma, por la sencilla razón de que nunca tuvo contacto con ella, en este sentido cabe aclarar que el titular del derecho de retracto no siempre ha tenido el contacto con la cosa o el bien, pero lo en este caso lo que se retrae es el derecho que sobre la cosa se tiene. Aunado a lo anterior la jurisprudencia mexicana nos señala claras diferencias entre el llamado derecho del tanto y el llamado derecho por el tanto que han quedado transcritas con antelación, consistentes primordialmente en que el derecho del tanto compete al inquilino que cumpla con determinados requisitos si el propietario desea vender la finca arrendada. Sin embargo, si el dueño no cumple con la obligación que le impone la ley, es decir, si no respeta el derecho de preferencia por el tanto que corresponde al arrendatario, y enajena la casa materia del arrendamiento a terceras personas, la venta es válida, estando obligado solamente a responder de los daños y

---

<sup>50</sup> Ramos Medrano, José Antonio. Ob cit. p. 21

<sup>51</sup> Ramos Medrano, José Antonio. Ibidem.

perjuicios que cause al inquilino. El derecho del tanto corresponde exclusivamente al copropietario, al coheredero o al usufructuario, mientras que el derecho por el tanto se otorga al arrendatario y al vendedor que acuerda con el comprador adquirir posteriormente de éste el inmueble que le enajena. En el primer caso la venta es nula y no surte efectos jurídicos, en tanto que en la segunda hipótesis la venta es válida, respondiendo el vendedor exclusivamente de los daños y perjuicios.

José Antonio Ramos Medrano, señala las siguientes diferencias entre tanteo y retracto que de conformidad a su pensamiento son las más claras:

“El tanteo se ejercita antes de realizarse la enajenación prevista, mientras que el retracto se produce una vez que la enajenación ha sido consumada.- Consecuencia de lo anterior es que en el retracto, al haberse producido una enajenación a favor de otra persona, hay que dejar sin efecto dicha enajenación subrogándose el retrayente en la posición jurídica del adquirente. Por el contrario en el tanto, al no llegar a consumarse la venta, la relación se establece entre el transmitente y el titular del derecho, sin que intervenga otra persona.- Por ello, cuando se recogen de forma conjunta ambos derechos lo normal y correcto es utilizar el mecanismo del tanteo, ya que el retracto se configura únicamente como mecanismo de garantía para los supuestos en que no se comunica la enajenación proyectada, o se comunica en forma incorrecta omitiendo o falseando alguna condición especial de la transmisión”.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Ramos Medrano, José Antonio. Ob cit. p. 22

Se dice que hasta este siglo se encuentran las primeras leyes que contemplan un derecho de adquisición preferente a favor del Estado, Ayuntamientos u otros sujetos de carácter público, por lo que se encuentra la clara preferencia adquisitiva a favor de la administración pública, y cabría preguntarnos, ¿hasta que punto sería posible que en México se pudiera ejercitar el derecho de retracto por la Administración Pública?

“Los derechos de tanteo y retracto presentan algunos caracteres comunes con la expropiación forzada, en la medida en que ambos supuestos son configurados como instrumentos de intervención administrativa para la adquisición de bienes por parte de la administración. La diferencia radica en que los derechos de tanteo y retracto la iniciativa corresponde al propietario del bien que es el que libremente decide efectuar la transmisión en un momento determinado por lo que tiene un carácter voluntario, mientras en la expropiación la transmisión de la propiedad se efectúa de forma obligatoria, correspondiendo a la administración decidir el momento en que debe efectuarse la adquisición del bien al margen del cual sea la voluntad del propietario”.<sup>53</sup>

Podemos suponer que la Administración puede ejercitar el derecho del tanto y de retracto en materia de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico, pero en estos casos debe estar plenamente justificada la preferencia adquisitiva, porque si no existe justificación o cuando desaparece, da lugar a la reversión, es decir, a la posibilidad de que el bien adquirido coactivamente revierta a manos del antiguo propietario.

---

<sup>53</sup> Ramos Medrano, José Antonio. Ob. cit., p. 29

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sustenta que la reversión es la institución a través de la cual se concede un derecho subjetivo al antiguo propietario de un bien expropiado para readquirirlo cuando transcurrido el plazo de cinco años no se haya destinado al fin previsto en el decreto expropiatorio, sea por causas imputables a la autoridad expropiante o al beneficiario, o por razones incluso de orden público no imputables a ellos, sin embargo, cualquiera que fuera el motivo del incumplimiento, tendrá el antiguo propietario del bien la acción real de retracto, es decir, de reversión.

Asimismo, la jurisprudencia mexicana hace una clara distinción entre el tanteo y retracto, estableciendo:

#### **"ACCION DE RETRACTO Y DERECHO DEL TANTO.-**

Tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace a favor de un tercero extraño a la comunidad, se pueden presentar dos situaciones: cuando la venta está simplemente propalada y cuando está consumada. En el primer caso los copropietarios pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una venta directa del copropietario enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en el segundo caso los copropietarios preteridos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador. (Sexta Epoca, Cuarta Parte.- Vol. XIII, Pág 198. A. D. 4983/57.- Guillermo Romo Escobar.- 5 votos.- Vol. XL, Pág 112. A.D. 5965/57.- Pedro Solís Salas.- Unanimidad de 4 votos.- Vol. XLIII, Pág. 49. A.D. 5073/59.- Luisa Felipa Hoz de Torquemada.- Unanimidad de 4 votos.- Vol. LXXXV, Pág. 54 Queja. 247/62.- Calletano Ceballos, Sucn.- 5 votos.- Vol. LXXXV, Pág. 64. A.D. 8785/62.- Josefina Ceballos de la Madrid.- 5 votos)".

## ***2.7 EL RETRACTO CONSIDERADO COMO UNA SUBROGACION CONTRACTUAL***

El retracto en que se da una subrogación contractual es el llamado retracto legal, en virtud de que la ley otorga al retrayente el derecho de adquirir o readquirir un bien en forma preferente en caso de que el propietario decida enajenarlo. En el momento de ejecutar el retracto, en el legal la venta sigue subsistente produciéndose únicamente un cambio en uno de los sujetos, mientras que en el llamado retracto convencional se produce una resolución de la venta realizada. En el retracto convencional solo existen dos sujetos, comprador y vendedor, mientras que en el legal son tres los sujetos que intervienen, vendedor, comprador y retrayente o titular del derecho de preferencia.

En el derecho francés la figura de la subrogación ha tenido una complejidad de opiniones doctrinales, suscitadas a raíz de sentencias como la de "Le Marchand", en la cual, la Corte de Casación se mostró favorable en lo que se refirió a la noción de subrogación real, aplicada al derecho de retracto del ascendiente donante, en dicha sentencia se considera que el derecho de sucesión no es una simple excepción a la regla de irrevocabilidad de las donaciones, sino un derecho especial, fundado en la equidad y en una estipulación tácita y presunta; que los ascendientes que donan a sus descendientes únicamente han tomado en consideración su posteridad y no a personas extrañas, en cuyo favor no puede considerarse que hayan querido despojarse, si tienen el dolor de sobrevivir a sus hijos, y continúa diciendo que el espíritu del texto estipulado en el Código Francés, es que los ascendientes donantes tienen el derecho exclusivo de suceder, en las cosas

donadas por ellos a sus descendientes fallecidos sin posteridad, cuando se encuentren en especie en la herencia de éstos, según el criterio del juzgador que resolvió el asunto en que los 50,000 francos donados por Le Marchand padre a su hijo Bruno, se encontraron en la herencia de este último y que al juzgar en derecho que esta suma se encontraba en especie y al no hacer distinción entre los valores de los objetos, el juzgador no violó la legislación.<sup>54</sup>

Es decir, que los ascendientes que donan a sus descendientes tienen derecho a retraer los bienes donados, si es que sufren la pena de sobrevivir a su progenie, cuando la finalidad del retracto sea la de preservar los bienes donados por considerar que tienen un valor estimativo.

Asimismo, Julien Bonnecase, al tratar la regla de la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos, su principio y limitaciones, nos explica que, "la cláusula de retracto convencional es aquella por la cual el donante se reserva recobrar los bienes que ha donado, si se realizan determinadas condiciones: 1º Defunción anterior de donatario; 2º Defunción anterior de donatario y de sus descendientes en relación al donante. Esta disposición debe entenderse en el siguiente sentido: el donante puede estipular el derecho de retracto para los casos en que el donatario muera antes que él, aunque deje descendientes; en que muera sin descendientes, y por último cuando el donatario y su posteridad desaparezcan antes que el donante,... el retracto convencional únicamente puede estipularse en provecho del donante, con exclusión de cualquiera otra persona, aún de sus herederos,... los efectos del derecho de retracto consisten en extinguir retroactivamente la donación... <sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Bonnecase Julien. Ob. cit. p. p. 14 y 15.

<sup>55</sup> Bonnecase Julien. Ob. cit. p. 396.



Agrega que el retracto convencional difiere esencialmente del retracto legal, en virtud de que este último es un derecho de sucesión, definiendo el retracto sucesorio como "una operación preliminar de la partición, que tiene por objeto excluir de ésta a los extraños retirándoles la parte de la herencia que hayan adquirido a título oneroso. El retracto sucesorio se justifica por el deseo de ahorrar a los copartícipes las maniobras de especulación a que necesariamente se entregan los compradores de derechos hereditarios... Las condiciones de existencia del retracto sucesorio son tres: a) requiere una cesión de derechos hereditarios, hecha por uno de los herederos universales sobre la porción que corresponda a éste, o sobre una parte alícuota de la misma; b) es necesario que se trate de una cesión a título oneroso; c) la cesión debe haberse hecho en provecho de un extraño. La noción jurídica de extraño en esta materia tiene una connotación muy extensa. Son extraños todos los no llamados a la partición como herederos universales: legatarios particulares, parientes no herederos, cónyuge de un heredero, cónyuge del difunto si no concurre como sucesor irregular".<sup>56</sup> Aquí los efectos del retracto son de sustituir al adquirente primitivo por uno nuevo, sin causar derechos de traslado y sin ser procedente la transcripción, produciéndose estos efectos retroactivamente, pero en este retracto el cesionario no deja de permanecer obligado para con el cedente.

La jurisprudencia mexicana ha considerado que por medio de la acción de retracto, el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador, de conformidad con la jurisprudencia transcrita en el apartado anterior. En este sentido podemos entender que en México el

---

<sup>56</sup> Bonnecase Julien. *Ibidem*.

retracto es considerado subrogación contractual y no se contempla el retracto convencional.

## ***2.8 EL RETRACTO PUEDE SER CONSIDERADO DERECHO REAL Y DERECHO PERSONAL***

Al tratar de definir la naturaleza jurídica del retracto, entramos al estudio de la acción y del derecho pero los derechos que forman el patrimonio pueden ser de dos clases, reales o personales, primeramente, atendiendo al criterio de José Antonio Ramos Medrano, el retracto se entiende como un derecho real en ob rem, sobre una cosa determinada, con efectos erga omnes, independientemente de quien sea el propietario en un momento determinado... La jurisprudencia Española ha señalado que 'el retracto legal es de naturaleza real y como tal susceptible de sufrir efectos erga omnes... Según Diez-Picazo no puede hablarse de que constituyan auténticos derechos reales en la medida en que no otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa... se trata de un derecho real en potencia, que solo se manifiesta como real en el momento en que vaya a producirse una enajenación onerosa. Por ello no son derechos reales absolutos sino limitados, cuyo contenido lo constituye la simple posibilidad de adquisición preferente cuando vaya a producirse una enajenación".<sup>57</sup>

Algunos doctrinarios como Aubry y Rau han considerado que los derechos reales son aquellos en los que existe una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona a cuya potestad se encuentra sometida, sin embargo, dice Planiol que no existe relación jurídica directa entre una

---

<sup>57</sup> Ramos Medrano, José Antonio. Ob. cit. p. 24.

persona y una cosa porque todo derecho es una relación entre personas, lo contrario equivaldría a imponer a la cosa una obligación hacia el hombre; Planiol entonces propone la definición "Derecho real es la relación establecida entre una persona como sujeto activo y todos los demás como sujetos pasivos"; afirma que la obligación es la relación jurídica entre dos sujetos, el primero llamado acreedor o creditor y el segundo llamado deudor o deudor. Esta relación jurídica es un nexo de causa y efecto, en virtud de que el acreedor tiene la facultad de exigir una prestación, denominado objeto, y el deudor tiene la obligación de cumplir con esa prestación o entrega del objeto.

Eugene Gaudemet, en su obra "Teoría General de las Obligaciones", opone tres objeciones a las afirmaciones de Planiol diciendo que: 1) es cierto que las cosas no pueden estar sujetas a una obligación y que no pueden ser ni sujetos pasivos ni activos de derechos, "pero pueden ser objeto de derechos, y esto es lo que quiere decirse cuando se habla de relaciones jurídicas entre personas y cosas"; 2) afirma que es imposible considerar la noción de derecho real como un derivado de la noción de derecho personal porque históricamente el derecho personal aparece como una degradación, un derivado del derecho real, en virtud de que en el primitivo derecho romano, el derecho del acreedor contra el deudor es un derecho real sobre la persona; 3) es comprensible que la relación directa entre una persona y una cosa se convierta en relación jurídica y no de hecho, en virtud de que el estado de hecho se tornará en un estado de derecho, "es lo que aun ahora acontece entre nosotros en los casos de prescripción adquisitiva".<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> Gaudemet, Eugene. Teoría General de las Obligaciones. Traducción y notas de derecho mexicano por Pablo Macedo. Editorial: Porrúa. México, 1974. p. 19.

Finalmente, Eugene Gaudemet, adopta la definición de Aubry y Rau, modificándola sin embargo en su última parte, adoptando parte de la fórmula de Planiol, diciendo: "Los derechos reales son aquellos que, creando una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona a cuya potestad se encuentra sometida, de modo más o menos completo, imponen por ello mismo la obligación de no estorbar a su titular".<sup>59</sup>

En el retracto existe un nexo causal entre una persona llamada vendedor, una persona llamada comprador y otra persona llamada retrayente, en virtud del cual, el vendedor está obligado a entregar el objeto o prestación materia de la compraventa a la persona llamada comprador quien a su vez tiene la obligación de entregar el precio convenido en el contrato, y en esta relación contractual debe existir el consentimiento del vendedor y el comprador, tomando en cuenta a los compradores que por disposición de la ley tengan derecho de preferencia para adquirir el bien materia de la compraventa, en virtud de encontrarse el bien inmueble en copropiedad, en este caso son varios derechos reales los que pesan sobre la misma cosa, que se ejercen unos después de otros, pero cada uno el suyo. La figura del retrayente surge en el momento en que el vendedor ha incumplido con la disposición legal de notificar a todos los interesados su deseo de vender el bien.

Es decir, que el retracto ha sido considerado un derecho personal por la existencia de la relación jurídica entre los sujetos, en virtud de que el retrayente tiene la facultad de exigirle al vendedor la venta del bien por haberse violado su derecho del tanto, pudiendo el titular incluso perseguir el

---

<sup>59</sup> Gaudemet, Eugene. Ob cit. p.p. 19 y 20.

bien hasta diez años después y en los términos del contrato de compraventa realizado con el primer adquirente.

Sin embargo, Eugene Gaudemet, nos explica que en el derecho personal tenemos únicamente a dos personas el llamado acreedor y el llamado deudor, siendo el derecho personal, "el derecho de exigir de una persona determinada, una prestación, un hecho y una abstención", la diferencia con el derecho real es visible; "no encontramos ya ninguno de los elementos que antes señalábamos: ya no hay cosa sobre la cual tenga el titular del derecho un derecho privativo; ya no hay obligación alguna impuesta a todos de no estorbar al titular; la relación jurídica que en el caso del derecho real existía contra todos, no existe ya aquí sino contra una sola persona: el deudor; por lo tanto ya no hay derecho de persecución ni derecho de preferencia."<sup>60</sup>

Entonces es clara la diferencia que existe entre el derecho real y el derecho personal que señala Eugene Gaudemet, por lo que coincido en su postura, resultando de tal situación que el derecho de retracto es un derecho real y no personal como lo han señalado algunos autores de obras que refieren el tema.

Por tanto, también es clara la diferencia que existe entre el derecho del tanto y el derecho de retracto, toda vez que el derecho del tanto es un derecho personal porque tiene las características con que se reconocen a los derechos personales y el derecho de retracto es un derecho real por lo que ya hemos afirmado.

---

<sup>60</sup> Gaudemet, Eugene. Ob cit. p.p. 21 y 22.

Por lo cual podemos concluir que es factible que la violación de un derecho parsonal, que es del tanto, pueda dar origen a un derecho real que es el de retracto.

## ***2.9 LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SE OCASIONARIAN AL TRANSMITIR LA PROPIEDAD O EL DOMINIO DE UN BIEN SIN CONSENTIMIENTO DE LOS COHEREDEROS, LOS COPROPIETARIOS Y LOS COPOSEEDORES***

Antiguamente, principalmente en el derecho romano se reconoció la existencia de los contratos consensuales formados solo por el acuerdo de las partes, pero a lo largo del tiempo, abandonaron su conformación consensual por exigirse una formalidad escrita para su perfección.

Para transmitir la propiedad o el dominio de un bien por medio de la compraventa, es necesario que se cumplan con determinados requisitos establecidos por el Código Civil para el Distrito Federal, el cual, en su artículo 2248 establece que "habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero", el artículo 2249 del mismo ordenamiento señala que "por regla general, la venta es perfecta y obligatoria para las partes cuando se han convenido sobre la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregada, ni el segundo satisfecho". Asimismo, señala requisitos formales de la compraventa cuando ésta recae sobre un inmueble, estableciendo en el artículo 2317 que "las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor de avalúo no exceda al equivalente de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el

**ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA**

Distrito Federal en el momento de la operación y la construcción o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante notario, Juez competente o Registro Público de la Propiedad.- Los contratos por los que el Departamento del Distrito Federal enajene terrenos o casas para la construcción de patrimonio familiar o para personas de escasos recursos económicos, hasta por el valor máximo a que se refiere el artículo 730, podrán otorgarse en documento privado sin los requisitos de testigos o de ratificación de firmas.- En los programas de regularización de la tenencia de la tierra que realice el Departamento del Distrito federal sobre inmuebles de propiedad particular, cuyo valor no rebase el que señala el artículo 730 de este Código, los contratos que se celebren entre las partes, podrán otorgarse en las mismas condiciones a que se refiere el párrafo anterior.- Los contratos a que se refiere el párrafo segundo, así como los que se otorguen con motivo de los programas de regularización de la tenencia de la tierra que realice el Departamento del Distrito Federal sobre inmuebles de propiedad particular, podrán también otorgarse en el protocolo abierto especial a cargo de los notarios del Distrito Federal, quienes en estos casos reducirán en un cincuenta por ciento las cuotas que correspondan conforme al arancel respectivo. Asimismo, el artículo 2320 de este mismo ordenamiento establece que "Si el valor del avalúo del inmueble excede de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, su venta se hará en escritura pública, salvo lo dispuesto en el artículo 2317".

En este sentido, la Ley del Notariado para el Distrito Federal en su artículo 78 fundamenta que: "Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor, según avalúo bancario sea mayor de treinta mil pesos y la constitución o transmisión de derechos reales estimados en más de esa suma o que garanticen un crédito por mayor cantidad que la mencionada, deberán constar en escritura ante notario, salvo los casos de excepción a que se refieren los artículos 730, 2317 y 2917 del Código Civil para el Distrito Federal".

Para que exista el contrato de compraventa se requiere el consentimiento de las partes y que se haya convenido el pago, por lo que la falta de consentimiento de la compraventa produce inexistencia jurídica del contrato.

El Código Civil para el Distrito Federal no regula expresamente el retracto, sin embargo tampoco lo prohíbe expresamente, en virtud de que en su artículo 2272 determina que "la venta de cosa o derechos litigiosos no está prohibida; pero el vendedor que no declare la circunstancia de hallarse la cosa en litigio, es responsable de los daños y perjuicios si el comprador sufre la evicción".

En este sentido la ley expresamente determina una formalidad para que proceda la venta de derechos litigiosos que es la declaración de tal circunstancia y esta declaración deberá hacerse judicialmente, de lo contrario el vendedor será responsable de los daños y perjuicios si el comprador sufre la evicción y es posible que la venta no produzca efecto legal alguno, asimismo, la transmisión de cosas o derechos litigiosos siempre va acompañada del riesgo de que la sentencia que se pronuncia en el juicio niegue la existencia de tales derechos, modifique su naturaleza o cuantía, en



este caso el riesgo será por cuenta del adquirente porque lo adquirió a sabiendas de su carácter de litigioso.

Por otra parte, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2279 establece que los propietarios de cosa indivisa no pueden vender su parte respectiva a extraños, sino cumpliendo lo dispuesto en el artículo 973, el cual, establece que los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el solo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno; y deben cumplir también con lo dispuesto en el artículo 974 que determina que si varios propietarios hicieren uso del derecho del tanto será preferido el que represente mayor parte, y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario.

La finalidad de estos preceptos es evitar el entorpecimiento de las relaciones entre los copropietarios por el ingreso de un tercero extraño a la copropiedad, por lo que el copropietario que pretenda vender su parte debe preferir como comprador a aquel que quiera hacer uso del derecho del tanto y si hubiere varios que deseen ejercitar ese derecho deberá preferir al que represente mayor porción en la copropiedad, esta subrogación de derechos no trae cargas consigo porque el copropietario adquiere la propiedad al precio en que la hubiere adquirido hace diez años si no se le hubiese violado su derecho del tanto, sin embargo, para el adquirente de buena fe no sería justo despojarlo de la propiedad alegando que el contrato de compraventa que

celebró hace diez años se encuentra afectado de inexistencia jurídica por vicios del consentimiento, en virtud de que hacía falta el consentimiento del copropietario para que pudiera perfeccionarse la venta.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece en la siguiente jurisprudencia:

**"ACCION DE RETRACTO Y DERECHO DEL TANTO.-**

Tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace a favor de un tercero extraño a la comunidad, se pueden presentar dos situaciones: cuando la venta está simplemente propalada y cuando está consumada. En el primer caso los copropietarios pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una venta directa del copropietario enajenante a favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en el segundo caso los copropietarios preteridos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador. (Sexta Epoca, Cuarta Parte.- Vol. XIII, Pág 198. A. D. 4983/57.- Guillermo Romo Escobar.- 5 votos.- Vol. XL, Pág 112. A.D. 5965/57.- Pedro Solís Salas.- Unanimidad de 4 votos.- Vol. XLIII, Pág. 49. A.D. 5073/59.- Luisa Felipa Hoz de Torquemada.- Unanimidad de 4 votos.- Vol. LXXXV, Pág. 54 Queja. 247/62.- Calletano Ceballos, Sucn.- 5 votos.- Vol. LXXXV, Pág. 64. A.D. 8785/62.- Josefina Ceballos de la Madrid.- 5 votos)".

Reitero que en caso de que sea violado el derecho del tanto, que implica vender con preferencia al copartícipe que desee comprar el bien sujeto a copropiedad en los términos del contrato propalado con el tercero, notificándole su deseo de vender ya sea mediante notario o judicialmente, de

conformidad con lo establecido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se puede ejercitar el derecho de retracto diez años después subrogándose en los derechos y obligaciones del comprador original. El hecho de que se declare judicialmente la inexistencia del contrato de compraventa por vicios del consentimiento y por consiguiente la obligación del comprador original de entregar el bien al retrayente, ocasionaría graves perjuicios al comprador de buena fe en virtud de que en diez años este pudo haber hecho varias mejoras al inmueble materia de retracto e incluso se podría dar el supuesto de que este comprador de buena fe lo hubiere vendido e incluso de que se hubiese vendido ya varias veces.

Anteriormente la Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal que en su artículo 20 concedía la facultad de retraer a los inquilinos de condominios construidos o financiados por instituciones oficiales en caso de que el propietario enajenase el inmueble sin notificar a los inquilinos o a institución a fin de que ejercieren el derecho del tanto, que podría hacer uso del derecho de retracto exhibiendo el precio dentro de los quince días siguientes a aquél en el que hubiere tenido conocimiento de la enajenación, para tal efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece en su tesis jurisprudencial:

**"DERECHOS DEL TANTO Y DERECHO DE RETRACTO. VENTA A FAVOR DE UN TERCERO EXTRAÑO A LA COMUNIDAD.** Tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace a favor de un tercero extraño a la comunidad, se pueden presentar dos situaciones: cuando la venta está simplemente propalada y cuando está consumada. En el primer caso, el ejercicio del derecho del tanto implica una venta directa del copropietario enajenante a favor del que ejercita el tanto, en

los términos del contrato propalado con el tercero, mientras que en el segundo, el copartícipe que ejerce el derecho de retracto, se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador. (Séptima época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo 181-186 Sexta Parte. Página: 74)".

Actualmente, La Ley de Propiedad en Condominio para el Distrito Federal ya no contempla el retracto, en virtud del decreto presidencial de fecha veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, publicado el veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, entrenado en vigor al día siguiente de su publicación.

Supuestos como este, pueden presentarse en diversos casos que ya hemos mencionado con antelación en los que procede el ejercicio del derecho de retracto, y si pensamos en los adquirentes de buena fe, en todos los casos, considero que es adecuado que el vendedor que no cumpla con la obligación de notificar el derecho del tanto si debe ser responsable de los daños y perjuicios que se originan por el incumplimiento de su obligación.

### III. CAPITULO TERCERO

#### LA SOLUCION SUGERIDA PARA DEFINIR LA NATURALEZA DEL RETRACTO

##### *3.1 ESTUDIO DE LAS TEORIAS QUE EXPLICAN EL RETRACTO*

Para explicar la naturaleza jurídica del retracto debemos entrar al estudio dogmático de las teorías que nos pueden ayudar a explicarlo, en virtud de que por sus características puede ser considerado un derecho, una acción o una obligación, o bien, podría tener elementos para constituirse de las tres formas.

Para saber si el retracto es un derecho, procederemos al análisis de la **TEORIA PURA DEL DERECHO** de *Hans Kelsen*, explicada por el Dr. Luis Reynoso en la obra intitulada *Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, Introducción, Exposición y Crítica*:

Kelsen fundamenta su teoría sobre la división bipartita Kantiana del mundo: el mundo del ser y el mundo del deber ser, o sea, el mundo de la naturaleza física y el mundo de del deber y de las normas. De esa forma, Kelsen elabora el concepto del derecho como algo meramente normativo

diverso a lo real, por tanto, su objeto será una idealidad (normatividad) de ninguna manera algo real, consiguientemente, la ciencia jurídica debe estructurarse únicamente con elementos y métodos normativos y toda consideración psicológica, sociológica y moral debe ser eliminada, así como prescindir de toda consideración teológica, ya que estas últimas pertenecen al mundo del ser. Afirma que la teoría jurídica se ocupa exclusivamente de las normas en cuanto tales y por ende prescinde de su contenido. El derecho es así según Kelsen "una expresión perceptiva de conducta", "un tratado de lógica normativa".<sup>61</sup>

El Dr. Luis Reynoso nos indica que quizás como dice el Dr. Luis Recaséns Siches, Kelsen pensaba que el derecho es un objeto independiente y por tanto, la ciencia jurídica es autónoma, por lo que es necesario purificarla y apartarla de otras ciencias extrañas a ella; depuración que debe realizarse por una parte con relación a la tendencia ético-política, y por otra, con relación a la tendencia sociológica. Kelsen no niega la legitimidad a los problemas en torno al 'valor' o al 'ideal' jurídico, ya que tan solo hace una separación de fronteras y de temas, su afirmación se extiende únicamente a decir que esos elementos no pueden formar parte de la teoría del derecho investigando lo que es el derecho y no dando un juicio crítico sobre el valor positivo o negativo de un ordenamiento jurídico. Respecto a los elementos sociológicos Kelsen afirma que la sociología estudia los fenómenos y los hechos, el derecho estudia el orden normativo. Para comprender esta situación entra al estudio del mundo del ser y el mundo del deber ser; refiriendo que por las leyes naturales en el mundo del ser se dan ciertas circunstancias idénticas que

---

<sup>61</sup> Reynoso, Luis. Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, Introducción, Exposición y Crítica. México, 1960. p. 4.

producirán siempre efectos idénticos; y, en oposición a las leyes naturales hay otras leyes positivas que exponen reglas preceptivas de una conducta determinada, es decir, que expresan un deber ser (normas que no enuncian el hecho que se verifica, sino lo que debe de ser). Las leyes naturales no representan un factor activo o actuante en los fenómenos o hechos, sino tan solo una explicación intelectual de los mismos, las normas jurídicas en cambio ejercen una influencia como causas motivadoras. Es importante entender que la validez de las normas es independiente de su acción real o eficacia; y, es precisamente en esto donde radica su distinción de las leyes naturales (ya que estas son como son y no pueden ser de otro modo); la eficacia no proviene de la norma (deber ser) sino del hecho psicológico (puede ser motivado por actos espirituales). Sin embargo, la eficacia es una condición de validez del derecho, ya que si una norma no es nunca obedecida ni aplicada, no puede ser norma jurídica válida (pero puede estar en posibilidad de que ocurra realmente lo que exige la norma). Asimismo, afirma que la positividad es el resultado de la relación entre las normas jurídicas y la conducta que regulan.<sup>62</sup>

La teoría en comento no admite consideraciones finalistas, admite que para entender plenamente una institución jurídica es necesario reflexionar sobre su fin, pero jamás podrá ser elemento esencial de lo jurídico, lo específicamente jurídico, lo constituye lo que es normativo (la forma del fenómeno jurídico). La teoría del derecho solo puede ocuparse de lo que un fenómeno tenga de jurídico, pero no de sus restantes ingredientes

---

<sup>62</sup> Reynoso, Luis. Ob. cit. p.p. 5-11.

no jurídicos. La teoría kelseniana se ocupa de depurar las ciencias jurídicas de la influencia del sociologismo. <sup>63</sup>

En esta teoría se afirma que la voluntad es un fenómeno psíquico incaptable, al jurista no le interesa la investigación de procesos psicológicos, sino que lo único que considera son los hechos sociales en cuanto coinciden con una norma o no, sirviéndose para ello de ficciones o presunciones. Con estos principios, Kelsen ataca la teoría que sustenta que el negocio jurídico es una declaración de voluntad y que los efectos del mismo responden a que las partes los hayan querido, afirmando que esta concepción es contradictoria, ya que el querer en el derecho es distinto al querer psicológico, en virtud de que el que se obliga si quiere jurídicamente cumplir. Establece que el concepto jurídico de voluntad no es más que un resultado de una operación mental llamada "imputación normativa", esta imputación personal es la forma de enlace entre el sujeto del deber ser y el objeto del mismo. <sup>64</sup>

El Doctor Reynoso afirma que la mayoría de los juristas coinciden en que el derecho positivo es la expresión de la voluntad del Estado y lo que Kelsen llama voluntad del Estado "no es más que un caso singular de la ley general de imputación normativa. Una serie de actos realizados por determinados individuos (órganos) no son atribuidos a dichas personas individuales, sino a un sujeto ideal supuesto tras las mismas, esto es, al Estado". Todo derecho debe ser considerado como voluntad del Estado, por lo que el Estado liga a determinados hechos, actos propios coactivos, aunque

---

<sup>63</sup> Reynoso, Luis. Ob. cit. p. 12.

<sup>64</sup> Reynoso, Luis. Ob. cit. p.p. 13-14.



en las leyes civiles está subsumida la ejecución como consecuencia del incumplimiento de deber jurídico.<sup>65</sup>

La teoría kelseniana nos dice, que los llamados derechos subjetivos "son meros reflejos del deber jurídico, en otras palabras son el reverso material del deber jurídico", derecho subjetivo "es el mismo precepto en relación con aquella persona, a cuya disposición se confía que se realice o no el acto coactivo sancionador establecido en el mismo", por lo que la sanción se dirige a la persona súbdito del Estado, (la persona es un ente jurídico imaginario). Por otra parte, niega la dualidad Derecho y Estado porque la estructura lógica del precepto jurídico es unitaria, puesto que no cabe una norma jurídica sin sanción, por lo que indica que el Estado es una representación metafórica del orden jurídico total.<sup>66</sup>

"El fundamento hipotético del Derecho es, según Kelsen, en último término una constitución en sentido lógico-jurídico, que se llama norma fundamental hipotética y que consiste en que se debe uno portar como ordena el órgano establecedor de la primera constitución."<sup>67</sup>

El Doctor Luis Reynoso, hace referencia a las críticas que se hacen a la teoría kelseniana, en primer término, la basada en que el fenómeno de la interdependencia de las ciencias no puede ser descartado como un simple estado de transición en orden a la depuración total porque "precisamente cuando la interdependencia y mutua ayuda han sido mayores, las ciencias han obtenido un mayor progreso y han llegado al mismo tiempo a un estado de

---

<sup>65</sup> Reynoso, Luis. Ob. cit. p.p. 15-17.

<sup>66</sup> Reynoso, Luis. Ob. cit. p.p. 18-19.

<sup>67</sup> Reynoso, Luis. Ob. cit. p. 20.

clara distinción y separación de sus mutuos confines". Por otra parte, se admite que la sociología y la política se distinguen completamente del derecho, pero no se les puede separar arbitrariamente de la ciencia del derecho. <sup>68</sup>

Asimismo, Kant reduce el mundo del ser a un ser físico, al ser de los fenómenos, "pero el objeto del Derecho y de la Moral, expresados por la formula deber ser (que implica norma y obligación) es un especial modo de ser real...". En efecto, Kelsen arbitrariamente separa el orden moral y jurídico del mundo del ser prescindiendo del contenido de las normas jurídicas, más no del contenido de las morales (a diferencia de Kant). "No se puede prescindir de del contenido de las normas tanto jurídicas como morales sin quitarles su valor normativo -que es la esencia del deber ser-". Existe innegablemente en todo ser una ley natural, norma de su funcionamiento, en efecto, "si en el mundo del deber ser se prescinde del contenido del mismo, en concreto de las exigencias de la naturaleza de la persona humana, entonces la obligación se reduciría a una simple limitación de la libertad, destruyendo en esta forma las exigencias de la persona". Además, en lo relativo al orden moral, éste es el orden de los actos humanos y se encuentra donde quiera que haya un acto humano, "lógicamente se concluye que si el orden jurídico se refiere a la actividad humana en cuanto que obliga a que a cada quien se le de lo suyo, es procedente que el orden jurídico sea y deba ser considerado como una parte del orden moral". "Todo lo jurídico es moral, más no todo lo moral es jurídico". <sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Reynoso, Luis. Ob. cit. p. 26.

<sup>69</sup> Reynoso, Luis. Ob. cit. p.p. 28-33.

Se ha hecho la crítica a la teoría pura del derecho referida al positivismo jurídico, toda vez que la afirmación "solamente el derecho positivo es verdadero Derecho", es una afirmación que destruye al mismo derecho positivo porque el derecho positivo supone la existencia de un derecho primordial conocido como derecho natural, el hombre debe obedecer al legislador, a la autoridad pública, y por tanto a la ley positiva, ya que no se somete libremente a las leyes, porque anteriormente y fuera del Estado hay una ley superior que todos los hombres obedecen llamada ley natural y para juzgar si un ordenamiento o un cambio de ordenamiento jurídico es legítimo o no, debe ser obtenido de las exigencias del bien común de la común utilidad de la colectividad porque si no existiera una ley natural cualquier ley positiva que procediera del Estado sería justa, en otras palabras, el derecho positivo no constituye todo el derecho.<sup>70</sup>

Por otra parte, la concepción monista del derecho como la de Kelsen diviniza al Estado (que no tiene otra forme de conducta que su propio arbitrio) y el autor Luis Reynoso afirma que "esta teoría empobrece la noción del derecho reduciéndolo a un simple mecanismo inanimado de coacción vilipendiando a la razón y a la persona humana".<sup>71</sup>

Asimismo, nos indica que Kelsen al afirmar que la coacción es el elemento constitutivo o inseparable del derecho es inadmisibles ya que, citando a Carnelutti dice que "es necesario crear condiciones en las que haya que recurrir siempre menos a la fuerza y siempre más al empleo de la paz" aludiendo que en diversos casos se cometen injusticias e injurias al más débil.

---

<sup>70</sup> Reynoso, Luis. Ob. cit. p.p. 34-37.

<sup>71</sup> Reynoso, Luis. Ob. cit. p. 40.

También es considerado erróneo que la imputabilidad jurídica o legal deba prescindir de la moral porque ninguna pena debe establecerse si no es justa y la imputabilidad legal se establece mediante la imputabilidad moral, la imputabilidad jurídica supone la imputabilidad moral, ya que si se demuestra que ésta no existe, tampoco existirá la jurídica. Asimismo, es completamente falso señalar que el fin único de la autoridad es castigar, ya que dicho fin es procurar el bien de la sociedad y la felicidad de los súbditos (si los súbditos no cumplen los ordenamientos, entonces la autoridad se ve forzada a castigar). Reynoso afirma que Kelsen se olvida de que el derecho lo prescribe el legislador como algo debido a la comunidad y a los miembros de la sociedad con los cuales el hombre vive en comunidad, es decir, que no es del arbitrio del legislador producir o no con sus leyes derechos subjetivos. Aunado a lo anterior, el concepto jurídico de persona kelseniana no concibe al hombre como una construcción jurídico-normativa, sin embargo, Reynoso afirma que "la persona es el hombre real y físico que tiene un fin propio al cual dice orden y debe obtener, y debiendo cumplir con determinados deberes, debe gozar de derechos correlativos", es el sujeto de derecho. Asimismo, considera que es absurdo identificar al Estado con el Derecho (al definirlo como el derecho considerado como una totalidad), ya que "antes de que exista Estado, existe mi Derecho", afirma que "el Estado es también un sujeto del orden jurídico que se rige y gobierna por medio de las leyes, mediante las cuales obtiene su fin, que es precisamente el bien común de los súbditos". En efecto, la identificación del Estado con el Derecho sería desconocer el carácter jurídico de las organizaciones de tipo familiar anteriores al Estado así como de otras organizaciones que incluso trascienden los límites del Estado mismo.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Reynoso, Luis. Ob. cit. p.p. 41-51.

Vistas las afirmaciones contenidas en la teoría expuesta, considero que efectivamente como lo afirma Kelsen, la eficacia es una condición de validez del derecho, ya que si una norma no es nunca obedecida ni aplicada, no puede ser norma jurídica válida (pero puede estar en posibilidad de que ocurra realmente lo que exige la norma), por tanto, para que el ejercicio de la acción de retracto sea eficaz es condición de validez que exista el derecho de retracto. Ciertamente para entender plenamente una institución jurídica es necesario reflexionar sobre su fin, pero jamás podrá ser elemento esencial de lo jurídico. Sin embargo, Kelsen al afirmar que la teoría del derecho solo puede ocuparse de lo que un fenómeno tenga de jurídico, pero no de sus restantes ingredientes no jurídicos, considera a ciencias como la política y la sociología como ciencias no jurídicas, lo cual es erróneo, ya que unas son consecuencia de otras y se complementan sin llegar a negar que existe interdependencia entre ellas y que cada una tiene características autónomas respecto de las demás, es por eso que la figura jurídica del retracto ha trascendido y evolucionado a través del tiempo precisamente por las implicaciones político sociales que en ella se han manifestado. Aunado a lo anterior, efectivamente como lo afirma Kelsen, el querer en el derecho es distinto al querer psicológico, toda vez que el que se obliga respecto de la celebración de un acto jurídico se obliga jurídicamente a cumplir lo acordado en dicho acto sometándose a la normatividad que encuadre dicho acto jurídico independientemente de su querer psicológico, en virtud de que el desconocimiento de la ley no exime su cumplimiento y si el obligado no cumple entonces debe responder de las consecuencias de su incumplimiento.

A continuación, realizaremos el estudio de **LA TEORIA GENERAL DEL ACTO JURIDICO**, en la cual, tal como la explica León Duguit se pueden presentar dos concepciones del acto jurídico: a) Los llamados actos-condición, donde el papel de la inteligencia se reduce a muy poca cosa ya que la extensión de la situación jurídica que aparecerá está determinada de antemano por el derecho objetivo, se representará pura y simplemente la situación en su conjunto tal como la ley la ha creado; sabe que la ley se aplicará y no tiene necesidad de saber en detalle lo que sucederá. b) Sucede de manera muy diferente en el acto-regla, ya que antes de tomar la decisión, el sujeto se representa exactamente el objeto y las consecuencias de su querer, se trata de dar nacimiento en el mundo del derecho a una regla nueva, es preciso determinar su objeto, su extensión, sus disposiciones, fijar las personas a las cuales se aplicará y las condiciones de su aplicación, la voluntad da lugar al acto material, al movimiento corporal al cual referirá el derecho objetivo el nacimiento de la regla nueva. Pero es el espíritu del sujeto y no si voluntad lo que determina el tenor de la regla, es decir, que el sujeto quiere que esta regla se sancione por las vías de derecho, esto es el objeto mediato de su querer; pero no es su voluntad lo que determina las disposiciones de la regla, en su inteligencia, esta operación de la inteligencia es preliminar indispensable del acto voluntario a consecuencia del cual aparecerá la regla nueva sancionada por el derecho objetivo. Es decir, que antes de querer, el sujeto se representa lo que querrá o no, el objeto de su querer, los efectos que el derecho objetivo le atribuye, las vías de derecho que nacerán si manifiesta tal o cual voluntad, y en los actos-regla y los actos subjetivos el espíritu mismo determina el alcance de aplicación de la regla y la extensión de la situación. Uno y otro no son producto de la voluntad sino de una determinación de la inteligencia. Por lo que toca al acto-condición, la

extensión de la situación jurídica está determinada de antemano por el derecho objetivo y se encuentra muy reducido el papel de la inteligencia. "Es inútil repetir que a pesar de estas distinciones el sujeto es uno y que, en realidad, la actividad de la persona consiente es permanecer indivisible. Asimismo, explica en que consiste la deliberación y la decisión en el acto jurídico, afirmando que, el proceso del acto jurídico es idéntico al que se ha descrito precedentemente para el acto de voluntad en general; para que el sujeto haga su elección, para que tome su decisión, considera sucesivamente el objeto mediato del acto de voluntad y también el fin o el motivo determinante (que no se deben confundir con el objeto inmediato y mediato ni con el móvil o motivo impulsivo). El querer humano tiene en materia jurídica el objeto directo inmediato que es un movimiento corporal del sujeto (el hombre es un productor autónomo de energía que pone en movimiento sus propios órganos). Si se produce un efecto exterior no es su voluntad la causa eficiente, a la manifestación exterior de esa energía, el derecho objetivo puede relacionar ciertos efectos, es decir la apertura de ciertas vías de derecho, porque todo efecto jurídico se reduce a esto. Tal efecto no se produce por la voluntad del sujeto que solo puede producir un movimiento de su ser (este es objeto mediato de su querer). El sujeto considera pues, en su deliberación, que si quiere y hace tal acto corporal se producirá cierto efecto de derecho. Por la aplicación de la ley jurídica o derecho objetivo, por la aplicación de las leyes físicas es como se produce cierta consecuencia material (no hay que decir que el sujeto quiere ese efecto pero sabe que esas consecuencias se producirán porque sabe que la ley natural atribuye ciertos efectos a un movimiento corporal, que la ley jurídica abre ciertas vías de derecho cuando se cumple cierto acto voluntario. Asimismo, León Duguít trata de resolver una cuestión que se ha suscitado en la doctrina

(principalmente en la alemana), la de saber si la causa eficiente del efecto del derecho es la voluntad del sujeto o se encuentra, al contrario en el derecho objetivo. La solución parece evidente puesto que el sujeto solo puede dar lugar por su voluntad a un movimiento corporal propio, no es su voluntad la que engendra un efecto de derecho. "El efecto de derecho no tiene pues por causa eficiente la voluntad; y la célebre teoría conocida con el nombre de teoría de la voluntad cae por tierra íntegra". Demuestra que el alcance de la regla y la extensión de la situación eran obra de la inteligencia y no producto del querer. En su deliberación, el espíritu del sujeto considera no solamente el objeto inmediato y el objeto mediato de su querer, sino también el objeto el cual puede tener. El fin determinante es una cierta representación en el espíritu del sujeto, es la imagen anticipada de la situación futura y por tanto, es con el objeto mediato, el segundo elemento esencial para determinar el valor jurídico y el valor moral de un acto. Al lado del fin o motivo determinante existen motivos de orden secundario, los móviles o motivos impulsivos que participan en la determinación o elección pero de importancia secundaria y aún nula para el valor jurídico del acto (móviles que pueden quizá modificar la calidad del acto pero que no son de consecuencias por su valor social y jurídico. Al tratar sobre la ejecución en el acto jurídico nos dice que la decisión interna puede tener un valor moral; pero no puede tener un valor social ni jurídico; las reglas sociales se aplican solamente a los actos externos. "En una doctrina, todavía acreditada y que aún enseñan la mayoría de los civilistas franceses, se sostiene que el derecho protege a la voluntad en sí, y que cuando la voluntad se ha manifestado al exterior, no es esta manifestación lo que se debe tomar en consideración, sino la voluntad interior, es decir, lo que el sujeto ha querido realmente. Es evidente que esta idea es la que ha inspirado el artículo 1156 del Código Civil, concebido así:



'en los convenios se deben buscar más bien cuál fue la intensión común de las partes contratantes y no atenerse al sentido literal de los términos'." Lo que el hombre quiere solamente en el interior de su ser y que no se traduce al exterior; es desde el punto de vista del derecho del derecho, como si no lo hubiera querido; esta voluntad debe traducirse al exterior por un acto de ejecución, al cual, el derecho objetivo atribuye ciertas consecuencias bajo las condiciones que este determina. El acto por el cual se manifiesta al exterior el acto de voluntad debe reunir determinadas condiciones fijadas por el derecho objetivo e indispensables para dar nacimiento a la situación jurídica. El derecho objetivo decide que cuando este movimiento corporal se hizo con la intensión de que nazca un efecto de derecho, el efecto de derecho no es el fin, sino el objeto mediato del querer. Afirma, que en el derecho moderno no hay fórmula solemne, a veces la ley exige que la intensión se exprese, sino en una forma solemne, al menos en un acto escrito según ciertas reglas. El análisis revela entonces las mismas distinciones que en la estipulación romana: el sujeto solo quiere, en realidad, la redacción del acto escrito; pero sabe si este acto se ejercita, se producirán por aplicación del derecho objetivo, ciertos efectos jurídicos; tiene la intención de que se produzcan; son pues el objeto mediato de su querer y no su producto". En el derecho moderno, se dice a menudo "la declaración de la voluntad", pero sería más exacto decir "la declaración de la intención" -según lo afirma León Duguit-, afirma que la voluntad interna no es un acto social y por tanto no puede tener ninguna repercusión en el mundo de el derecho, contrariamente a lo que afirman los doctrinarios fieles a las doctrinas individualistas, porque afirman que sí es preciso una declaración de la voluntad para que la situación de derecho nazca (la voluntad interna es impotente para modificar el orden jurídico). La concepción individualista desempeña un papel secundario porque la voluntad

interna sería la causa eficiente y directa de la formación jurídica, pero esta concepción ha resultado insostenible por los doctrinarios, toda vez que la voluntad interna no es un acto social, por tanto, no puede tener ninguna repercusión en el mundo del derecho, una volición pues no se traduce al exterior es nada desde el punto de vista jurídico. En este orden de ideas, los doctrinarios individualistas dicen que sí es precisa una declaración de voluntad para que la situación de derecho nazca, siempre que esta declaración se produzca nacerá el efecto de derecho aún cuando esta declaración no corresponda a una voluntad real; existe en esto ciertamente un error, ya que como lo afirma León Duguit, "la voluntad del sujeto no es la que produce el efecto de derecho; pero el derecho objetivo no ha atribuido jamás un efecto de derecho a un acto jurídico, sino cuando existía en el espíritu del sujeto la intención de que el efecto de derecho siguiera al cumplimiento de cierto acto exterior. Aún en el derecho romano el efecto de derecho no seguía a las palabras de la estipulación sino cuando, al principiarlas las partes sabían y tenían la intención de que el crédito y la deuda nacieran. Y los mismos jurisconsulto romanos dicen que si las palabras de la estipulación se pronunciaban sin que hubiera un consentimiento correspondiente, la estipulación sería inútil". Y continúa afirmando que si el derecho objetivo relaciona el efecto de derecho solo a la declaración hecha por la intención de que se produzca, es preciso comprender bien que no se produzca sino en la medida en que esta indicado, expresa o tácitamente, por la fórmula de declaración". La solución es la misma. La voluntad interna es impotente para modificar el orden jurídico; lo que no es comprendido en la declaración queda como objeto de la volición interna, y por consecuencia no existe desde el punto de vista de el derecho. "... la voluntad no crea la situación de derecho; el derecho objetivo es el que relaciona efectos a la declaración y, por

consecuencia, si nada se ha dicho, se presume legítimamente que el declarante ha tenido la intención de que se produzcan todos los efectos relacionados por la ley o la costumbre a semejante declaración, y poco importa que los conozca o no...". Lo que sucede a la inversa es que "para que la declaración sea la condición del nacimiento de una situación jurídica, es preciso que sea una declaración de intención; el efecto de derecho solo puede nacer en la medida en que hubo intención...". El derecho no se realiza sino en el límite de la declaración porque la intención no existe en derecho sino en la medida en que se declara, el efecto no puede nacer para lo declarado sin que haya la intención correspondiente del sujeto. León Duguit explica que esta solución ha encontrado sobre todo en Alemania numerosas críticas.- se le reprocha ser poco práctica, abrir la puerta a la mala fe, facilitar los procesos permitiendo a los deudores poco honrados invocar restricciones mentales, cuya prueba, difícil de hacer, puede eternizar los procesos; también se dice que favorece al defensor de mala fe, al permitirle invocar fácilmente un pretendido error que hubiera aniquilado o viciado su consentimiento y alejado de parte suya una verdadera intención sobre tal o cual punto. Se afirma que parece que es la solución admitida por el Código Civil Alemán y que ha dado lugar a interminables controversias al establecer que "una declaración de voluntad no es nula solo porque el declarante se reserva secretamente no querer lo que ha declarado. Es nula cuando debe hacerse ha otro que conoce la reserva".<sup>73</sup>

Vista la teoría explicada con antelación concluimos que la voluntad de los contratantes en los actos jurídicos es la manifestación de su querer, por tanto, si el vendedor de un bien sujeto a copropiedad tiene la voluntad de

---

<sup>73</sup> Revista del Senado de la República. Vol. 16. Editorial: Senado de la República LVII Legislatura. p.p. 298-307.

venderlo se presume su voluntad de querer cumplir con su obligación de notificar a los copropietarios el derecho del tanto y si un tercero ajeno a la copropiedad compra dicho bien, es su voluntad la de adquirirlo, por tanto debe obtener todos los derechos y obligaciones que corresponden a un comprador, por lo que en la normatividad jurídica se establecen sanciones a quien infrinja dicha normatividad porque se presume la voluntad de las partes de celebrar los actos jurídicos sometiéndose a esa normatividad, por tanto, quien infrinja las obligaciones que deben cumplirse para la celebración de dicho acto jurídico es responsable de los daños y perjuicios que provoque por su omisión. De acuerdo con esta teoría, lo importante es el acto que se exterioriza y tiene repercusiones en el mundo del derecho y si el acto que exteriorizó el vendedor de la cosa fue el de contratar a fin de enajenar su parte alícuota de las repercusiones que ese acto jurídico tenga en el mundo de el derecho debe responder el sujeto que exteriorizó dicho acto.

Ahora procederemos a realizar un estudio sobre la **TEORIA GENERAL DEL CONTRATO**, explicada por el autor Luis Muñoz, en los siguientes términos:

Los tratadistas que han estudiado "el contrato", divergen en su posición para definirlo, ya que algunos admiten que el contrato es el negocio jurídico bilateral inter vivos, es decir que las declaraciones de contenido volitivo necesarias para su formación no son unilaterales; en cambio, otros afirman que el contrato es el documento que contiene el negocio. En la doctrina se entiende que el convenio es el género y que el contrato es la

especie. <sup>74</sup> Sin embargo, Luis Muñoz, nos dice que "deben llamarse convenciones y no contratos ciertos negocios jurídicos bilaterales de contenido personal como los sponsales, el matrimonio, etc." <sup>75</sup>, ya que este autor opina que éstos negocios son convenciones a las que no les son aplicables las normas propias del contrato, afirmando que el contrato tiene un contenido eminentemente patrimonial.

Muñoz explica que tiende a confundirse la voz "acuerdo" y la voz "contrato", afirma que las voluntades de quienes intervienen en un acuerdo son paralelas y se dirigen a un mismo resultado, mientras que en el contrato los intereses son inicialmente opuestos o contrapuestos, ya que considera al contrato como un "instrumento para componer esa oposición o contraposición" <sup>76</sup>, nos explica que el contrato normativo, mal llamado acuerdo, no es un verdadero contrato, ya que el negocio jurídico que puede contener un acuerdo es fuente de normas jurídicas, refiriéndose genéricamente a todos los que se encuentren en una cierta situación, por eso no puede determinar directamente derechos subjetivos y obligaciones a los

---

<sup>74</sup> Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, define en su artículo 1792 lo que en nuestro derecho se entiende por convenio "convenio es el acuerdo entre dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones"; por su parte, el artículo 1793 establece "los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos"; y; finalmente el artículo 1794 del mismo ordenamiento establece que "para la existencia del contrato se requiere: consentimiento; objeto que pueda ser materia del contrato". Como se había referido en párrafos precedentes, la figura jurídica del retracto surge por el incumplimiento de la obligación de notificar el derecho del tanto a quien tiene preferencia para adquirir el bien objeto de la compraventa, esa compraventa es un contrato, y el artículo 1795 de nuestro Código Civil vigente establece que el contrato puede ser invalidado porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece, lo que será motivo un estudio más profundo en las subsecuentes líneas.

<sup>75</sup> Muñoz Luis, Teoría General del Contrato. Editorial: Cárdenas. México, 1973. p. 2.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

que de nacimiento, siendo obligatorio aunque las partes desconozcan su contenido; en cambio, el verdadero contrato origina relaciones jurídicas de contenido patrimonial, regulando un resultado concreto en relación con las partes que quieren su contenido; el contrato nace del consentimiento y no del acuerdo.

Asimismo, Luis Muñoz, para continuar con su explicación acerca de la Teoría General del Contrato, cita al autor italiano Barbero, quien hace la diferencia entre contrato típico y contrato nominado afirmando que por contrato típico debe entenderse el descrito por la norma jurídica aunque no le de un nombre y por contrato nominado debe entenderse aquél cuyo nombre es el normativamente atribuido.

En este orden de ideas, los estudiosos de la Teoría General del Contrato, han optado por crear numeraciones diversas de los contratos, clasificándolos de la siguiente forma: unilaterales o bilaterales; gratuitos u onerosos; consensuales, reales, formales, solemnes; preparatorios, principales y accesorios; nominados, innominados y mixtos; contratos de efecto inmediato y de efecto diferido; el contrato dictado; el contrato por cuanta de quien corresponda; del contrato por persona a nombrar; del contrato a favor de tercero; entre otras clasificaciones que se han realizado de los contratos.<sup>77</sup>

La referida reglamentación de los contratos nace, por un lado de la necesidad de buscar la autonomía de la voluntad y por el y otro, la equidad en las transacciones, ya que quienes intervienen en un contrato, han gozado

---

<sup>77</sup> Ver la obra de Muñoz Luis, Teoría General del Contrato. Editorial: Cárdenas. México, 1973. p. p. 17 y 18.

siempre de la facultad de autorregularse y estipular en el diversas modalidades, tal como lo explica el Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo en su obra intitulada "Contratos Civiles". <sup>78</sup>

Después de haber realizado el estudio de la Teoría General del Contrato, podemos deducir que la figura jurídica en estudio, el retracto, no es un contrato, toda vez que no se trata de un acto jurídico voluntario en el que la voluntad del retrayente y del comprador originario del bien materia del retracto pueda darle origen, tampoco se trata de un acto voluntario entre el retrayente y el vendedor, sino que la relación existente entre el vendedor, el comprador y el retrayente se da a raíz del incumplimiento de la obligación de notificar el derecho del tanto sin que se trate de un acto volitivo entre las partes.

Por otra parte, procederemos a realizar un estudio sobre las Teorías de la Obligación, para determinar si el retracto es una obligación, o bien, si se tratare de uno de los elementos del patrimonio que son los entendidos como los derechos reales y los derechos personales, y si no es así podría tratarse de una acción entendida como un derecho subjetivo que tiene el titular del derecho de retracto.

Antonio de Ibarrola, en su obra "Cosas y Sucesiones", analiza las **TEORIAS DE LA OBLIGACION**, entre las que encontramos la teoría clásica, la cual, establece que la obligación puede existir contra una sola persona o contra varios deudores limitativamente determinados, esta teoría es

---

<sup>78</sup> Pérez Fernández del Castillo Bernardo. Contratos Civiles. Editorial: Porrúa. Sexta Edición. México, 1999. p. 3.

sustentada por doctrinarios como Bonnecase y Planiol, explicándola en base al estudio de los derechos reales y de los derechos personales.

Al citar a Bonnecase dice que, el derecho personal es relativo y para hacerlo efectivo el acreedor tiene que pasar a través del deudor, es decir, exigir una prestación; a diferencia del derecho real, el cual, es oponible a todo el mundo, es un derecho absoluto (*erga omnes*), en virtud del cual el titular es puesto en contacto inmediatamente con la cosa y bajo la tutela del poder social, consiste en una abstención o una carga excepcional en relación con una cosa determinada individualmente, no se sabe contra quien va a ejercitarse, es un derecho de perseguir la cosa aun cuando esta se encuentre en poder de un detentador extraño. Señala que existen dos fenómenos que constituyen los derechos reales y los derechos personales: la apropiación de la riqueza y la prestación de servicios. Afirmo que en el derecho real existe una relación en virtud de la cual una cosa se encuentra de manera inmediata y exclusiva, total o parcialmente, sometida al poder de apropiación de una persona. El derecho de crédito es la relación de derecho, en virtud de la cual, el valor económico o puramente social de una persona es puesto a disposición de otra bajo la forma positiva de una prestación o bajo la forma negativa de una abstención.

De Ibarrola señala que los derechos reales y los personales, son elementos del patrimonio, los cuales, pueden adquirirse o perderse por prescripción, sin embargo, Planiol, agrega otros elementos del patrimonio, entre los que encontramos: el derecho de cambiar la forma de explotación de una propiedad, cercar una heredad, perforar un pozo, reclamar un derecho de



paso, pedir la disolución de una copropiedad, el apeo y deslinde, acometer una empresa industrial, aunque existan otras, heredar y aceptar la herencia.

Las tesis monistas o también llamadas unitarias se subdividen en tesis personalista, sustentada por Ortolan, Planiol y Demogue y tesis objetivista, sustentada por Gaudemet y Luis Rigaud.

Planiol, sustentante de la teoría personalista, afirma que la teoría clásica es falsa, en virtud de que no puede existir una relación jurídica entre una persona y una cosa, solo entre personas aludiendo que el poder de hecho ejercido sobre una cosa es de posesión. Agrega que el derecho real es una obligación pasivamente universal, es decir, que a cualquiera le podría corresponder; el derecho real se constituye por un sujeto activo, que es el propietario; un sujeto pasivo que son todos los demás que tienen la obligación de abstenerse de molestar o perturbar y un objeto.

De Ibarrola critica la teoría de Planiol, afirmando que: a) También en las obligaciones encontramos un sujeto pasivo universal, b) El derecho nace del delito que comete el perturbador, c) Existe un medio ambiente social y físico, d) La obligación pasiva universal no es una característica derivada de la estructura de los derechos reales sino una obligación impuesta en virtud de la convivencia humana, existe en los derechos absolutos.

Gaudemet, que sustenta la teoría objetiva, afirma que el derecho personal es en realidad un derecho real sobre el patrimonio. Agrega que en el derecho romano existía un acreedor frente a un deudor y ahora puede haber cesión de crédito o cesión de deuda, en donde la deuda viene en realidad a

recaer sobre el patrimonio del deudor, dice que a medida que los tiempos avanzan en la historia del derecho, la obligación se despersonaliza cada vez más y se patrimonializa cada vez más, señala que no es ya la persona la que le debe a la persona, sino el patrimonio el que debe al patrimonio: la obligación es un derecho real indeterminado en cuanto al objeto material sobre el que recae.

Luis Rigaud, también sustentante de la teoría objetiva, echa por tierra los principios más elementales del derecho en general, en virtud de que desconoce la naturaleza jurídica del patrimonio y la naturaleza jurídica de la personalidad, llegando al absurdo de admitir la existencia de la obligación sin sujeto pasivo, afirmando que la obligación es un acto de voluntad, el patrimonio no puede tenerlo y que el patrimonio dependerá siempre de una persona.

La teoría ecléctica, es sustentada por Planiol, Ripert y Luis Rigaud en los siguientes términos:

Planiol y Ripert afirman que, "derecho real es un poder jurídico que de manera directa e inmediata ejerce una persona sobre un bien determinado para aprovecharlo total o parcialmente, (este es el aspecto interno), siendo oponible dicho poder a un sujeto indeterminado, que tiene la obligación de no perturbar al primero en el ejercicio de su derecho (este es el aspecto exterior)." <sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> De Ibarrola Antonio. Cosas y Sucesiones. Editorial: Porrúa, S.A. Tercera Edición. México, 1972. p. 55.

Luis Rigaud, acepta el aspecto interno, afirmando que el poder jurídico se ejerce directa e inmediatamente sobre un bien; no rechaza la idea de obligación pasiva universal, sino que hace resaltar el lado obligatorio del derecho real. Recurriendo a Ortolán y Rocco explica que la teoría clásica trata sobre las relaciones entre propietarios y vecinos sin tener que acudir a un cuasicontrato, pero esta obligación pasiva universal no es una característica derivada de la estructura misma de los derechos reales, sino una obligación impuesta en virtud de la convivencia humana y en relación con toda clase de derechos inclusive los de crédito. Agrega que las acciones de persecución y preferencia son características normales de los derechos reales, pero no elementos de su esencia; señala que los derechos reales y personales son distintos.

De Ibarrola señala que, además del conjunto de facultades que caracterizan al derecho real existen obligaciones reales propter rem (las que establece por ejemplo la vecindad). En ellas el sujeto pasivo reporta prestaciones o abstenciones de carácter patrimonial que: 1) dependen de la cosa, 2) siguen a esta, 3) se extinguen si ella desaparece, 4) se transmiten con la enajenación de la cosa, 5) pueden eludirse mediante el abandono. Siguiendo el criterio de Bonnecase, afirma que las obligaciones propter rem u obligaciones reales son distintas de los derechos reales y distintas de las obligaciones personales. Dice que estas obligaciones consisten en la necesidad para el deudor de ejecutar un acto positivo exclusivamente en razón y en la medida de una cosa que detenta; dichas obligaciones se transmiten ipso iure a los detentadores sucesivos de la cosa, sin que en ningún caso se transformen, sea en derechos reales, sea en obligaciones personales. La obligación real es siempre accesoria de un derecho real

principal. Ejemplo: 1) El derecho de propiedad trae siempre consigo para los copropietarios de una pared la obligación de costear parcialmente la reconstrucción de la misma; estas ideas las concluye diciendo que, a) es falsa la idea que el derecho real no necesita intermediario, b) una persona puede ser obligada a obrar en interés de un fundo en su calidad de propietaria de otro.

Las teorías a las que acabamos de hacer mención nos dan una idea de la relación que existe entre la figura jurídica del retracto y los derechos, ya sea reales o personales, asimismo, su relación con las obligaciones y con las acciones, por lo que dichas teorías han dado origen a diversas tendencias doctrinarias que han considerado esta figura en diversas formas, como fue explicado en el capítulo anterior, al hablar del retracto como un derecho personal o un derecho real, como un derecho convencional de resolución, como un pacto de preferencia u oferta de retroventa, como un derecho de prelación o de adquisición preferente, también se ha definido como una acción, como una especie de derecho del tanto, como una facultad o derecho potestativo, o como una subrogación contractual, sin embargo, he considerado que el retracto es un derecho real derivado de la violación de otro derecho, al incumplirse con la obligación de notificar el derecho del tanto, toda vez que para su procedencia, requiere la existencia de un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto, y de este derecho real es accesoria la obligación consistente en el respeto a los derechos de los demás, porque a fin de obtener el derecho de retracto, el titular de dicho derecho tiene que ejercitar la llamada acción de retracto que a su vez es un derecho subjetivo independiente del derecho de retracto, pero que son complementarios, en virtud de que la acción es un derecho distinto del derecho subjetivo que

protege, pero no independiente de él. Como lo explica Eduardo Pallares en su obra intitulada Tratado de las Acciones Civiles que: "Esto se demuestra fácilmente, subrayando el hecho de que, desde la Ley de Doce Tablas, hasta nuestros días el derecho subjetivo da fisonomía especial a la acción correspondiente, si el derecho es real, la acción también es real, si el derecho se extingue, la acción también se extingue y, así debe ser declarado judicialmente; si el derecho prescribe la acción prescribe igualmente, etc." <sup>80</sup>

Estoy totalmente de acuerdo con el criterio del autor Eduardo Pallares al considerar que la acción es derivada de un derecho y que si no existe tal derecho no prospera la acción que se intenta, y por tanto, judicialmente debe ser declarada improcedente la acción de retracto que se intente si no se es titular del derecho de retracto. Por tanto estoy de acuerdo con los razonamientos que hace Celso, que es uno de los tratadistas sobre la Teoría Clásica de la Acción que ha considerado la acción como un derecho subjetivo que deriva del derecho sustantivo al que protege y garantiza <sup>81</sup>, como lo señala Eduardo Pallares en la obra antes citada.

---

<sup>80</sup> Pallares, Eduardo. Tratado de las Acciones Civiles. Editorial: Porrúa. Sexta Edición, México 1991. p. 37.

<sup>81</sup> La acción, según la definición de Celso en el Digesto, se entiende como: "Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio per se quendi", "la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir mediante un proceso, lo que le deben a uno". (Ver la obra de Flores Barraza, Eusebio. Prontuario General de Derecho Romano. Editorial: Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Edición. México, 1991. p. 166.)

### ***3.2 ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA LA EXISTENCIA DEL RETRACTO***

A fin de hacer un estudio sobre los elementos esenciales que deben ser considerados para la existencia del retracto es necesario hacer un estudio dogmático jurídico de dicha figura, toda vez que el estudio dogmático jurídico de una institución de derecho consiste en el análisis interpretativo de la institución misma, por sus características que la peculiarizan, sus especies, los elementos que la integran y su reglamentación jurídica, ya hemos hecho el análisis sobre las características que la peculiarizan, y sus especies, hemos dicho también que la falta de regulación expresa del retracto en nuestro derecho provoca que los criterios aplicables al respecto diverjan; ahora nos falta hacer el análisis sobre los elementos que la integran.

He reflexionado que para la procedencia del retracto deben ser considerados sus elementos reales y sus elementos personales, los cuales procederé a explicar a continuación:

**LOS ELEMENTOS REALES** son aquellos que son entendidos como los elementos materiales o las relaciones derivadas de las cosas que intervienen en la situación jurídica que da origen al ejercicio del retracto, los cuales son de dos tipos:

a) El Objeto Directo: que es objetivo primordial que debe ser considerado para la existencia del derecho de retracto que origina la procedencia de la acción del mismo nombre, objeto consistente en la ilegal

enajenación de un bien determinado violando el derecho de preferencia de los copropietarios, del arrendador o del socio, enajenándolo a un tercer adquirente extraño a la copropiedad, a la comunidad, a la sociedad o al arrendamiento, consecuentemente la responsabilidad del enajenante para reparar los daños y perjuicios al titular del derecho de preferencia, con lo que se produce la subrogación del retrayente en los derechos y obligaciones del adquirente para perfeccionar la enajenación en su beneficio, dejando sin efectos la primera enajenación efectuada manteniéndose intocadas las condiciones estipuladas en el contrato primario.

En efecto, para que exista el derecho de retracto, es necesario que el consentimiento de los contratantes en un contrato de compraventa este viciado por no haberse cumplido con las formalidades legalmente establecidas para la celebración de dicho contrato porque tratándose de la venta de bienes sujetos a copropiedad, por mencionar uno de los supuestos, es requisito indispensable comunicar el deseo de vender a los copropietarios, porque cuando se adquiere un bien en copropiedad, todos los copropietarios son considerados como una sola parte para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, por tanto, tienen preferencia para comprar la parte alícuota del bien que uno de ellos desee vender por la simple razón de que es más conveniente para evitar el desmembramiento de la propiedad privada al involucrarse un tercero extraño en la copropiedad, en tal circunstancia el copropietario debe ser notificado sobre la existencia de una venta propalada, para poder ejercitar el derecho del tanto consagrado en el artículo 973 del Código Civil para el Distrito Federal para que dentro de los ocho días siguientes a partir de la notificación hagan uso de ese derecho el cual se pierde por el solo transcurso del término sin haberse ejercitado. Pero si es

violado este derecho, el copropietario que no fue notificado de dicha venta tiene derecho a ejercitar el derecho de retracto en el término de diez años cuando la venta se ha consumado, según lo afirma la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia transcrita con anterioridad. Es decir que en este caso para que exista el retracto debe haber sido violado el derecho del tanto, el cual, debe ser comunicado por el vendedor que desee vender el bien sujeto a la copropiedad, este es un derecho generador del derecho de retracto, y este último a su vez da origen a la acción de retracto, nombrada así por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sin embargo, el artículo 2303 del Código Civil para el Distrito Federal previene que puede estipularse que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tanto, para el caso de que el comprador quisiere vender la cosa que fue objeto del contrato de compraventa, para tal efecto, el vendedor está obligado a ejercer su derecho a partir de que sea notificado en el término de tres días si la cosa fuere mueble y de diez días si fuere inmueble.

Por otra parte, el artículo 2447 del mismo ordenamiento, establece que en los arrendamientos que han durado más de cinco años y cuando el arrendatario ha hecho mejoras de importancia en la finca arrendada, gozará del derecho del tanto (aunque lo correcto es decir derecho por el tanto), si está al corriente en el pago de la renta, para el caso de que el arrendador quisiere vender la cosa que fue objeto del contrato de compraventa, para tal efecto, el arrendatario está obligado a ejercer su derecho a partir de que sea notificado en el término de tres días si la cosa fuere mueble y de diez días si fuere inmueble, en este caso también es precedente el ejercicio del retracto cuando se haya violado el derecho de preferencia por el tanto.



b) El Objeto Indirecto: Son los objetos sobre los que propiamente recae el ejercicio de la acción de retracto, en este caso, esta acción puede operar tanto en la transmisión de bienes materiales o tangibles, ya sean muebles o inmuebles o también respecto a cosas inmateriales como en el caso de acciones o derechos siempre que estos sean fungibles, es decir, de todas las cosas que pueden ser objeto de apropiación.

**SON ELEMENTOS PERSONALES** para que proceda el ejercicio del retracto: la existencia del titular del derecho de retracto llamado retrayente, así como la existencia del enajenante y el adquirente.

a) El Retrayente: Es la persona que ejercita la acción de retracto, el retrayente requiere encontrarse legitimado para ejercer dicha acción, es decir que sea el titular del derecho de retracto por habersele violado su derecho de preferencia, debe gozar del derecho de retracto como presupuesto básico para poder demandar el perfeccionamiento de la enajenación en su beneficio, dejando sin efectos la primera enajenación efectuada manteniéndose intocadas las condiciones estipuladas en el contrato primario, es decir, debe tratarse del copartícipe copropietario, comunero, heredero, arrendatario o condómino, entre otros, a quien no se le notifico su derecho del tanto situación que lo va a legitimar activamente para ejercitar su acción. Aunque puede pensarse que la ley está interesada en que no se prolonguen los estados de indivisión, también lo es que no establece imperativamente la obligación de terminarlos, puesto que si bien es cierto que el retrayente persigue hacer posible que el propietario adquiera la parte alícuota enajenada en favor del tercero también lo es que la ley no lo obliga a ello, de tal modo que es el propio titular del derecho quien decide si la ejercita o no.

b) El Adquirente o Retraído: Es la persona que adquiere el bien que haya sido materia de la enajenación respecto de la cual otras personas tenían derecho de preferencia, necesariamente debe tratarse de una tercera persona que haya comprado el bien, independientemente de que tenga conocimiento o no de que ese bien estaba pertenecía a una copropiedad, a una comunidad, a una sociedad o a un arrendamiento, tercero extraño que no gozaba del derecho de preferencia, premisa condicionante de la acción de retracto.

c) El Enajenante: Es la persona que transmite la cosa y que no tenía la capacidad jurídica para efectuar dicha enajenación por encuadrarse su situación dentro de las incapacidades para contratar establecidas en los artículos 2274 al 2282 <sup>82</sup> del Código Civil para el Distrito Federal y omitió

---

<sup>82</sup> Las incapacidades especiales de los que no pueden vender o comprar se encuentran reguladas en el Código Civil para el Distrito Federal en los siguientes artículos: 2274.- Los extranjeros y las personas morales no pueden comprar bienes raíces, sino sujetándose a lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en sus leyes reglamentarias. 2276.- Los Magistrados, los Jueces, el Ministerio Público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos no pueden comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. Tampoco podrán ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre los citados bienes. 2277.- Se exceptúa de lo dispuesto en el artículo anterior la venta o cesión de acciones hereditarias, cuando sean coherederas las personas mencionadas, o de derechos que están afectos bienes de su propiedad. 2278.- Los hijos sujetos a patria potestad solamente pueden vender a sus padres los bienes comprendidos en la primera clase de las mencionadas en el artículo 428, el cual refiere los bienes que adquiera por su trabajo. 2279.- Los propietarios de cosa indivisa no pueden vender su parte respectiva a extraños, sino cumpliendo lo dispuesto por los artículos 973 y 974, los cuales establecen que los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alicuota respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el solo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno; y deben cumplir también con lo dispuesto en el artículo 974 que determina que si varios propietarios hicieren uso del derecho del tanto será

cumplir con su obligación porque jurídicamente tuvo la obligación de preferir a los retrayentes frente al tercero adquirente y la no cumplir con dicha obligación motiva la procedencia de la acción de retracto y es responsable de daños y perjuicios que puedan ocasionarse al adquirente; son presupuestos fundamentales la omisión de la notificación a los retrayentes su voluntad de enajenar la cosa y las condiciones en que se haya de concertar la venta, pues si acredita que se notificó con todas las formalidades legales la enajenación a los que gozan de la preferencia, se libera del retracto porque la enajenación primaria va a surtir todos sus efectos jurídicos plenos, toda vez que el derecho del tanto de los preferidos precluyó y en consecuencia la falta de su ejercicio se traduce en consentimiento tácito de esa enajenación.

c) También puede considerarse como elemento personal al notario que levanta la escritura relativa a la compraventa celebrada entre el vendedor y el adquirente, violando al retrayente su derecho del tanto.

d) Asimismo, puede considerarse como elemento personal, en el momento en que existe la contienda judicial, al juez que conoce de dicha contienda que surge por la violación del derecho del tanto y por el ejercicio del derecho de retracto.

---

preferido el que represente mayor parte, y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario. 2280.- No pueden comprar lo bienes de cuya venta o administración se hallen encargados: Los tutores o curadores; los mandatarios; los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado; los interventores nombrados por el testador o por los herederos; Los representantes, administradores o interventores en caso de ausencia; los empleados públicos. 2281.- Los peritos y los corredores no pueden comprar los bienes en cuya venta han intervenido. 2282.- Las compras hechas en contravención a lo dispuesto en este capítulo serán nulas, ya se hayan hecho directamente o por interpósita persona.

Lo anterior se desprende de que en la celebración de los negocios jurídicos intervienen dos o más partes que necesariamente deben ser capaces para obligarse, las partes como regla general tienen libertad para celebrar dichos negocios jurídicos, pero al lado de esa libertad se dan una serie de restricciones, ya sea de carácter convencional que son las derivadas de un pacto expreso entre las partes; las de carácter judicial, es decir, de limitaciones impuestas por algún Juez; y las de carácter legal, que tienen su fuente en disposiciones del legislador. Estas últimas restricciones de carácter legal establecidas por el derecho Civil Mexicano, tienen su origen en una falta de legitimación, son consideradas como incapacidades. La capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, pero en este caso el enajenante se encontraba incapacitado para celebrar el contrato de compraventa.

### ***3.3 EL RETRACTO TIENE UNA NATURALEZA CASUÍSTICA***

La naturaleza jurídica de la institución denominada retracto es una de las más interesantes y polémicas en el mundo del Derecho Civil, por las especiales características que presenta para su estudio, varios autores han intentado explicar su naturaleza a través de diversas posturas que han emitido al respecto. Como lo hemos venido diciendo en los capítulos anteriores, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha contemplado el retracto como una acción, sin embargo, nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no hace referencia alguna sobre dicha acción, por lo que los litigantes casi no hacen uso de ella a pesar de su existencia; incluso, hay quienes han señalado que difícilmente esta acción prospera en los tribunales; y, otros señalan que a pesar de haber sido

litigantes toda su vida, nunca han hecho uso de esta institución y por tanto no admiten su existencia.

Al hacer el estudio de esta figura jurídica nos dimos cuenta que en la obra más reconocida en México, que habla sobre las acciones en general intitulada "Tratado de las Acciones Civiles" de Eduardo Pallares, no hace alusión a esta institución por lo que algunos litigantes consideran que no es posible su aplicación en la práctica, aludiendo que tampoco se encuentra contemplada por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pero para la procedencia de una acción es suficiente que exista un derecho en que pueda basarse porque existen infinidad de derechos de los que puede hacer ejercicio el individuo, sujeto de derechos y obligaciones, consecuentemente, por cada derecho que exista se puede invocar el ejercicio de una acción, es así, que el artículo 2º del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal determina que "la acción procede en juicio, aún cuando no se exprese su nombre con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado y el título o causa de la acción". Es decir, que las acciones son procedentes en un juicio cuando se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado y el título o causa de la acción, existiendo las llamadas acciones innominadas, y siendo la jurisprudencia una de las fuentes formales del derecho es concebible que las acciones que sean contempladas por la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sean ejercitadas en la práctica.

Asimismo, la acción de retracto es una acción real, por derivar del derecho de retracto que también es real, y el artículo 3º del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que "por las

acciones reales se reclamarán: la herencia, los derechos reales o la declaración de libertad de gravámenes reales. Se dan y se ejercitan contra el que tiene en su poder la cosa y tiene la obligación real, con excepción de la petición de herencia y la negatoria". Este artículo establece que por las acciones reales se reclamarán los derechos reales, por tanto, debemos aclarar que toda acción debe estar amparada por un derecho y si la acción es real el derecho también es real, es decir, que para que prospere una acción debe encontrarse amparada por un derecho y quien ejercite la acción debe ser el titular de ese derecho, consecuentemente, una acción que es ejercitada por quien no es titular del derecho que se pretende reclamar, o bien, dicha acción no se encuentra amparada por un derecho, no puede prosperar, porque el juzgador no puede resolver sobre la nada jurídica.

En efecto, toda acción debe estar amparada por un derecho, por eso considero que el retracto es un derecho y no una acción, es un derecho de retracto que se constituye como acción en el momento en que es presentada la demanda de retracto en que se reclame el retracto del bien que se pretende retraer ante la autoridad competente y por el titular de ese derecho.

El retracto es un derecho real derivado de la violación del derecho del tanto, en virtud del cual un sujeto llamado retrayente tiene la facultad de exigir a un sujeto llamado enajenante que le venda la parte alícuota del bien sujeto a copropiedad o de un bien arrendado, en los términos del contrato propalado con el adquirente, tercero extraño a la copropiedad o al arrendamiento, subrogándose en los derechos y obligaciones del primer adquirente.

Como quedo establecido en capítulos anteriores, existen autores que opinan sobre la existencia de varios tipos de retracto, los cuales fueron ya enumerados con anterioridad, sin embargo, todos esos tipos de retracto operan en relación a la situación jurídica que les da origen, por ejemplo, el llamado retracto gentilicio de sangre o de abolengo es el que compete a los más próximos parientes del vendedor considerándolos hasta el cuarto grado para retraer los bienes de sus ascendientes por el mismo precio en que aquél los enajenó; el llamado retracto de comuneros es el que compete a los condueños, socios o comuneros de una cosa indivisa para retraer la cosa que alguno de ellos vendiere a un extraño a la sociedad o a la comunidad; y el llamado retracto enfiteútico es el que compete al enfiteuta o superficiario para retraer el dominio de la superficie que se vendiere a un extraño; entre otros tipos de retracto enumerados anteriormente.

Efectivamente, varios autores hablan de distintos tipos de retracto, sin embargo he considerado que no es que existan varios tipos de retracto, el retracto es uno solo, lo que cambia es el objeto y el titular del derecho de retracto, es por esto que considero que el retracto tiene una naturaleza casuística, es decir dependiendo de la situación jurídica en que se presente va a darse la naturaleza jurídica retroactiva. Esta naturaleza casuística existe en el derecho mexicano, la cual se puede ejemplificar con las tesis jurisprudenciales que han quedado transcritas con antelación.

En este orden de ideas, procederemos a hacer un análisis del retracto en base a dichas tesis jurisprudenciales para darnos cuenta que en todos los casos, la pretensión del retrayente es la de atraer para sí lo que le es debido por la violación a un derecho de preferencia. El retrayente que ejercita el

derecho de retracto, ya no busca que se le conceda el derecho de preferencia que le fue violado, el titular podrá ejercitar el derecho real de persecución de la cosa mediante el ejercicio de la acción de retracto aunque desconozca al tercer adquirente, subrogándose en todos los derechos y obligaciones del comprador original.

En jurisprudencias como la denominada "ACCION DE RETRACTO Y DERECHO DEL TANTO", al igual que la denominada "DERECHO DEL TANTO Y DERECHO DE RETRACTO. VENTA EN FAVOR DE UN TERCERO EXTRAÑO A LA COMUNIDAD", la tesis jurisprudencial "DERECHO DEL TANTO Y DERECHO DE RETRACTO (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE COAHUILA)" y en la jurisprudencia denominada, "DERECHOS DEL TANTO Y DE RETRACTO (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL Y DE COAHUILA)" se refiere, la existencia de dos situaciones: cuando la venta está simplemente propalada y cuando está consumada. En el primer caso los copropietarios pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una venta directa del copropietario enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en el segundo caso los copropietarios preteridos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador. Asimismo, la tesis jurisprudencial denominada "ARRENDAMIENTO. DERECHO DEL TANTO Y ACCION DE RETRACTO", al igual que la denominada "DERECHOS, DEL TANTO Y DE RETRACTO. SON LOS QUE PUEDE EJERCITAR EL INQUILINO PRETERIDO, EN CASO DE VENTA DEL BIEN, MOTIVO DE LA RELACION



CONTRACTUAL DE ARRENDAMIENTO" y la jurisprudencia "ARRENDAMIENTO. VIOLACION AL DERECHO DEL TANTO, PROCEDE LA ACCION DE RETRACTO SOLO SI SE EXHIBE POR EL INQUILINO EL PRECIO PAGADO POR TERCERO ADQUIRENTE EN VENTA CONSUMADA", establecen que tratándose de la enajenación que un arrendador hace en favor de un tercero extraño a la relación arrendaticia, se pueden presentar también dos situaciones: cuando la venta está simplemente proplada y cuando está consumada. En el primer caso los inquilinos pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una venta directa del arrendador enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato proplado con el tercero; mientras que en el segundo caso, se está en presencia de una venta consumada, cuyo caso presenta diversas particularidades jurídicas, como son el que exista un precio ya pagado por un tercero, quien adquirió el inmueble cuestionado; asimismo, que para eliminar el obstáculo que significa la presencia de ese tercero, los inquilinos preteridos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copartícipe actor o arrendatario se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador, por otra parte la jurisprudencia establece que es menester que se exhiba con la demanda el precio convenido, lo anterior en virtud de que al necesitarse la subrogación en los derechos y obligaciones del tercero adquirente, es menester que se cumplan las mismas cargas que aquél tuvo que satisfacer, situación que encuentra su apoyo en la norma prevista en el artículo 2306<sup>83</sup> del Código Civil para el Distrito Federal.

---

<sup>83</sup> La jurisprudencia establece que lo dispuesto por este precepto no pugna con lo dispuesto por los artículos 2448-I y 2448-J, del Código Civil para el Distrito Federal, sino que por el contrario viene a complementarlos, al regular los requisitos que deben ser reunidos por quien pretende ejercitar la acción de retracto por la enajenación consumada sin respetarse el derecho de preferencia por el tanto, toda vez que el artículo 2306 establece que si se ha concertado un plazo para pagar el precio, el que tiene el derecho de preferencia no puede

Por otra parte la jurisprudencia señala la improcedencia del amparo contra la venta realizada sin respetar el derecho del tanto del arrendatario, toda vez que reconoce que este no es el medio legal idóneo para obtener la nulidad de la venta realizada, ya que es a través del ejercicio de la acción de retracto, la forma cómo el arrendatario puede obtener dicha nulidad, pero es premisa condicionante exhibir el precio con la demanda

La jurisprudencia "RETRACTO, NATURALEZA DEL DERECHO DE" refiere que el derecho de retracto significa una limitación

---

prevalerse de este término, sino de las seguridades necesarias de que pagará el precio. En relación con el artículo 2448-I que establece que el arrendatario si está al corriente en el pago de la renta tendrá derecho a que en igualdad de condiciones, se le prefiera a otro interesado en el nuevo arrendamiento del inmueble.- Asimismo, tendrá el derecho del tanto en caso de que el propietario quiera vender la finca arrendada; en relación con el artículo 2448-J que establece que el ejercicio de derecho del tanto se sujetará a las siguientes reglas: I) en todos los casos el propietario deberá dar aviso en forma indubitable al arrendatario de su deseo de vender el inmueble, precisando el precio, términos, condiciones y modalidades de la compraventa. II) El o los arrendatarios dispondrán de quince días para notificar en forma indubitable al arrendador su voluntad de ejercitar el derecho del tanto en los términos y condiciones de la oferta. III) En caso de que el arrendador cambie cualquiera de los términos de la oferta inicial estará obligado a dar un nuevo aviso en forma indubitable al arrendatario, que a partir de ese momento dispondrá de un nuevo plazo de quince días para los efectos del párrafo anterior. Si el cambio se refiere al precio, el arrendador solo está obligado a dar este nuevo aviso cuando el incremento o decremento del mismo sea de más de un diez por ciento. IV) Tratándose de bienes sujetos al régimen de propiedad en condominio, se aplicarán las disposiciones de la ley de la materia. V) Los notarios deberán cerciorarse del cumplimiento de este artículo previamente a la autorización de la escritura de compraventa. VI) La compraventa y su escrituración realizadas en contravención de lo dispuesto en este artículo serán nulas de pleno derecho y los notarios incurrirán en responsabilidad en los términos de la ley de la materia. La acción de nulidad a que se refiere esta fracción prescribe a los seis meses contados a partir de que el arrendatario tuvo conocimiento de la realización del contrato. En caso de que el arrendatario no de el aviso a que se refieren las fracciones I y III, de este artículo precluirá su derecho.

al derecho de propiedad <sup>84</sup> del cesionario, que el legislador protege enérgicamente. Esta afirmación es certera, toda vez que por regla general las partes son libres para contratar siempre que esa libertad no se encuentre restringida por las limitaciones de carácter convencional, que son las derivadas de un pacto expreso entre las partes; las de carácter judicial, es decir, de limitaciones impuestas por algún Juez; y las de carácter legal, que tienen su fuente en disposiciones del legislador. Por tanto, los negocios jurídicos como la compraventa serán perfectos cuando reúnan los elementos de existencia y de validez, <sup>85</sup> y en negocios jurídicos como la compraventa se requiere para su celebración la existencia y el consentimiento de dos partes, esferas o centros de interés, el comprador y el vendedor, pero, la noción de parte no debe identificarse con el de persona o sujeto singular, ya que toda parte negocial se puede componer de una persona o de una pluralidad de sujetos, y desde luego puede definirse como un centro de interés que puede corresponder a un sujeto o a una pluralidad de sujetos, y así vemos que los copropietarios, los arrendadores, los condóminos, los copartícipes, entre otros, que venden la cosa común son una parte plúrima, esto es, integrada

---

<sup>84</sup> El derecho de propiedad siempre ha contado con restricciones en beneficio de la colectividad, el artículo 27 constitucional contiene la declaración de principios que norman el derecho de propiedad en la República Mexicana. Artículo 21, 810, 830 y 840 del Código Civil. La legislación mexicana conceptúa el derecho de propiedad como función social, como podemos apreciarlo en la Ley Federal de la Reforma Agraria en sus artículos 55, 62, 76, 56, 63, 65, 112. O como sucede en casos de expropiación por causa de utilidad pública. El Estado tiene sobre sus bienes un verdadero derecho de propiedad pero siempre proyectándolo hacia el interés general

<sup>85</sup> Los elementos de existencia de los contratos se encuentran regulados en nuestro Código Civil en el artículo 1794 que establece que estos deben ser el consentimiento y el objeto, y los elementos de validez se encuentran regulados en el artículo 1795 del mismo ordenamiento interpretado a contrario sensu, toda vez que en el se determina que el contrato puede ser invalidado: I) Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II) Por vicios del consentimiento; III) Porque su objeto, o su motivo o su fin sea ilícito; IV) Porque el consentimiento se haya manifestado en la forma que la ley establece.

por una pluralidad de personas, y si varios compradores conjuntamente adquieren una cosa, ello origina una copropiedad.<sup>86</sup>

Por otra parte, la jurisprudencia refiere otro caso en el que se puede presentar la figura jurídica materia del presente estudio, así la jurisprudencia denominada **"DERECHO AL TANTO Y RETRACTO, PREFERENCIA ENTRE EL USUFRUCTUARIO Y EL COPROPIETARIO CUANDO AMBOS GOZAN DEL (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE JALISCO)"**, determina que el usufructuario goza del derecho del tanto pero no, que lo pueda hacer valer frente a los copropietarios de la nuda propiedad, porque el derecho del tanto, únicamente se concede a las personas que tienen el mismo interés entre sí, que exista comunidad de intereses, o sea entre los que tienen un derecho de igual naturaleza, aunque verse sobre la misma cosa, como sucede entre los copropietarios, entre los coherederos o entre los socios y sucederá lo mismo, en este caso el nudo propietario y el usufructuario resultan titulares de derechos reales distintos, por tanto, el usufructuario es extraño a los copropietarios, además de que el usufructuario no es dueño ni cuasi dueño directo ni útil de la cosa, en este orden de ideas, tiene preferencia el comunero con relación al usufructuario.

Por otra parte, la propia jurisprudencia reconoce que la procedencia de la acción de retracto da lugar a que el retrayente se subroge en los derechos y obligaciones del comprador originario, sin embargo, en tesis jurisprudenciales como la denominada **"RETRACTO, NULIDAD**

---

<sup>86</sup> Muñoz Luis DR. La Compraventa. Editorial: Cárdenas Editores y Distribuidores. México, 1976. p. 108.

**PROVENIENTE DE UNA VENTA A UN TERCERO EXTRAÑO A LA COMUNIDAD, CARACTERÍSTICAS DE LA"**, se establece que por la acción de retracto se nulifica la venta celebrada con el tercero extraño a la copropiedad, sin embargo agrega que, esa nulidad no tiene por objeto volver las cosas al estado que antes tenían puesto que no tienen el efecto de que el comprador devuelva el precio al vendedor y este recupere la propiedad de la cosa, sino que por el retracto el copartícipe actor se subroga en los derechos del comprador, de modo que a éste le devuelve el precio y es este quien le entrega la cosa, aludiendo que se trata de una nulidad con características especiales que la distinguen de la generalidad de las nulidades. Esta afirmación nos lleva a hacer una reflexión acerca de los efectos de la subrogación y los efectos de la nulidad para vislumbrar si el retracto tiene efectos subrogatorios o anulatorios.

A pesar de que en nuestra Suprema Corte ha considerado procedente la acción de retracto tratándose de transmisión de la propiedad a título gratuito, como la herencia, parecería ser inexacta dicha afirmación porque una de las condiciones necesarias para que opere es que se exhiba el precio de la cosa que se enajenó a un tercero extraño, y tratarse de situaciones jurídicas en las que existe violación a un derecho de preferencia, si tomamos en cuenta los criterios sustentados por la jurisprudencia mexicana y de conformidad con los artículos 2248, 2095 y 2096 Código Civil para el Distrito Federal, por tanto es posible considerar que la acción de retracto opera cuando se trate de contratos onerosos como lo son la compraventa y la dación en pago. En este orden de ideas, la jurisprudencia hace alusión al retracto en caso de que un heredero enajene a un extraño sus derechos hereditarios sin hacer la notificación exigida por el artículo 1292 del Código Civil para el Distrito

Federal, en la jurisprudencia denominada "**DERECHO DEL TANTO, TERMINO PARA EJERCITARLO**", en este caso el coheredero no está obligado a expresar su deseo de adquirir la porción enajenada cuando la venta ha sido consumada, porque en ese caso la acción de nulidad sirve de medio para ejercer ese derecho, considerando que tal acción de nulidad constituye medio para que se realice el derecho conocido con el nombre de retracto. Ahora bien, la jurisprudencia que versa sobre "**DERECHO DEL TANTO DE LOS COHEREDEROS, ACCION DE RETRACTO COMO CONSECUENCIA DEL. LEGISLACION DE TAMAULIPAS**". establece que debe entenderse que la nulidad de la venta a un extraño por el heredero de parte de los bienes que le pertenecen en mancomún, por la falta de notificación a sus coherederos, acerca de las bases o condiciones en que se haya concertado la venta, a fin de que éstos hagan uso del derecho del tanto, ha sido establecida por el Código Civil del Estado de Tamaulipas, para que, como consecuencia de la nulidad decretada, el que la pidió, adquiera las cosas vendidas, por el mismo precio en que el extraño las compró de modo que si la ley obliga a vender, cuando los herederos aceptan hacer uso del derecho del tanto, con mayor razón obliga, en el caso de nulidad de esa venta, por falta de notificación a aquéllos. Aquí nuevamente entramos en el conflicto de ideas tendientes a saber si el retracto tiene efectos subrogatorios o anulatorios.

El copropietario o el arrendatario tiene derecho del tanto o por el tanto cuando el enajenante le ha notificado obre su deseo de vender el bien, para lo cual el arrendador o el copropietario debe dar aviso al enajenante sobre su deseo de hacer el uso de ese derecho para lo cual tiene un término establecido por la ley, pero una vez concluido éste, surge el fenómeno de la caducidad; sin embargo, mientras no se haga la notificación de la venta, ésta

no producirá efecto alguno. En tales condiciones, y teniendo en cuenta la doctrina sobre el derecho procesal y aun la misma legislación vigente en el Distrito Federal y en varios Estados que la han adoptado, y que admiten la existencia de las acciones declarativas y sus consecuencias jurídicas inmediatas, resulta que se puede accionar válidamente para obtener una sentencia de declaración, en el sentido de que la venta hecha por el enajenante, sin la notificación respectiva, es nula o inexistente, porque la propia ley dispone que mientras no se haga esa notificación respecto a las condiciones de la operación y el precio de la misma, la operación no produce efecto legal alguno, debiendo obtener la sentencia declarativa de nulidad de la operación, debe requerirse al obligado al tanto, para que se verifique la compraventa con el propio actor; en los términos que la ley señala, y en caso de que se allane, ocurrir judicialmente para obtener una sentencia de condena en la que se imponga al obligado necesidad de verificar el contrato con el actor, en las mismas condiciones y en el mismo precio con que se había propalado la primitiva operación.

Existe otro caso por el que puede operar el retracto, esto es al tratarse de venta de créditos litigiosos, en este orden de ideas, la Corte ha determinado en la jurisprudencia **"RETRACTO, CONSIGNACION DEL PRECIO EN CASO DE"**, que el requisito para verificar la consignación del precio, se impone tratándose del retracto litigioso, pues en él, el cesionario se ve constreñido a recibir en pago del crédito, no su importe, sino la cantidad que pagó al cedente por la transmisión, pero en el retracto legal, cuya mira es distinta, no es justificada esa consignación, ya que si se ha contratado una venta a plazos por ejemplo, el copropietario debe sustituir al comprador en las mismas condiciones".

Para abundar un poco más en este tema, procederemos a tratar lo que en el derecho se ha llamado el retracto de colitigantes; en efecto, Tomás Muñoz Rojas,<sup>87</sup> catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Granada, ha escrito un artículo en la Revista de Derecho Privado intitolado "Vigencia del Retracto de Colitigantes", en el que explica que la transferencia del crédito litigioso, consiste primordialmente en el cambio de titularidad del mismo, esta transferencia consiste en la cesión o venta a un tercero del derecho de crédito litigioso aportado, deducido, debatido y discutido en el proceso declarativo o de cognición, que forma parte de la cuestión de fondo del proceso jurisdiccional declarativo; estima que es litigioso el crédito que se discute en el proceso en el que ya se haya contestado la demanda y que no es litigioso el crédito que se encuentre afectado, trabado o embargado para garantizar o asegurar el derecho del acreedor, demandante o ejecutante, tampoco es litigioso el crédito que sea objeto de apremio, realización, expropiación o ejecución procesal, forense. coactiva y jurisdiccional, es decir que únicamente es crédito litigioso el que se discute a través del juicio declarativo y está llamado a resolverse y decidirse en la sentencia de este carácter. Afirma que se trata de una pretensión procesal que es diferente a la pretensión material, derecho de exigencia o lado activo de la relación jurídica. En principio el titular del crédito tiene la libertad de venderlo o enajenarlo a quien quiera, salvo que se trate de créditos personalísimos, intransferibles, accesorios e indisponibles por la ley o pacto. En este orden de ideas, Tomás Muñoz Rojas nos explica que la figura del retracto litigioso se originó para suprimir o aminorar la ambición de los liberadores y compradores de cosas y

---

<sup>87</sup> Muñoz Rojas, Tomás. Revista de Derecho Privado. Vigencia del Retracto de Colitigantes. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid. Enero de 1998. p.p. 3-11.



créditos litigiosos a bajo precio o en condiciones leoninas, ya que en el juicio el deudor o demandado podía oponerle la *exceptio legis anastasiae*, a fin de obtener la disminución del crédito, es decir, se concedió la facultad jurídica al deudor de atraer, retraer o captar para sí la titularidad y la propiedad plenas del derecho litigioso y con ello se concluye el juicio declarativo. Por otra parte, este catedrático señala que a diferencia de otros retractos, el retracto litigioso se concentra primordialmente en la extinción de una obligación y no en la adquisición de un derecho o un bien como sucede en los demás retractos, en virtud de la confusión o mezcla de las titularidades propias de la relación personal. Finalmente, destaca los presupuestos elementales que se deben destacar para la procedencia del retracto de crédito litigioso, entre los que enumera: la existencia de un crédito judicial o procesalmente discutido, incierto y polémico; la transmisión del mismo a persona distinta de las partes procesales y el ejercicio del derecho en el plazo legalmente oportuno.

De esta forma hemos concluido con el apartado de referente a la naturaleza jurídica del retracto, concluyendo en que su naturaleza es casuística y que depende de la situación jurídica concreta que se presente para definir la naturaleza del retracto.

### ***3.4 ESTUDIO COMPARATIVO DEL RETRACTO CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS CUYA FINALIDAD ES TAMBIEN LA DE RETRAER***

En torno a la noción del retracto, procederemos ahora al estudio de algunas figuras jurídicas que tienden a confundirse con la del retracto, y que

en cierta forma su finalidad también sería la de retraer, procediendo en los siguientes términos:

**LA RETROVENTA** <sup>88</sup> En el Diccionario Jurídico Mexicano, se define al pacto de retroventa como "la clausula que las partes pueden convenir en la celebración de un contrato de compraventa, en virtud de la cual se establece la posible recuperación posterior de la cosa vendida por parte del vendedor inicial. En el derecho romano, el pactum de retrovendendo era una especie de los pacta adiecta que tan frecuentemente fueron utilizados por los ciudadanos romanos. Estos pacta adiecta consistían en simples cláusulas que estipulaban la intromisión de determinadas condiciones particulares en el ámbito general de la compraventa, entre las que se encontraba el pacto de retrovendendo que consistía básicamente en la reserva del derecho del vendedor para comprar nuevamente el objeto vendido en la primera operación. El Código Civil de 1884 recogía en u

---

<sup>88</sup> Esta figura jurídica, al ser equiparada con el retracto por los doctrinarios del derecho civil, la explican aludiendo que se pueden presentar dos situaciones: en primer lugar, si las partes convinieron en la nulidad de la venta efectuada con un tercero como consecuencia de la falta de notificación del deseo de vender del enajenante, se estará frente a una especie de retracto convencional, porque si la venta se realiza a otra persona en violación al pacto de retroventa el retrayente, vendedor primario, podrá exigir la nulidad de pleno derecho de la enajenación efectuada; pero si solo se fijó como sanción a la falta de notificación de la enajenación el pago de daños y perjuicios se estará frente aun pacto de preferencia, lo anterior de acuerdo a las estipulaciones hechas en el pacto celebrado.

Incluso, la tesis jurisprudencial emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, titulada "VENTAS CON PACTO DE RETRACTO", se presta a ciertas confusiones, ya que establece: "El decreto 20 de octubre de 1915, expedido en Tabasco, sólo afecta a las escrituras de venta con pacto de retracto, no vendidas en la fecha de expedición. (Quinta Epoca. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XII. Página: 35. TOMO XII, Pág. 35.- Amparo Directo.- Blasnich viuda de Fojado Francisca.- 4 de enero de 1923.)", con lo cual se equipara la figura del retracto con la retroventa y como se ha visto a lo largo del presente trabajo, estas dos figuras jurídicas son distintas.

artículo 2901 la institución en análisis, si bien limitaba u ejercicio a los casos de compraventa de inmuebles y por un tiempo máximo de cinco años. Sin embargo, ésta, en apariencia inofensiva modalidad contractual, daba lugar a grandes y graves consecuencias: con frecuencia el contrato disimulaba una operación usuraria, donde la fachada de la compraventa escondía un contrato de mutuo, por medio del cual el mutuante se garantizaba la restitución del dinero prestado con la cosa supuestamente vendida. En los casos de gran desproporción entre el precio inicial y el posterior, la venta podía resultar claramente leonina. Seguramente tomando en cuenta todas estas razones, el Código Civil consignó en su artículo 2302 una negativa expresa y tajante a la procedencia de la retroventa; incluso extendió radicalmente la negativa al caso de la simple promesa de venta de un bien inmueble que ya haya sido transmitido con anterioridad entre los mismos contratantes".<sup>89</sup>

En cierta forma se podría entender que la figura en estudio tiene como finalidad también la de retraer, pero a diferencia del retracto, la retroventa es un pacto mediante el cual el vendedor se reserva el derecho para comprar nuevamente el objeto vendido, y el retracto es un derecho que se le concede al copropietario, coposedor de la cosa proindiviso por la violación de su derecho del tanto, al no haberles notificado el vendedor su deseo de vender, por medio del administrador, de notario o judicialmente, a fin de que hicieran uso de su derecho del tanto.

**LA REVERSION DEL BIEN EXPROPIADO.** Es propio explicarla dando el concepto que mediante Tesis Jurisprudencial emitió la

---

<sup>89</sup> Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial: Porrúa y UNAM. México. 1988. Segunda Edición. p. 2306 y 2307.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, definiéndola como "la institución a través de la cual se concede un derecho subjetivo al antiguo propietario de un bien expropiado para readquirirlo cuando transcurrido el plazo de cinco años no se haya destinado al fin previsto en el decreto expropiatorio, sea por causas imputables a la autoridad expropiante o al beneficiario, o por razones incluso de orden público no imputables a ellos. En este sentido, la falta de aplicación del bien al fin de la expropiación no supondrá en todos los casos una conducta antijurídica de la autoridad o del beneficiario pues bien puede obedecer a fenómenos ocurridos con posterioridad a la expropiación que haga inconveniente o inoportuna la ejecución del decreto, como sucedería por ejemplo con la congelación de partidas presupuestales, la cancelación de programas de obras públicas, o una necesidad colectiva de atención prioritaria. Sin embargo, cualquiera que fuera el motivo del incumplimiento, tendrá el antiguo propietario del bien la acción real de retracto, es decir, de reversión. (Séptima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 217-228 Sexta Parte. Página: 567. **TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO**. Amparo directo 673/85. Sistema de Transporte Colectivo (Metro). 26 de mayo de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.)".

La reversión de un bien no es retracto, aunque también es un acto de retraer, pero en este caso la reversión es un derecho generado por incumplimiento a un decreto expropiatorio.

José Antonio Ramos Medrano, en la obra intitulada Los Derechos de Tanteo y Retracto en la Legislación Urbanística, hace una observación en la

que alude que "los derechos de tanteo y retracto presentan algunas características comunes, con la expropiación forzosa, en la medida en que ambos supuestos son configurados como instrumentos de intervención administrativa para la adquisición de bienes por parte de la administración. La diferencia radica en que en los derechos de tanteo y retracto la iniciativa corresponde al propietario del bien que es el que libremente decide efectuar la transmisión en un momento determinado, por lo que tiene un carácter voluntario, mientras en la expropiación, la transmisión de la propiedad se efectúa de forma obligatoria, correspondiendo a la Administración decidir el momento en que debe efectuarse la adquisición del bien al margen del cual sea la voluntad del propietario".<sup>90</sup>

En esta observación que hace al respecto José Antonio Ramos Medrano, difiero un poco, ya que como lo hemos venido argumentando a lo largo del presente estudio, el acto de transmisión de la propiedad en el retracto no es un acto voluntario, toda vez que el derecho a exigir la transmisión del bien por parte del retrayente es generada a raíz de la omisión del vendedor de notificar al copropietario su derecho del tanto. En cambio, el derecho del tanto es voluntario cuando es notificado oportunamente el copropietario su carácter preferente para adquirir la cosa.

Anteriormente nos preguntábamos que si la Administración podía ejercitar el derecho del tanto y de retracto en materia de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico, lo cual resolvemos afirmando que este acto

---

<sup>90</sup> Ramos Medrano, José Antonio. Los Derechos de Tanteo y Retracto en la Legislación Urbanística. Editorial: Dykinson. Madrid, España, 1995. p. 29.

es una expropiación forzosa y no precisamente un acto de retraer aplicable cuando sea en beneficio del interés público.

En la legislación mexicana se entiende el derecho de propiedad como función social, pero este derecho de propiedad siempre ha contado con restricciones en beneficio de la colectividad, aunado a que el Estado tiene sobre sus bienes un verdadero derecho de propiedad pero siempre proyectándolo hacia el interés general, a través de sus entidades en los términos que disponen las leyes específicas sobre la materia.

En este orden de ideas, el artículo 27 Constitucional establece que "la Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana".

**LA REIVINDICACION.** Explicamos en el capítulo anterior que Eduardo Pallares en su "Tratado de las Acciones Civiles" conceptúa la denominada **ACCIÓN REIVINDICATORIA** definiéndola como "la acción real que compete al propietario contra quien posee la cosa para obtener la entrega de la misma, sus frutos y acciones".<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> Pallares, Eduardo. Tratado de las Acciones Civiles. Editorial: Porrúa. Sexta Edición. México, 1991. p. 109.

Afirma que es una acción real, declarativa y de condena que se sigue en juicio ordinario y que puede ser mobiliaria o inmobiliaria, añade que puede ser cualquier cosa material, mueble o inmueble con tal de que esté determinada en forma tal que no haya duda sobre cuál sea la cosa que el actor exige al demandado. Para que proceda la reivindicación es necesario que el titular de la acción sea propietario y no estar en posesión del bien; sin que sea necesario que exista despojo, únicamente basta que el poseedor del bien se niegue a restituirlo. El reivindicante debe probar que es propietario de la cosa mediante un título originario o derivado de la propiedad; que el demandado es poseedor o detentador; la identidad de la cosa que demanda con la que posee, detenta o ha poseído el demandado; el monto de daños y perjuicios.<sup>92</sup>

Si prospera la acción reivindicatoria, el demandado debe ser condenado, a entregar la cosa, o a pagar su precio si la cosa ya no existe, la cosa ha de ser entregada en el estado que tenía en el momento en que se presentó la demanda, la restitución comprende el pago de daños y perjuicios que la privación de la posesión ha producido; los gastos de la entrega son a cargo del demandado. Aunado a lo anterior, nos dice Pallares que la cosa debe ser devuelta con todos sus frutos y accesiones.<sup>93</sup>

Al ejercitar la acción de retracto, el titular del derecho de retracto debe exhibir el precio de la cosa junto con su escrito inicial de demanda, debe probar que el vendedor de la cosa omitió notificarle el derecho del tanto en términos de ley, debe acreditar su carácter de copropietario, coheredero, arrendatario o su calidad preferente y debe probar que el bien fue transmitido

---

<sup>92</sup> Pallares, Eduardo. Ob. cit. p.p. 107-113.

<sup>93</sup> Pallares, Eduardo. Ob. cit. p. 113.

a un tercer adquirente ajeno a la copropiedad o a la comunidad, por tanto, la acción reivindicatoria aunque tiene la finalidad de atraer un bien, sus efectos son distintos a los que tiene la figura jurídica del retracto y por tanto deben ser considerados conceptos jurídicos distintos.

### ***3.5 LA INFLUENCIA DE LOS CAMBIOS SOCIALES PARA MOTIVAR LAS REFORMAS A LA LEGISLACION***

Como lo exprese en el capítulo respectivo, la falta de regulación expresa de la figura jurídica de retracto en nuestro derecho, provoca que los criterios aplicables al respecto diverjan, y que solamente los sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sean las únicas fórmulas plenamente constituidas y de estricto imperio existentes para la reglamentación de esta institución en México.

La figura jurídica del retracto es un tema de actualidad que ha sido tratado por algunos juristas del Centro de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, tal como se desprende de la Revista intitulada "Anales de Jurisprudencia"<sup>94</sup>, en el cual se encuentra un artículo sobre la denominada acción de retracto, donde los juristas reflexionan sobre esta figura jurídica y explican la trascendencia que tiene en nuestro sistema jurídico mexicano, señalando la necesidad que existe de que se incluya de forma expresa en nuestra legislación abriendo causas para saludables innovaciones que incorporadas al mundo jurídico acepten los cambios sociales con sentido de adaptación al tiempo, tendiendo a armonizar, en lo

---

<sup>94</sup> Anales de Jurisprudencia. Editorial: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Tomo 200. Tercera Epoca. México, 1990. p.p. 117 - 126.



posible, el tratamiento de los problemas que le son comunes a las distintas áreas que integran nuestro sistema jurídico, procurando evitar un procedimiento contradictorio generado por la ausencia de compilación y difusión de conceptualización jurídica, debido al cambio social consistente en la sectorización de los juicios por materias civil, familiar y arrendamiento, respecto de temas como el retracto que encuadra dentro de la órbita de interés de todas ellas, toda vez que el ámbito jurídico diario plantea multitud de problemas que deben ser resueltos por los jueces mediante el derecho.

En efecto, lo cambio sociales deben motivar las reformas a la legislación, ya que los códigos no son un conjunto de fórmulas inmutables, y por tanto son susceptibles de cambios sociales para que los jueces acierten resolviendo conforme a un derecho actual, por lo cual se propone una armonización de criterios en las áreas familiar, civil y de arrendamiento, para hacer el planteamiento respecto a la forma en que debe legislarse para la aplicación del derecho del tanto y de retracto, ejercitada por un inquilino, por un coheredero o un copropietario, para saber si compete conocer a un juez civil, al de arrendamiento o al juez de lo familiar.

Cada vez se hace más perceptible la desconexión que existe entre el derecho y las realidades sociales que hoy vive el mundo, en virtud de que si consideramos que derecho tiene un aspecto normativo que debe encuadrarse a los fenómenos jurídicos que se advierten en una sociedad, se denota el retraso que existe en la normatividad respecto de las exigencias de la sociedad actual y que las elaboraciones teóricas respecto a las instituciones jurídicas, poco avanzan, lo que hace de la legislación positiva algo ineficiente e inactual, toda vez que se evidencia el alejamiento del derecho normativo de la realidad

jurídica. Para dar solución a tal problemática, los juristas deben obtener información apropiada y reciente sobre el acontecer social y utilizarla junto con sus conocimientos técnicos, en beneficio efectivo de una mejor organización social, para lograr un derecho actual y eficiente.

Eduardo Novoa Monreal, en su obra intitulada 'El Derecho como Obstáculo al Cambio Social', afirma que "el Derecho se presenta y vale como un instrumento de organización social, que debe ser puesto al servicio de la sociedad y de los hombres que la integran, para facilitar y permitir una forma de estructura y de relaciones sociales que asegure a todos los individuos su más pleno desenvolvimiento humano, dentro de una sociedad capaz de promoverlo y asegurarlo. Mirado en esa perspectiva, el Derecho recobra toda esa vitalidad y grandeza que lo aureolaron en otra época, pero esto no en razón de ilusorias concepciones metafísicas, sino en virtud del aporte cierto y eficaz que podría dar en pro de una mejor sociedad humana y del bien de cada uno de sus miembros".<sup>95</sup>

En los sistemas legislativos latinoamericanos podemos apreciar características semejantes y no es de extrañar que la legislación latinoamericana tiene una clara filiación con el sistema jurídico continental europeo, principalmente el francés, ya sea en forma directa, o a través de otras legislaciones como la española, italiana o alemana, que a su vez fueron influidas por la legislación francesa a principios del siglo antepasado, influencia que se evidencia principalmente en el ámbito de la codificación.

---

<sup>95</sup> Novoa Monreal, Eduardo. *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*. Editorial: Siglo XXI. Séptima Edición. México, 1985. p. 17.

"De 1804 a 1810 Napoleón dicta en Francia cinco grandes cuerpos legislativos que la historia ha denominado 'Los Cinco Códigos': el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, el Código de Comercio, el Código Penal y el Código de Instrucción Criminal. De ellos el que alcanzó mejor prestigio fue el primero, pues de una manera u otra inspiró a toda la legislación estricta continental. Su influencia fue inmensa y su acogida amplia".<sup>96</sup>

"Según Ripert, el siglo XIX fue un gran siglo jurídico, tal vez el más grande que Francia haya conocido. Produjo la obra más grandiosa que haya sido realizada desde los tiempos de Justiniano, obra inspirada en tan amplio humanismo que a servido de modelo a muchos países de Europa y América Latina. El Código Civil, impregnado del razonamiento romano y del ideal cristiano, ha establecido un derecho común que se ha constituido en base de todas las sociedades civiles de Occidente Cristiano. Esta obra ha permitido el nacimiento y desarrollo del capitalismo moderno, en forma que, todo nuestro Derecho está actualmente impregnado del espíritu capitalista, pues ha aceptado y alentado la producción con miras a la ganancia, con búsqueda de la utilidad ilimitada, siendo el fin y la preocupación constante de la empresa capitalista la producción de esas utilidades. Cada hombre ha tomado como ideal de vida encontrar la felicidad en la riqueza, aunque no tanto por el deseo de goce de los bienes materiales, cuanto por el poder que la riqueza da en el sistema social en que vivimos...".<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Novoa Monreal, Eduardo. Ob cit. p.p. 19 y 20.

<sup>97</sup> Novoa Monreal, Eduardo. Ob cit. p.p. 21.

La misma influencia se denota en los Códigos Civiles de 1884 y 1928, aunque -afirma Novoa- en este último se pretendía apartarse de la tendencia individualista que predominaba en el derecho romano, en la legislación napoleónica y en gran parte del Código de 1884, para optar por la vía de una socialización del derecho, propósito que no fue alcanzado sino hasta finales de la Primera Guerra Mundial, época en que se produjo en la mayoría de los países latinoamericanos una gran inquietud social, cuyo clímax en México se dio con la Revolución Mexicana de 1910, fecha en que se iniciaron una serie de movimientos sociales y una serie de intentos legislativos de carácter social en los que se pretendía favorecer a los más desprotegidos, de donde surgieron varias leyes de ayuda a la clase trabajadora, señalando derechos laborales, de seguridad, asistencia, previsión social y mejoramiento en general de las condiciones de vida.

Por todo lo anterior, encontramos en nuestra legislación una verdadera "disociación legislativa interna" <sup>98</sup> dentro de nuestro sistema jurídico nacional, porque nuestra codificación, por una parte se conserva la inspiración liberal individualista de la legislación europea; y por otra, se incorpora una cantidad apreciable de leyes con sentido social.

Tal situación, la podemos apreciar en instituciones jurídicas como la de la propiedad, y hacemos referencia a esta figura jurídica porque el derecho de propiedad siempre ha tenido ciertas limitaciones, es por eso que el retracto se ejercita principalmente con el fin de que el retrayente atraiga para sí la

---

<sup>98</sup> Este término lo utiliza Novoa Monreal para explicar la coexistencia, paralelismo, fusión o integración que se puede encontrar en la codificación de una nación, derivada de codificaciones de sistemas jurídicos diversos, para formar un ordenamiento sistemático único. (Ob. cit. p. 24).

propiedad del bien que dejó de adquirir por no habersele notificado el derecho del tanto, ya que el vendedor tenía el derecho de disponer de la parte alícuota pero con las limitaciones de orden público para esa disposición.

Se han sucedido una serie de cambios en la normatividad por las repercusiones sociales; en principio, en el derecho romano "la propiedad descansa sobre las bases más sólidas de exclusividad y plenitud con escasas limitaciones <sup>99</sup> , fue considerada como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, para usar, disfrutar y disponer de la cosa sobre la que se ejerció" <sup>100</sup>.

Durante la Edad Media, el régimen más difundido para la explotación de la tierra fue el que reservaba el dominio directo al señor y concedía el dominio útil a quien la trabajaba, mediante cargas o gravámenes. El señor feudal tenía el derecho para usar, disfrutar y disponer de los bienes y también de los vasallos, convirtiéndose así prácticamente en un órgano de Estado, debilitándose la autoridad nacional de los reyes por el poder de los grandes señores. <sup>101</sup>

Con la Revolución Francesa la propiedad no otorga soberanía, imperio, poder o privilegios sino que simplemente es un derecho real de

---

<sup>99</sup> Esas limitaciones o restricciones en dicha época se pueden catalogar bajo el nombre de *pati* (tolerar), que de la obligación es uno de sus elementos, entre los cuales encontramos el objeto que consiste en un dar, un hacer, un no hacer o *pati*; por ejemplo: cuando la pared de un edificio se encorvaba sobre un terreno vecino, o como sucedía en el caso de molestar con el humo al vecino. (Ver la obra de Morineau Iduarte Martha y Román Iglesias González. Derecho Romano. Editorial: Harla. Segunda Edición. México, 1992. p. 145.)

<sup>100</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. p. 326.

<sup>101</sup> Ver la obra de Bolaños Martínez, Raúl. Historia 2 Nuestro Pasado, Sociedad y Civilizaciones de la Edad Antigua y la Época Feudal. Editorial: Kapelusz Mexicana, S.A. de C.V. p.p. 223 - 227.

carácter privado para usar y disponer de una cosa. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el concepto de derecho de propiedad esta impregnado por una doctrina netamente individualista, proteger el derecho de propiedad a favor del individuo para sus intereses personales, "siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada lo exija evidentemente, y bajo condición de una justa y previa indemnización".<sup>102</sup>

Napoleón unificó las leyes francesas mediante la formulación de distintos Códigos, el primero denominado Código Civil Francés o Código de Napoleón <sup>103</sup>, contempla la propiedad como el derecho de gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta, con tal de que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos.

En nuestro país en la época precolonial la organización de la propiedad distaba mucho de satisfacer las necesidades de las sociedades indígenas; "el pueblo reconocía y respetaba la desigual distribución de la tierra, porque reconocía y respetaba las desigualdades sociales" <sup>104</sup> , sin embargo, a medida que pasaba el tiempo, la miseria iba sembrando el descontento entre las masas. El indio estaba considerado por las leyes

---

<sup>102</sup> Ver la obra de Secco Ellauri, Oscar; y Pedro Daniel Baridon. Historia Universal, Época Contemporánea. Editorial: Kapelusz. Duodécima Edición. Buenos Aires, 1972. p. 29.

<sup>103</sup> Este Código apareció en momentos en que el mundo carecía de una clara ordenación jurídica, y por ello fue adoptado por casi todas las naciones no sólo en Europa, sino también en América. Sus principios, por otra parte se han mantenido con algunas modificaciones, hasta hoy. (Ver la obra de Secco Ellauri. Ob cit. p. 61.)

<sup>104</sup> Mendieta y Nuñez, Lucio. El Problema Agrario en México. Editorial: Porrúa S.A. Novena Edición. México, 1966. p. 19.

españolas como incapaz y para protegerlo respecto de su persona y de sus bienes, se expidieron numerosas leyes, que la mayor parte de las veces fueron letra muerta, porque siguieron sicitándose abusos contra los indígenas. "A principios del siglo XIX, el número de indígenas despojados era ya muy grande; llegaron a formar una masa de individuos sin amparo a toda clase de desórdenes" <sup>105</sup>, lo cual, fue una de las principales causas de la guerra de independencia. Al presentare al gobierno el problema de las grandes concentraciones de tierras en manos del clero se originó la decadencia en el erario, por falta de circulación de bienes y el estancamiento de capitales, problema que alcanzó su máximo desarrollo en 1830. "Los gobiernos subsecuentes a la guerra de Independencia, pretendieron resolver el problema por medio de leyes de colonización, y de baldíos cuyo objeto era distribuir equitativamente a los habitantes aborígenes sobre el territorio, extender al mayor número de beneficio de la propiedad territorial y aumentar las fuerzas sociales del país provocando la inmigración de extranjeros. Estas leyes no lograron su objeto, dieron lugar a la formación de las Compañías Deslindadoras, y provocaron una baja considerable en el valor de la propiedad agraria por cuanto sembraron la inseguridad en los derechos de posesión de la tierra y en la legitimidad de los títulos. También se pretendió resolver el problema agrario individualizando la propiedad comunal y destruyendo la amortización eclesiástica la individualización de la propiedad comunal de los indios, propiedad ya muy mermada fines de la época colonial, aceleró su decadencia, porque siendo éstos, como son, esencialmente imprevisores, tan pronto como tuvieron la libre disposición de sus bienes concertaron y llevaron a cabo enajenaciones ruinosas. Por ese motivo hubo un exceso de hombres de campo desprovistos de toda propiedad, quienes, al

---

<sup>105</sup> Mendieta y Nuñez, Lucio. Ob. cit. p. 82.

quedarse sin fortuna y al carecer del refugio que les proporcionaba, en cierto modo, el ejido del pueblo, se dedicaron a trabajar a jornal en las haciendas cercanas o engrosaron las filas de los diversos grupos revolucionarios que por entonces agitaban el país" <sup>106</sup>. El éxito de la Revolución de 1910 se debió al descontento de las masas rurales por la pésima distribución de la tierra. Tanto la Constitución de 1857 como la Constitución de 1917 en su artículo 27 contemplan normas sobre la propiedad artículo, principalmente la Constitución de 1917 en su artículo 27 contiene la declaración de los principios fundamentales que norman el derecho de propiedad en la República Mexicana, en el referido artículo -reseña Mendieta y Nuñez- se contiene "el problema agrario en todos sus aspectos y trata de resolverlo por medio de principios generales que habrán de servir de norma para la redistribución del suelo agrario mexicano y el futuro equilibrio de la propiedad rústica". La legislación mexicana niega el derecho de propiedad de carácter absoluto, en nuestro derecho la propiedad es el derecho de usar y disponer de una cosa con las limitaciones que fija la ley, conceptuándose el derecho de propiedad como función social, con restricciones en beneficio de la colectividad.

Históricamente se determina que el hombre primitivo primero conoció la figura de la posesión, luego la propiedad sobre objetos muebles y semovientes, porque el hombre primitivo no tenía más derechos sobre las cosas que ocupaba que el de la fuerza, después del régimen comunal dentro del que se desarrollaron los primeros grupos sociales la apropiación de los bienes era comunitaria.

---

<sup>106</sup> Mendieta y Nuñez, Lucio. Ob. cit. p. 145.



Regularmente la cosas pertenecen a un individuo en particular, pero pueden darse manifestaciones contrarias porque puede observarse en un solo bien la pluralidad de personas denominándose copropiedad, la cual se ha convertido en un fenómeno social muy importante en el desarrollo humano, que pretende ser explicado por múltiples ramas del saber humano, como la sociología, la filosofía, etc.

Según Guillermo Cabanellas "la copropiedad es el dominio de una cosa común por varias personas".<sup>107</sup>

En las antiguas civilizaciones fue poco estudiada, pero es evidente que se trata de una institución muy antigua ya que fue de gran importancia en el desarrollo de la humanidad. En Roma fue un fenómeno jurídico que se presentaba en relación con objetos del dominio en común de varias personas. En las agrupaciones humanas que vivieron en un estado comunal la posesión y luego la propiedad se detentó en forma colectiva por la familia o por la tribu.

Nos dice el Maestro de la Universidad Nacional Autónoma de México Alfredo Domínguez Martínez, que "La copropiedad tiene su origen en varias hipótesis; entre otras, dos o más personas adquieren la propiedad bajo esa modalidad por cualquiera de las figuras contractuales por las que la propiedad de las cosas se alcance. Tal es el caso de la compraventa, de la permuta, de la donación, etc. Surge por causahabencia mortis causae, es decir, bien sea que el testador disponga que sus herederos o legatarios así adquieran, o bien puede ser que independientemente de tener su origen una

---

<sup>107</sup> Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. T.II C-CH. p. 375.

disposición testamentaria, el objeto de la herencia se aplique en esos términos, aceptarlo voluntariamente los interesados o porque no acepte ser dividido. El régimen de copropiedad no es permanente salvo en excepciones; cualquier copropietario, de acuerdo con los medios establecidos en la ley, podrá promover la terminación de ese régimen. Cuando la pluralidad de sujetos es respecto de su derecho, se estará entonces ante su cotitularidad".<sup>108</sup>

Atendiendo a las necesidades que fueron surgiendo por el incremento tan alarmante de la población al transcurso de los años, ante la escasez de habitación para todas las familias en el Distrito Federal primordialmente y en el resto de la República Mexicana, se hizo necesaria la creación de edificios habitacionales con diversos beneficios para el inquilino, consecuentemente fue necesaria su reglamentación mediante la Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de Diciembre de 1954, que es la Ley Reglamentaria del artículo 951 del Código Civil vigente, que también en su momento contempló la figura jurídica del retracto por violación al derecho del tanto del inquilino para adquirir preferentemente el bien materia de venta.

En efecto, los cambios sociales han motivado las reformas a la legislación y los legisladores deben procurar que el procedimiento aplicable a los supuestos jurídicos reales, no sea contradictorio armonizando en lo posible el tratamiento de los problemas que se suscitan en la sociedad con el derecho aplicable.

---

<sup>108</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob cit. p. 372.

Hemos mencionado que la figura jurídica de retracto, ha sido considerada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estimándose como efecto de la procedencia del retracto que el retrayente se subrogue en los derechos y obligaciones del comprador, sin encontrarse prevista por la legislación dicha subrogación, siendo necesario que la ley la contemple, a fin de que no exista divergencia sobre los criterios que deben ser aplicables en caso de que se presente una contienda en materia de retracto.

## IV. CAPITULO CUARTO

### LA NECESIDAD DE QUE SE INCLUYA EN FORMA EXPRESA EN NUESTRA LEGISLACION EL RETRACTO

#### *4.1 LA POSIBILIDAD DE INCLUIR LA ACCION DE RETRACTO EN EL CAPITULO DE ACCIONES DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL*

El retracto como acción, es una figura jurídica que no se encuentra regulada dentro de nuestra codificación civil y poco de ella se habla en la doctrina; podría considerarse que esto se debe a que la misma no tiene aplicación en nuestro sistema jurídico, sin embargo, en la practica se ha observado que la acción de retracto si tiene aplicación ya que surge como consecuencia de la violación al derecho del tanto o de preferencia consagrado en la codificación civil, resultando que la misma acción no es tan explotada y no se ejercita por las personas a las que se les privó del ejercicio de ese derecho por que gran parte de los estudiosos del derecho, abogados, litigantes y de la sociedad en general desconocen por completo la existencia de dicha figura jurídica.

Celso fue el primer doctrinario que dio la definición de la palabra acción, entendida como "el derecho de perseguir, mediante un proceso, lo que le deben a uno (*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*)" <sup>109</sup>, posteriormente surgió el interés de otros doctores para definir el vocablo acción, el cual tiene en el derecho numerosas acepciones, que han sido examinadas por Chiovenda <sup>110</sup>, quien, explica que a principios del siglo XIX, se renovaron varios estudios sobre el proceso considerándolo como campo de una función y de una actividad estatal donde prevalece la personalidad de los órganos jurisdiccionales y la finalidad de su actuación, que es la satisfacción de los derechos de los particulares, como la realización de la voluntad de la ley; por otra parte, la renovación de los estudios de derecho romano sobre la acción que condujeron a diferenciar claramente el derecho de la prestación, y considerando el derecho de acción como derecho autónomo, como consecuencia de la polémica de Muther; este reconocimiento se hace completo con Adolfo Wach <sup>111</sup>, quien demostró que "la acción, cuando sustituye la falta de realización de la ley debía hacerse mediante la prestación de un obligado, y más generalmente, en los numerosos casos que tienden a la realización de una voluntad concreta de ley tal que no

---

<sup>109</sup> Flores Barraza, Eusebio. *Prontuario General de Derecho Romano*. Editorial: Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1991. p. 166.

<sup>110</sup> Chiovenda, Giuseppe. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Traducción y Compilación: Enrique Figueroa Alfonso. Editorial: Pedagogía Iberoamericana, Clásicos del Derecho. p. 10.

Este autor nos explica que el concepto de acción tiene una estrecha conexión con el de lesión de los derechos por lo que la acción es uno de los derechos que pueden nacer de la lesión de un derecho; y así es como ella se presenta en el mayor número de los casos: como un derecho con el cual, no cumplida la realización de una voluntad concreta de ley mediante la prestación del obligado, se obtiene la realización de aquella voluntad por otro camino, es decir, mediante el proceso.

<sup>111</sup> Nos dice Chiovenda que Wach, es un autor alemán que consideró dentro de los derechos a una prestación, como obligado frente a la acción al Estado, y como contenido de la prestación debida por el Estado, la tutela jurídica; por lo cual definió la acción como "derecho de aquél a quien le es debida la tutela jurídica".

debe ni puede ser realizada de otra manera que en el proceso, es un derecho por sí mismo, distinto del derecho del actor que tiende a la prestación del obligado".<sup>112</sup>

Finalmente, Chiovenda nos proporciona su definición de acción, entendida como "el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley, cuya definición coincide con aquella de las fuentes: *nihil aliud est actio quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*, en la cual es clara la contraposición entre el derecho a lo que nos es debido, y el derecho de conseguir el bien que nos es debido mediante el juicio (*ius iudicio persequendi*)".<sup>113</sup>

Ha quedado explicado con anterioridad que quien ejercite la acción de retracto debe ser titular de el derecho de retracto, toda vez que para el ejercicio de una acción debe preexistir un derecho, hemos hecho también un estudio sobre las acciones dentro de las que podría subsumirse la acción de retracto, concluyendo que aunque la acción de retracto tiene efectos similares a los de otras acciones, en realidad su ejercicio tiene efectos especiales y características diversas.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente, contempla varios tipos de acciones, pero no se contempla concretamente la acción de retracto, el único artículo del capítulo de acciones que se entiende como una restricción a la libertad del comunero para transmitir o comprometer la cosa en común es el artículo 15 del ordenamiento invocado, que establece: "El comunero puede deducir las

---

<sup>112</sup> Chiovenda, Giuseppe. Ob. cit. p. 11.

<sup>113</sup> Chiovenda, Giuseppe. Ob. cit. p. 12.

acciones relativas a la cosa común, en calidad de dueño, salvo pacto en contrario o ley especial. No puede sin embargo transigir ni comprometer en árbitros el negocio, sin consentimiento unánime de los demás condueños"; sin embargo no se hace alusión a la sanción que tendría el comunero en caso de contravenir dicha disposición, y tampoco se hace alusión respecto de la acción que corresponde al condueño que ha sido afectado por la violación al precepto antes referido, por lo que considero que es importante considerar la posibilidad de incluir la acción de retracto en el capítulo de acciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Aunado a lo anterior, y habiendo precisado que la doctrina ha considerado como acción "el derecho de exigir alguna cosa" y el modo legal que tenemos para "pedir en justicia lo que se nos debe por otro", entonces, para ejercitar la acción de retracto debe tenerse correlativamente el derecho de retracto, por medio del cual el retrayente se subroga en el lugar del primer comprador en todos los derechos y obligaciones contraídos en la venta primaria, pero puede darse el caso de que ese bien haya sido enajenado ya varias veces y en este caso por lógica resultaría justo que todas esas ventas se declararan nulas como si nunca se hubieran celebrado.

La compraventa celebrada entre un arrendador o un copropietario y un tercero extraño a la relación contractual, sin que se haya dado aviso en forma indubitable al arrendatario o al copropietario, es decir, violando su derecho del tanto o de preferencia, es el fundamento jurídico que sirve al retrayente para ejercitar su acción de retracto, la cual nace o surge a su favor como consecuencia de la violación mencionada.

En nuestro derecho, el retracto como acción de la persona a quien se violó su derecho del tanto o de preferencia, no se encuentra regulado en nuestra Codificación Civil, es decir, no existe norma jurídica o derecho estricto que lo contemple, por lo que el juzgador ante quien se entabla demanda ejercitando dicha acción, se ve en la necesidad de recurrir a la norma no escrita, que no es la jurisprudencia, para encontrar el fundamento jurídico de la resolución que se encuentra obligado a emitir, conforme a lo establecido en el artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual a la letra dice: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de la ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho", en relación con el artículo 18 del mismo ordenamiento, que establece: "el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia".

La jurisprudencia no es considerada por nuestro derecho como una fuente integrativa del mismo, sin embargo, es frecuentemente utilizada por los juzgadores como fuente interpretativa para encontrar el fundamento jurídico de aquellos asuntos que se le presenten y cuya resolución se encuentran obligados a emitir, no se encuentra fundada en la norma estricta, que es la ley, cubriendo de esta manera las llamadas lagunas de la ley, como consideramos que lo es la figura jurídica de cuyo estudio nos venimos ocupando.

Las jurisprudencias que emiten los Organos de Justicia, en nuestro derecho Mexicano, son la única fuente que nos brinda las particularidades o requisitos que se deben reunir para la procedencia de la acción de retracto, para que dicha acción llegue a prosperar y se consigan los efectos jurídicos



buscados por el retrayente, como es el cambio de situación jurídica del mismo y cuyas ventajas, en cierta forma, son únicamente para el retrayente, dejando a un lado al adquirente o retraído, el cual queda sin protección al ser requerido del bien que posiblemente haya adquirido de buena fe, aunado a que solamente se ha contemplado el retracto de un bien que ha sido transmitido una sola vez, sin considerar que ese bien puede haber sido enajenado ya varias veces, omitiendo la importancia de que esas ventas posteriores sean declaradas nulas para protección total de la nueva situación jurídica del retrayente.

Efectivamente, si con el retracto se logra nulificar las ventas posteriores a la venta original, debe determinarse si la primera venta también debe anularse y si dicha nulidad debe considerarse absoluta o de pleno derecho ante la violación de un derecho público o de interés social, como lo es el derecho del tanto o de preferencia; nulidad que en todo caso deberá distinguirse de otras nulidades, ya que el efecto de esta nulidad no es el de volver las cosas al estado que guardaban antes de la consumación de la compraventa, sino que el retrayente se subroga en los derechos y obligaciones que se pactaron con el comprador originario, en los mismos términos, convirtiéndose el retrayente en propietario del bien objeto del retracto, por efectos de la sentencia que se llegue a emitir.

Es muy importante que se regule sobre el alcance que tiene el ejercicio de la acción en estudio, respecto de la situación jurídica en que se encontrará el retrayente, el adquirente o retraído y el vendedor, porque seguido el juicio de retracto, el juzgador debe dictar la resolución respectiva y contemplar dichos aspectos.

Considero la importancia de que el retracto se regule en nuestra codificación, como un derecho de interés público y de orden social en favor del copropietario, arrendatario o coheredero, debiéndose proporcionar los requisitos necesarios para su procedencia, los cuales deben cubrirse por aquella persona que desee ejercitar la acción para hacer valer su derecho y asegurar su procedibilidad, garantizándose así el derecho del tanto o de preferencia del copropietario, coheredero o arrendatario.

Existen aspectos muy relevantes que exigen la regulación de la institución de retracto en México, tales como los que describiré a continuación:

Es menester considerar que es excesivo el término de diez años que ha establecido la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para el ejercicio de la acción de retracto, porque es una ejecutoria sustentada por la Corte desde 1960, sin que a la fecha se haya actualizado, y hoy en día los medios de comunicación han avanzado evidentemente, teniendo los mexicanos más acceso a esos medios, como lo es el acudir a dependencias del Registro Público de la Propiedad y del Comercio <sup>114</sup> y cerciorarse a favor de quien se encuentran las inscripciones de actos jurídicos realizados respecto de un bien determinado. Debemos tomar en cuenta que esta situación afecta a los terceros adquirentes de buena fe, en virtud de que la titularidad respecto a la cosa que adquirieron se encuentra supeditada a la voluntad de los que

---

<sup>114</sup> El Registro Público de la Propiedad es una institución administrativa encargada de prestar un servicio público consistente en dar publicidad oficial del estado jurídico de la propiedad y posesión de los bienes inmuebles; algunos actos jurídicos sobre bienes muebles; limitaciones y gravámenes a que ambos están sujetos, así como la existencia y constitución de personas morales, asociaciones y sociedades civiles. (Ver la obra de Bernardo Pérez Fernández del Castillo. Derecho Registral. Editorial: Porrúa. Sexta Edición. México, 1997. p. 61.)

gozan del derecho del tanto o de preferencia, porque en diez años podrían ejercitar su derecho de retracto y despojar al adquirente de buena fe del bien, aunque este haya hecho mejoras en él, y porque es necesario que la administración de justicia en México sea pronta y expedita, por lo que no debe sujetarse a términos tan extensos.

Debemos tomar en cuenta que los doctrinarios han tratado los principios registrales que explican el contenido del Registro Público de la Propiedad dentro de los cuales se encuentra el principio de publicidad, cuya finalidad -nos indica Bernardo Pérez Fernández del Castillo- es la de dar publicidad respecto de la propiedad o derecho que una persona tiene sobre un bien, para dar seguridad jurídica frente a terceros, y publicidad a la propiedad y posesión de todos los bienes inmuebles y de algunos muebles y a los gravámenes y otras limitaciones que los restrinjan.

Este autor nos habla de una publicidad formal que "consiste en la posibilidad de consultar personalmente los libros y folios, así como de obtener del Registro Público de la Propiedad, las constancias y certificaciones de los asientos y anotaciones".<sup>115</sup>

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 3001 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, el cual consagra la obligación de los encargados del Registro de permitir a las personas que lo soliciten la información de los asientos que obren en los folios y de los documentos relacionados con las inscripciones que estén archivados, obligándoseles también a expedir copias certificadas de las inscripciones y constancias que

---

<sup>115</sup> Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Registral. Editorial: Porrúa. Sexta Edición. México, 1997. p. 75.

figuren en los folios del Registro, así como certificaciones de existencia o inexistencia de asientos relativos a determinados bienes.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, también hace alusión a lo que denomina publicidad material, afirmando que esta se encuentra consagrada en el artículo 3007 y 3009 del Código Civil, en los cuales se establecen que los documentos que no se registren y sean registrables, no producirán efectos en perjuicio de tercero, aunado a que el Registro Público protege los derechos adquiridos por terceros de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de anulación resulte del mismo registro, sin que se aplique esta protección cuando los actos y contratos se otorguen violando la ley.

Otro aspecto importante que no se ha contemplado por nuestro derecho ni por nuestro alto tribunal es el hecho de que si el retracto produce como efecto la subrogación del retrayente en los derechos del adquirente respetando las condiciones pactadas en el contrato primario ello implica que al proceder el ejercicio del retracto el precio sea el mismo que el pactado en el acto jurídico inicial y que el tercero adquirente no tenga defensa jurídica para exigir el pago de las mejoras que haya hecho al bien materia de retracto, toda vez que no se determina una actualización de ese precio que pudo haber aumentado, tal vez por el simple transcurso del tiempo o por el cambio de las condiciones socioeconómicas del país, provocada ya sea por un aumento en la inflación o por una devaluación monetaria, con lo que se causaría un grave daño al patrimonio de la persona que sufre el retracto, porque ese bien puede ser todo su patrimonio. Aunado a que es de suponerse que el retrayente que esté realmente interesado en retraer el bien, tiene la posibilidad de exhibir el precio de la cosa retraída en un término prudente, con mayor

celeridad, y resulta ilógico pretender adquirirlo después de diez años, dejando pasar tanto tiempo.

También se ha dejado a un lado el estudio sobre los efectos que produce el ejercicio de la acción de retracto, toda vez que si la jurisprudencia ha determinado únicamente que el retrayente se subroga en los derechos y obligaciones del comprador primario, no ha hecho referencia respecto que si también se produce la nulidad del acto jurídico celebrado en contravención al derecho del tanto y de preferencia, esto para efectos de la cancelación de las escrituras otorgadas respecto del acto jurídico primario y respecto de los actos celebrados con posterioridad derivados del primero. Si se obtiene realmente una nulidad, tampoco se ha establecido si la nulidad que se obtiene con la acción de retracto respecto de la compraventa efectuada con un tercero, es absoluta o de pleno derecho, o es relativa, porque dicha nulidad deba ser una consecuencia jurídica natural de la procedencia de la acción. De lo contrario, y si tomamos en cuenta que en la compraventa no se reunieron los elementos de existencia y de validez para la celebración del contrato, estaríamos ante un acto jurídicamente inexistente, sin embargo, en el presente caso podemos afirmar que la compraventa efectuada violando el derecho del tanto es totalmente válida si no se ejercita el derecho de retracto, pero esa validez es incierta durante diez años porque en cualquier momento, durante ese lapso, el retrayente puede hacer valer su derecho.

El ejercicio de la acción de retracto, verificando que se reúnen los requisitos de procedibilidad referidos por las jurisprudencias y tesis jurisprudenciales, crea efectos jurídicos de trascendental importancia para el actor, toda vez que con la subrogación en los derechos y obligaciones del comprador, el retrayente cambia de situación jurídica, combirtiéndose en

propietario del bien, en caso del copropietario, éste se convierte en propietario de una parte alícuota de mayor dimensión en la copropiedad, por efectos de la sentencia.

Por todo lo anterior, es importante que tanto la doctrina como los órganos encargados de legislar, tomen en cuenta y le concedan la importancia que merece la acción de retracto, para que pueda ser del conocimiento de todos los interesados, sobre todo, de los abogados litigantes y de las nuevas generaciones de Licenciados en Derecho para que esta acción sea explotada con mayor conocimiento de causa en beneficio de los partícipes de una copropiedad, de un arrendamiento o respecto de un bien sujeto a indivisión.

En caso de que se insertara un artículo en el Código de Procedimientos Civiles, por medio del cual se regulara la acción de retracto, sería del tenor siguiente:

Artículo 15 bis.- Compete la acción de retracto al titular del derecho real de retracto, llámese copropietario, coheredero, comunero o arrendatario que no fue notificado de la venta propalada del bien sujeto a indivisión o arrendamiento sin respetar su derecho del tanto o por el tanto, y su efecto será obtener la declaración de subrogación en los derechos y obligaciones del comprador primario en las mismas condiciones concertadas en el contrato de enajenación primario, con la exhibición del precio pactado, suma que se actualizará anualmente a juicio de peritos. La consecuencia jurídica de la procedencia del retracto será la declaración de nulidad de todos los actos jurídicos derivados de la primera enajenación.

#### ***4.2 LA NECESIDAD DE INCLUIR UN ARTICULO 1292 BIS EN EL TITULO PRIMERO DE LAS SUCESIONES EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN EL QUE EN FORMA EXPRESA SE REGULE LA DISTINCION ENTRE EL DERECHO POR EL TANTO, EL DERECHO DEL TANTO Y EL DERECHO DE RETRACTO***

Existen varias situaciones que pueden surtir respecto del status del copropietario o del coheredero, dentro de las que podemos encontrar el derecho del tanto, el derecho de retracto y el derecho de preferencia por el tanto. El Código Civil para el Distrito Federal vigente, conceptúa el término copropiedad en su artículo 938, en los siguientes términos: "hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen pro-indiviso a varias personas", la voz pro-indiviso significa en el derecho mexicano "sin división material de partes".

Rojina Villegas -citado por Jorge Alfredo Domínguez Martínez-, refiere que "la parte alícuota es una parte ideal determinada desde el punto de vista mental aritmético, en función de una idea de proporción, podría decirse que es una parte que sólo se representa mentalmente, que se expresa por un quebrado y que permite establecer sobre cada molécula de la cosa una

participación de todos y cada uno de los copropietarios, cuya participación varía según los derechos de estos." <sup>116</sup>

Existen copropiedades voluntarias <sup>117</sup> y copropiedades forzosas; las copropiedades voluntarias se adquieren por cualquier título que les de el dominio legal de la cosa, como puede resultar de una enajenación; la copropiedad forzosa, por el contrario, aparece cuando la cosa sobre la que recae no admite cómoda división.

Lo voluntario de una copropiedad la hace ser temporal, porque su permanencia será mientras los copartícipes estén de acuerdo en conservarla, en virtud de que cualquiera de ellos puede optar por su terminación, contrariamente a lo que sucede con una copropiedad forzosa que por su propia naturaleza resulta ser permanente.

Existen copropiedades que recaen sobre un bien determinado cuyo objeto es uno o varios bienes individualmente considerados, y existen copropiedades que recaen sobre una universalidad que tienen por objeto todo

---

<sup>116</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Editorial: Porrúa, S.A. Tercera Edición. México, 1992. p. 373.

La parte alícuota representa la parte proporcional sobre una cosa, pero no desde el punto de vista material, sino que significa un dominio absoluto sobre una cuota, la cual, es una porción inmaterial.

<sup>117</sup> Como principio general, nadie puede estar obligado a permanecer en copropiedad, con las salvedades resultantes de la naturaleza misma de la cosa. Según el artículo 939 del Código Civil para el Distrito Federal, "los que por cualquier título tienen el dominio legal de una cosa, no pueden ser obligados a conservarlo indiviso, sino en los casos en que, por la misma naturaleza de las cosas o por determinación de la ley, el dominio es indivisible"; en relación con lo dispuesto por el artículo 940 del mismo ordenamiento, "si el dominio no es divisible, o la cosa no admite cómoda división y los partícipes no se convienen en que sea adjudicada a alguno de ellos, se procederá a su venta y a la repartición de su precio entre los interesados".



un patrimonio y se dan con mayor frecuencia tratándose de transmisiones hereditarias.

Las copropiedades pueden también tener su origen por un acto entre vivos, es decir, derivadas de un contrato o por causa de muerte, cuando son resultantes del fallecimiento de una persona (aunque no exista testamento).

El copropietario tiene un status o una situación jurídica diversa a la del propietario, ya que dicha situación jurídica le genera al copropietario una serie de derechos y obligaciones por una parte sobre la cosa objeto de la copropiedad y por otra lado respecto de la parte alícuota.

Hemos afirmado con antelación, que la situación jurídica que se presenta respecto de la cosa, se explica en base al principio general de que nadie está obligado a permanecer en copropiedad salvo si esta fuere forzosa, resultando aplicables los artículos 939 y 940 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por otra parte, existe una situación jurídica respecto de la parte alícuota, que resulta de lo previsto por el artículo 950 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

"Todo condueño tiene la plena propiedad de la parte alícuota que le corresponda y de sus frutos y utilidades, pudiendo en consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aún subsistir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derecho personal, pero el efecto de la enajenación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. Los condueños gozan del derecho del tanto".

El referido precepto legal se encuentra íntimamente relacionado con lo previsto por los artículos 973 y 974 del mismo ordenamiento, que a la letra dicen:

El artículo 973 establece que "los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días por el solo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno". Por su parte el artículo 974 establece que "si varios propietarios de cosa indivisa hicieren uso del derecho del tanto, será preferido al que represente mayor parte, y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario".

Sin embargo, existen otros supuestos legales, a parte de la copropiedad, por los que se da el derecho del tanto, como los que se plantean en los artículos 1292, 771, 1005, 2448-J, 2706 y 2750 del Código Civil para el Distrito Federal, y el artículo 22 de la Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> El artículo 771 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que, cuando conforme a la ley pueda enajenarse y se enajene una vía pública, los propietarios de los predios colindantes gozarán del derecho del tanto en la parte que les corresponda, a cuyo efecto se les dará aviso de la enajenación. El derecho que este artículo concede deberá ejercitarse precisamente dentro de los ocho días siguientes al aviso. Cuando este no se haya dado, los colindantes podrán pedir la rescisión del contrato, dentro de los seis meses contados desde su celebración.

Por otra parte, el artículo 1005 dispone que, el usufructuario goza del derecho del tanto. Es aplicable lo dispuesto en el artículo 973 en lo que se refiere

El artículo 1292 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

"El heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario debe notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquellos dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto, si los herederos hacen uso de ese derecho, el vendedor está obligado a consumar la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el solo lapso de los ocho días se pierde el derecho del tanto. Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en este artículo, será nula".

En efecto, desde el momento en que la persona muere, automáticamente se abre la sucesión y sus herederos inmediatamente

---

a la forma para dar aviso de enajenación y al tiempo para hacer uso del derecho del tanto.

También el artículo 2448-J establece las reglas a que deberá sujetarse el ejercicio del derecho del tanto.

El artículo 2706 del ordenamiento invocado, establece que, los socios gozarán del derecho del tanto. Si varios socios quieren hacer uso del tanto, les competirá este en la proporción que representen. El término para hacer uso del derecho del tanto será el de ocho días, contados desde que reciban aviso del que pretende enajenar.

Otro precepto que hace alusión al derecho del tanto es el 2750 del Código Civil, estableciendo que, al concluir el contrato de aparcería, el aparcerero que hubiere cumplido fielmente con sus compromisos goza del derecho del tanto, si la tierra que estuvo cultivando va a ser dada en nueva aparcería.

Asimismo, el artículo 22 de la Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal establece que, el derecho del tanto de los copropietarios tendrá prioridad al derecho de preferencia del arrendatario. En este artículo se prevé que en caso de no existir interés por parte de los copropietarios para hacer uso del derecho del tanto, pasará este beneficio al arrendatario, sometiéndose a las bases fijadas en el precepto citado. También se establece que la compraventa realizada en contravención a lo dispuesto en este artículo otorgará al arrendatario el derecho de demandar daños y perjuicios, acción que prescribirá sesenta días naturales después de que tenga conocimiento el arrendatario de la realización de la venta respectiva.

adquieren derecho a la masa hereditaria, los herederos inmediatamente se convierten en titulares de una propiedad, si es uno solo, o de una copropiedad de los bienes, si son varios; ese derecho se adquiere pro indiviso, sin determinación de los bienes que corresponden a cada uno (independientemente de que el testamento diga lo que corresponde a cada quien). Esto quiere decir que respecto de la masa hereditaria se constituye una copropiedad para los herederos aunque cada uno tiene su derecho hereditario, sin tener titularidad sobre bienes concretos que constituyen la masa hereditaria, por lo tanto, nadie podrá vender un bien de la herencia pero sí puede vender su derecho hereditario, atendiendo las restricciones que contempla el artículo antes citado.

Al presente caso resultan aplicables las tesis jurisprudenciales que me permito transcribir a continuación:

**"DERECHOS DEL TANTO Y DE RETRACTO (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL Y DE COAHUILA).** El derecho del tanto y el de retracto son en el fondo lo mismo, salvo que el primero se ejercita antes de que la cosa sea vendida, mientras que el segundo se hace valer cuando la cosa ya ha sido vendida, y es presupuesto necesario de ambos la existencia de la copropiedad en los casos en que específicamente lo determinan los artículos 970 y 1189 del Código Civil de Coahuila, iguales, respectivamente, al 973 y al 1292 del Código del Distrito. (Quinta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXXII. Página: 1477. Amparo civil directo 1082/52. Galván Vda. de González Teresa, Suc. de y coags. 26 de noviembre de 1954. Mayoría de tres votos. Ausente: José Castro Estrada. Disidente: Vicente Santos Guajardo. Ponente: Gabriel García Rojas.)"

**"DERECHO DEL TANTO, TERMINO PARA EJERCITARLO.** Cuando un heredero enajena a un extraño sus derechos hereditarios, sin hacer a su coheredero la notificación exigida por el artículo 1292 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, el coheredero no está obligado a expresar su deseo de adquirir la porción enajenada dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que se enteró de la realización de la venta, pues tal plazo cuenta sólo para el caso en que se le notifique la mera concertación de la venta a realizarse y no cuando se le entere de que la operación quedó ya realizada, porque cuando esto último ocurre, es obvio que la enajenación ya ejecutada es un obstáculo para el ejercicio del derecho del tanto, dentro del término fijado en el citado precepto, y entonces la acción de nulidad sirve de medio para ejercer ese derecho, sin sujeción a otro plazo que el general de la prescripción, pues es de considerarse que tal acción de nulidad constituye medio para que se realice el derecho conocido con el nombre de retracto, que en el momento de manifestarse que se hace uso de él, entra dentro del patrimonio del reclamante. (Quinta Epoca. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXIV. Página: 99. Amparo civil directo 3164/49. Brera Recillas Humberto Eloy. 17 de octubre de 1952. Mayoría de tres votos. Disidentes: Felipe Tena Ramírez y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Rafael Matos Escobedo.)"

Efectivamente, cuando la venta ha sido consumada, es absurdo pretender el ejercicio del derecho del tanto, dentro del término fijado en el citado precepto, y entonces, de conformidad con esta tesis jurisprudencial, la acción de nulidad sirve de medio al coheredero para dejar sin efectos la venta efectuada y obtener el bien del que se le había privado por la violación a su derecho de preferencia.

Sin embargo, el derecho de retracto tiene por objeto garantizar la seguridad del tráfico de un bien a lo largo del tiempo respecto de terceros adquirentes de buena fe y garantizar el derecho de preferencia de los copropietarios, coherederos o arrendatarios frente a terceros, respecto de la enajenación de la cosa; que se diferencia del derecho del tanto en cuanto a su forma de ejercicio, porque el derecho del tanto procede cuando la enajenación está simplemente propalada y el retracto cuando la venta se ha consumado.

Jorge Alfredo Domínguez Martínez, nos da una explicación muy basta de los conceptos derecho del tanto, derecho de retracto y derecho de preferencia por el tanto, en los términos que precisaremos a continuación:

"El derecho de retracto puede reseñarse paralelamente al derecho del tanto. También se confiere a algunos de los titulares de este, pero cuando la oportunidad legal de ejercitarlo no se les ha permitido, al no haberseles hecho saber la enajenación propalada y ésta se hubiere celebrado, caso en el cual, el titular de tal derecho podrá ser preterido, podrá, y en esto consiste el retracto, subrogarse en los derechos del adquirente, pues ese carácter hubiera tenido desde el principio de haber conocido la propalación de la operación correspondiente e intervenir en ella y adquirir lo ofrecido".<sup>119</sup>

"El derecho de preferencia por el tanto forma parte de la gama de derechos preferenciales en nuestro sistema legal. Algunos sujetos se ven favorecidos con él porque la ley los coloca en una situación preferencial en relación con terceros, para la adquisición de un bien; es parecido al derecho

---

<sup>119</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob. cit. p. 381.

del tanto, pero al mismo tiempo hay diferencias considerables entre uno y otro.- La previsión legal más clara que del derecho de preferencia por el tanto está prevista en el Código Civil, es la que permite a un vendedor, cuando hubiere sido pactado, ser preferido por su comprador para volver a adquirir lo vendido, si quien se lo compró pretende enajenar aquello. Lo anterior se contiene en los artículos 2303, 2304, 2305, 2306 y 2307 del ordenamiento señalado.- Además de la prevención anterior, el derecho de preferencia por el tanto también se contempla a favor del inquilino, aun cuando la ley alude equivocadamente a un derecho del tanto... Se observa una regulación gradualmente mayor para el derecho de preferencia por el tanto que para el derecho del tanto, pues respecto del primero se prevé un plazo especial para bienes muebles, otro para inmuebles, la posibilidad de la venta en subasta, la venta a plazos, etc.- El derecho del tanto normalmente se da a favor del partícipe en la propiedad o titularidad del objeto, como es el caso del copropietario, del coheredero y del usufructuario, etc. En cambio, el derecho de preferencia por el tanto proviene de la titularidad de un derecho de crédito. Ese es el caso del vendedor para ser preferido a comprar, y del inquilino, para comprar el inmueble arrendado.- La celebración de la venta sin permitir al titular su ejercicio, trae aparejadas consecuencias diversas según se trate del derecho del tanto o del derecho de preferencia por el tanto. En el primer supuesto las consecuencias son la nulidad de la operación celebrada; en el segundo la venta es válida y no da lugar mas que al pago de daños y perjuicios".<sup>120</sup>

Por otra parte, la jurisprudencia mexicana hace una clara distinción entre el derecho del tanto y el derecho de preferencia, en la jurisprudencia

---

<sup>120</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Ob. cit. p.p. 381, 382 y 383.

denominada **"DERECHO DEL TANTO Y DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS.** El artículo 2447 del Código Civil del Distrito Federal establece que el inquilino que cumpla con determinados requisitos goza del 'derecho del tanto' si el propietario desea vender la finca arrendada. Ahora bien, de acuerdo con los artículos 2303, 2304 y 2305 de la legislación en consulta, si el dueño no cumple con la obligación que le impone aquél numeral, es decir, si no respeta el derecho de preferencia por el tanto" que corresponde al arrendatario, y enajena la casa materia del arrendamiento a terceras personas, la venta es válida, estando obligado solamente a responder de los daños y perjuicios que cause al inquilino. De lo anterior se sigue que aun cuando el citado artículo 2447 del Código Civil dice textualmente 'derecho de preferencia por el tanto' consignado en los artículos citados líneas arriba. Ello es así porque el verdadero derecho del tanto presenta diferencias sustanciales con el llamado 'derecho de preferencia por el tanto'. En efecto, el primero corresponde exclusivamente al copropietario, al coheredero o al usufructuario, mientras que el segundo se otorga al arrendatario y al vendedor que acuerda con el comprador adquirir posteriormente de éste el inmueble que le enajena. Además, el mismo Código prevé para el caso de que no se respeten uno y otro, porque en el primer caso la venta es nula y no surte efectos jurídicos, en tanto que en la segunda hipótesis la venta es válida, respondiendo el vendedor exclusivamente de los daños y perjuicios, como ya se dijo. En otras palabras, la tutela legal no opera igual para ambos, porque presentan diferencias en lo que atañe a su naturaleza, a la calidad de las personas que pueden ejercitarlos y al alcance de la sanción aplicable en caso de inobservancia. (Amparo directo 5573/83. Fuad Saadia y otro. 9 de septiembre de 1985. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.)"



De lo aquí enunciado, se puede evidenciar que el derecho de retracto surge a raíz de la violación del derecho del tanto, o por violación al derecho de preferencia por el tanto, si tomamos en cuenta las observaciones hechas en este apartado, y por tanto podemos concluir que las consecuencias jurídicas del ejercicio del retracto, serían los de nulidad del contrato hecho en contravención a las leyes prohibitivas o de interés público, asimismo traería aparejada la obligación del pago de daños y perjuicios derivados de esa contravención.

Es por todo esto, que existe la necesidad de incluir un artículo 1292 bis en el Título Primero de las Sucesiones en el Código Civil para el Distrito Federal en el que en forma expresa se regule la distinción entre el derecho por el tanto, el derecho del tanto y el derecho de retracto, que sería del tenor siguiente:

Artículo 1292 bis.- La enajenación realizada en contravención a lo dispuesto por el artículo anterior produce la nulidad del acto jurídico pero el que gozare del derecho del tanto, podrá subrogarse en lugar del adquirente, con las condiciones estipuladas en el contrato de enajenación primario, ejercitando su acción de retracto, con la exhibición del precio pactado, suma que se actualizará anualmente a juicio de peritos. El retracto produce la nulidad del acto jurídico primario y de los posteriores derivados del primero. El vendedor responderá de los daños y perjuicios ocasionados al tercero adquirente de buena fe. Los Notarios, deberán cerciorarse que se haya respetado el derecho del tanto previamente a la autorización de la escritura de compraventa de esa naturaleza, absteniéndose de otorgarla en caso contrario. La misma disposición será aplicable a los copropietarios de cosa indivisa que

no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto.

El artículo propuesto describe la situación en caso de que se haya violado el derecho del tanto, el cual, es una institución diversa al derecho de preferencia por el tanto, toda vez que la principal diferencia es la sanción estipulada por el legislador, porque cuando se trata del derecho del tanto la sanción para los partícipes del contrato realizado sin respetar el derecho del tanto es la nulidad, mientras que en el derecho de preferencia por el tanto la sanción consiste en el pago de daños y perjuicios en caso de que no se respete y se efectúe la enajenación. Y propongo que como consecuencia de la procedencia del ejercicio de la acción de retracto se establezca como sanción la declaración de nulidad de la venta efectuada para efectos de cancelación de la escritura de compraventa y el pago de daños y perjuicios ocasionados por el vendedor al tercero adquirente.

#### ***4.3 LA NECESIDAD DE INCLUIR UN ARTÍCULO 2304 BIS DENTRO DEL CAPITULO DE MODALIDADES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL PARA EXPRESAR LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO POR EL TANTO, EL DERECHO DEL TANTO Y EL DERECHO DE RETRACTO***

La previsión legal más clara sobre el derecho de preferencia por el tanto prevista en el Código Civil, es la que previene el artículo 2304 del Código Civil para el Distrito Federal, que a continuación se transcribe:

"El vendedor está obligado a ejercer su derecho de preferencia, dentro de tres días, si la cosa fuere mueble, después que el comprador le hubiere hecho saber la oferta que tenga por ella, bajo pena de perder su derecho si en este tiempo no lo ejerciere. Si la cosa fuere inmueble tendrá el término de diez días para ejercer el derecho, bajo la misma pena. En ambos casos está obligado a pagar el precio que el comprador ofreciere, y si no lo pudiere satisfacer, quedará sin efecto el pacto de preferencia".

Además de la previsión anterior, el derecho de preferencia por el tanto también se contempla en el artículo 2447 de nuestro Código Civil que es el que se concede al inquilino "en los arrendamientos que han durado más de cinco años y cuando el arrendatario ha hecho mejoras de importancia en la finca arrendada, tiene este derecho, si está al corriente del pago de la renta, a que en igualdad de condiciones, se le preferirá a otro interesado en el nuevo arrendamiento de la finca", aunque equivocadamente alude a un derecho del tanto, debiendo decir derecho por el tanto, cuando el propietario quiere vender la finca arrendada, aplicándose en lo conducente los artículos 2304 y 2305", los cuales regulan el derecho por el tanto, el cual, es independiente del derecho de preferencia por el tanto que se regula en el artículo 2448-J, porque en este último se regula el derecho de preferencia por el tanto únicamente para casa habitación.

De lo anterior se puede deducir que el derecho del tanto se da a favor del partícipe en la copropiedad, como lo es el copropietario o coheredero, y su efecto es la nulidad del contrato, a diferencia del derecho de preferencia por el tanto que proviene de la titularidad de un derecho de crédito, de conformidad con los artículos 2304 y 2448-J y demás relativos y

aplicables del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales contemplan el derecho de preferencia por el tanto.

La venta propalada en una relación arrendaticia debe ser notificada al arrendatario para que este haga uso de su derecho de preferencia por el tanto, pero la contravención a esta disposición da origen al pago de daños y perjuicios por parte del vendedor, sin embargo, el arrendatario, puede hacer uso del derecho de retracto, subrogándose en los derechos y obligaciones del comprador primario en los mismos términos y condiciones pactados en el contrato original, de conformidad con lo sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis jurisprudenciales que a continuación me permito transcribir:

**"ARRENDAMIENTO. DERECHO DEL TANTO Y ACCION DE RETRACTO.** Tratándose de la enajenación que un arrendador hace en favor de un tercero extraño a la relación arrendaticia, se pueden presentar dos situaciones: cuando la venta está simplemente propalada y cuando está consumada. En el primer caso los inquilinos pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una venta directa del arrendador enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en el segundo caso, los inquilinos preteridos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador. (Octava Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VII-Marzo. Página: 113. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 5239/90. María Teresa Liliana

Becerra de Segarra. 21 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa. Secretaria: María Guadalupe Gama Casas.)"

**"DERECHOS, DEL TANTO Y DE RETRACTO. SON LOS QUE PUEDE EJERCITAR EL INQUILINO PRETERIDO, EN CASO DE VENTA DEL BIEN, MOTIVO DE LA RELACION CONTRACTUAL DE ARRENDAMIENTO.** Tratándose de la enajenación que un arrendador haga en favor de un tercero extraño a la relación arrendaticia, es factible que se presenten dos situaciones: cuando la venta está simplemente difundida y, cuando la misma, se ha consumado. En el primer caso, el inquilino puede reclamar el derecho del tanto, consistente en la preferencia que éste tiene de la venta del bien en los términos del contrato ofertado con el tercero; mientras que en el segundo supuesto, el arrendatario preterido, tiene la posibilidad de intentar el derecho de retracto; pero, debiéndose subrogar en todos los derechos y obligaciones del comprador. (Novenia Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: I, Abril de 1995. Tesis: I.6o.C.5 C. Página: 145. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 816/95. David García Sánchez y otro. 28 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano. Secretaria: María Teresa Covarrubias Ramos.)"

**"ARRENDAMIENTO. VIOLACION AL DERECHO DEL TANTO, PROCEDE LA ACCION DE RETRACTO SOLO SI SE EXHIBE POR EL INQUILINO EL PRECIO PAGADO POR TERCERO ADQUIRENTE EN VENTA CONSUMADA.** En el derecho de preferencia del tanto se pueden dar dos supuestos a saber: uno

cuando se está dentro del período de propalación de venta por el arrendador, en cuyo evento el inquilino tendrá el derecho de exigir que se respete su prerrogativa de preferencia y que en igualdad de condiciones a otra interesado se lleve a cabo la operación con dicho arrendatario; otra hipótesis es cuando se está en presencia de una venta consumada, cuyo caso presenta diversas particularidades jurídicas, como son el que exista un precio ya pagado por un tercero, quien adquirió el inmueble cuestionado; asimismo, que para eliminar el obstáculo que significa la presencia de ese tercero, se requiere que el arrendatario se subrogue, no sólo en los derechos de aquél, sino también en sus obligaciones, en las mismas condiciones convenidas en el contrato de compraventa, devolviendo al comprobar el precio que haya pagado y, como una consecuencia de todo lo anterior, obtener la nulidad sui géneris que se deriva de la acción que debe seguirse para ese tipo de casos, que concretamente lo es la de retracto. Con motivo de lo anterior, para que la acción instaurada resulte procedente es menester que se exhiba con la demanda el precio convenido, lo anterior en virtud de que al necesitarse la subrogación en los derechos y obligaciones del tercero adquirente, es menester que se cumplan las mismas cargas que aquél tuvo que satisfacer, situación que encuentra su apoyo en la norma prevista en el artículo 2306 del Código Civil, la que no pugna con los preceptos 2448-I y 2448-J, del Código en cita, sino que por el contrario viene a complementarlos, al regular los requisitos que deben ser reunidos por quien pretende a través de la acción adecuada obtener la nulidad de una compraventa realizada respecto de la cual se arguye se consumó sin respetarse el derecho de preferencia por el tanto. (Octava Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: IX-Abril. Página: 436. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 411/92. Nelva Nohemí Álvarez de Morales. 13

de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Guillermo Campos Osorio.)"

En efecto, se puede evidenciar que el derecho de retracto en este caso surge a raíz de la violación del derecho de preferencia por el tanto, en consecuencia podemos concluir que las consecuencias jurídicas del ejercicio del retracto, serían los de nulidad del contrato hecho en contravención a las leyes prohibitivas o de interés público, asimismo traería aparejada la obligación del pago de daños y perjuicios derivados de esa contravención.

Por lo expuesto, existe la necesidad de incluir un artículo 2304 bis dentro del capítulo de modalidades del contrato de compraventa en el Código Civil para el Distrito Federal para expresar la distinción entre el derecho por el tanto, el derecho del tanto y el derecho de retracto, que sería del tenor siguiente:

Artículo 2304 bis.- La falta de notificación fehaciente del derecho de preferencia por el tanto produce el pago de daños y perjuicios pero el perjudicado por la violación al derecho de preferencia por el tanto podrá subrogarse en lugar del adquirente, con las condiciones estipuladas en el contrato de compraventa primario, ejercitando su acción de retracto, con la exhibición del precio pactado, suma que se actualizará anualmente a juicio de peritos. El retracto produce la nulidad del acto jurídico primario y de los posteriores derivados del primero. El vendedor responderá de los daños y perjuicios ocasionados al tercero adquirente de buena fe. Los Notarios, deberán cerciorarse que se haya respetado el derecho de preferencia por el tanto previamente a la autorización de la escritura de compraventa de esa naturaleza, absteniéndose de otorgarla en caso contrario. La misma

disposición será aplicable a las relaciones arrendaticias y se aplicarán las normas previstas en los artículos 2448-I y 2448-J.

El artículo propuesto describe la situación en caso de que se haya violado el derecho de preferencia por el tanto, cuya sanción consiste en el pago de daños y perjuicios en caso de que no se respete y se efectúe la enajenación, pero la sanción en caso de procedencia del derecho de retracto trae aparejada la nulidad del acto celebrado en contravención a las leyes prohibitivas y su cancelación en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

Como consecuencia de la procedencia de la acción de retracto de produce la nulidad del acto jurídico primario y de los posteriores derivados del primero, y el vendedor responderá de los daños y perjuicios ocasionados al tercero adquirente de buena fe, pero este pago de daños y perjuicios deberá ser declarado en la sentencia derivada de la acción ejercitada por el adquirente de buena fe y no así en la sentencia de retracto.

Es de observarse que el retracto en materia de arrendamiento presenta 2 situaciones, cuando se trata de locales destinados a casa habitación en cuyo caso el retracto produce la nulidad de la enajenación hecha sin respetar el derecho del arrendatario; y cuando se trata de arrendamiento de locales destinados a fines diversos a la casa habitación se puede deducir que existe solo preferencia y se prevé por disposición legal en concreto la obligación del pago de los daños y perjuicios originados exigible al que enajena sin respetarlo.



Los autores extranjeros consideran al pacto de retroventa como una forma de retracto convencional, que existe cuando las partes convienen en sujetar una compraventa a una condición resolutive, en México la retroventa se encuentra prohibida por el artículo 2302 del Código Civil y debe diferenciarse del pacto de preferencia de acuerdo a la sanción impuesta por los contratantes para el caso de incumplimiento que consiste en dejar sin efecto el pacto de preferencia.

Los efectos que produce el ejercicio del retracto son: que el retrayente se subroga en los derechos y obligaciones del adquirente, las condiciones de la enajenación sin las mismas que las del contrato primario, las cuales no se modifican y prevalecen en todas sus partes. El enajenante a pesar de que recibe el precio pactado por la transmisión de la cosa, es responsable del pago de los daños y perjuicios que se ocasionan al adquirente que compro el bien sin haber sido prevenido de que existía una situación de indivisión respecto de la cosa. Como consecuencia de la procedencia del retracto se causa la nulidad de la enajenación realizada, la cual tiene características especiales, porque las cosas no vuelven al estado en que se encontraban antes de la enajenación que serían que el vendedor devolviera el precio y el comprador la cosa vendida sino que va a restituir el daño causado al retrayente cuyo derecho de preferencia no fue respetado. Con la subrogación en los derechos del adquirente, el retrayente va a adquirir el bien a cambio del pago del precio, el cual deberá exhibir desde su escrito inicial de demanda, mediante consignación o garantía, el cual hemos considerado que debe actualizarse anualmente a juicio de peritos, por lo tanto el retrayente debe pagar el precio que aparezca pactado al adquirente así como las gastos imprescindibles que se comprueben se efectuaron respecto a la cosa en litigio.

En México se encontró regulado en forma perfecta el retracto de condóminos y en forma imperfecta los retractos arrendaticios tratándose de inmuebles destinados a casa habitación y de colindantes, pero a raíz de las reformas a la Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles, ya no se encuentra reglamentado dicho retracto y y debe considerarse tal situación, toda vez que el problema de sobrepoblación ha sido fuente de integración de varias unidades habitacionales y es menester atender todos sus problemas y necesidades para que proporcionen a la sociedad los beneficios esperados y para su buen funcionamiento en general.

La falta de reglamentación del retracto provoca que se desconozcan las reglas jurídicas aplicables en lo particular e implica que en la resolución de los conflictos que se derivan de su ejercicio se utilicen las reglas y principios jurídicos generales, que dan lugar a la interpretación, que a su vez motiva diversidad de criterios en torno a esta Institución, lo cual se evitaría con la reglamentación en la ley que traería una unificación de criterios y evitaría deformación del exacto sentido de la acción de retracto.

Finalmente cabe aclarar que la Sentencia de Retracto se particulariza por tener aspectos de sentencia constitutiva y declarativa toda vez que mediante la sentencia constitutiva se produce un estado jurídico que antes de ella no existía, que en el presente caso es la subrogación del retrayente en los derechos y obligaciones del comprador primario, que era un tercero ajeno a la copropiedad, comunidad o arrendamiento, condicionándose mediante dicha sentencia el cambio de estado jurídico a la declaración misma contenida en la sentencia, de tal manera que sin esta declaración no se produce el cambio de las relaciones de derecho, y en base a esto, el copropietario, por ejemplo, se

convierte en propietario de una parte alícuota de mayor extensión que la que tenía antes y el arrendatario se convierte en propietario de la finca arrendada.

En este orden de ideas, la sentencia declarativa tiene por objeto la declaración de la existencia de una relación jurídica o de la autenticidad o falsedad de una situación jurídica, esta sentencia tiene como resultado hacer cierto el derecho, ya sea mediante una declaración positiva o una declaración negativa, en efecto, la Sentencia de Retracto puede tener como fin no solo la declaración de subrogación sino también la declaración de nulidad o de inexistencia del contrato original.

Considero que debe declararse la nulidad del contrato cuando este haya tenido efectos jurídicos por la creación de otros negocios jurídicos derivados de este contrato y se declarará la inexistencia de los demás actos jurídicos, derivada de la nulidad del contrato primario.

Aunque también podría tener lugar la declaración de extinción del acto jurídico que no haya dado lugar a otros actos jurídicos.

Aunado a lo anterior, deberá declararse la constitución de la nueva situación jurídica y la extinción de la situación anterior como consecuencia de la subrogación, toda vez que los efectos de la subrogación son efectos traslativos de derechos y obligaciones, haciendo adquirir al subrogado todos los derechos y obligaciones del comprador primario.

Por último concluyo que el retracto es un tema de estudio y análisis muy interesante en el campo del derecho civil, que al igual que todo el derecho por ser fenómenos eminentemente sociales deben transformarse

positivamente a diario y adecuarse a las situaciones concretas que a cada momento se presentan y se transforman continuamente para lograr una mejor impartición de justicia en México.

## CONCLUSIONES

1.- El retracto es un derecho real originado de la venta imperfecta de un bien sujeto a indivisión, copropiedad, comunidad o sociedad en perjuicio de un tercero, debido al incumplimiento del vendedor de notificar a los interesados sobre la existencia de una venta propalada respecto del bien, derecho cuyo ejercicio genera la recuperación de la cosa vendida, al retrayente que se subroga en los derechos y obligaciones del comprador originario y exhiba el precio, a fin de no permitir la intromisión de terceros extraños a la copropiedad, a la comunidad o a la sociedad en beneficio de los participantes de la cosa en común.

2.- El retracto es un derecho, pero para hacer valer ese derecho, el titular debe proceder mediante el ejercicio de la acción de retracto.

3.- En nuestro país la única fuente que nos ilustra sobre el retracto es la jurisprudencia, aunque las fuentes primarias de la institución se encuentran principalmente en el derecho romano de donde se tomó dicha institución para incorporarla en el derecho francés, de donde fue retomada para ser incorporada en otras legislaciones europeas y americanas. Nuestra legislación no acogió propiamente la institución de retracto sino la de retroventa que posteriormente fue prohibida por los males ocasionados a la sociedad por su práctica.

4.- La doctrina, principalmente la española y la francesa, ha tratado varios tipos de retractos; sin embargo considero que la diversidad de situaciones jurídicas planteadas por el derecho comparado no constituyen varios tipos de retracto, sino que el derecho de retracto es uno solo, el cual se manifiesta en forma distinta al variar su objeto o su titular.

5.- Las situaciones jurídicas donde primordialmente se manifiesta el retracto en nuestro país es en la copropiedad, la comunidad o el arrendamiento, regularmente tratándose de ventas realizadas violando el derecho del tanto o de preferencia por el tanto.

6.- A pesar de que no existe regulación expresa sobre el retracto, se puede interpretar que tampoco se encuentra prohibido expresamente, si tomamos en consideración lo dispuesto por el artículo 2272 del Código Civil para el Distrito Federal que establece que la venta de cosas o derechos litigiosos no se encuentra prohibida, pero el vendedor que no declare tal circunstancia será responsable de los daños y perjuicios causados al comprador, pero para el mejor entendimiento de figuras como el retracto es importante la investigación histórica y del derecho comparado, adecuando la estructura de los códigos a los cambios en la realidad social.

7.- Nuestro Código Civil para el Distrito Federal plantea los supuestos jurídicos en que se presenta el derecho del tanto y el derecho de preferencia por el tanto, los cuales tienen evidentes diferencias, toda vez que el primero normalmente se da a favor del partícipe en la propiedad o titularidad del objeto, como es el caso del copropietario, del coheredero, y del usufructuario. En cambio, el derecho de preferencia por el tanto proviene de la titularidad de un derecho de crédito, como lo es el derecho del vendedor

para ser preferido a comprar lo vendido, y del inquilino para comprar el inmueble arrendado, y se prevé un plazo especial para bienes muebles y otro para bienes inmuebles.

8.- La celebración de la venta sin permitir al titular del derecho su ejercicio, trae aparejadas consecuencias diversas; en el derecho del tanto, las consecuencias son la nulidad, y en el derecho de preferencia por el tanto, la venta es válida y da lugar al pago de daños y perjuicios.

9.- Dentro de las acciones contempladas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no se encuentra contemplada la acción de retracto, aunque tiene efectos similares a los de otras acciones, pero no es posible subsumirla dentro de ninguna.

10.- El retracto ha sido considerado derecho convencional de resolución, pacto u oferta de retroventa, una especie de derecho del tanto, una subrogación contractual, derecho real o derecho personal, cuya naturaleza hemos definido mediante el estudio de teorías tales como la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, la Teoría General del Acto Jurídico, la Teoría General del Contrato, algunas Teorías de la Obligación, concluyendo que la acción es derivada de un derecho y que si no existe tal derecho no prospera la acción que se intenta, y por tanto, jurídicamente debe ser declarada improcedente la acción de retracto que se intente por quien no es titular del derecho de retracto.

11.- El retracto tiene naturaleza casuística, toda vez que a pesar de ser un derecho real generado por la violación al derecho del tanto o al derecho de preferencia por el tanto, depende de la situación jurídica concreta que se

presente para definir la naturaleza de este derecho por la diversidad de casos que se ejemplifican con las jurisprudencias y tesis jurisprudenciales expuestos en el presente trabajo, como lo es el ejercicio del derecho de retracto en una relación arrendaticia, en la copropiedad, en la comunidad y en el caso del retracto del crédito litigioso, situaciones que han sido analizadas con el fin de ilustrar al lector en torno a esta institución y demostrar los peligros de su aplicación sin considerar plenamente su importancia.

12.- Del estudio comparativo hecho del retracto, con otras figuras jurídicas cuya finalidad es también la de retraer, hemos concluido que el retracto tiene características diversas a otras figuras como lo es la retroventa, la reversión o la reivindicación, ya que la finalidad del retracto es la subrogación del retrayente en los derechos y obligaciones del comprador primario exhibiendo con su escrito inicial de demanda el precio de la operación de compraventa.

13.- Hemos determinado que los cambios sociales motivan las reformas a la legislación y los legisladores deben procurar que el procedimiento aplicable a los supuestos jurídicos reales no sea contradictorio, armonizando en lo posible el tratamiento de los problemas que se suscitan en nuestra sociedad respecto del derecho aplicable, como sucede con la institución en estudio, ya que problemas tan graves como el de la sobrepoblación, han provocado la necesidad de proporcionar a todos los mexicanos una vivienda digna, y se ha fomentado cada vez más el régimen condominal, por el alarmante incremento de la población al transcurso de los años, ante la escasez de vivienda para todas las familias se hizo necesaria la creación de edificios habitacionales con los servicios necesarios para los inquilinos, aunado a que la copropiedad es un fenómeno muy importante



para el desarrollo de la humanidad, porque puede tener su origen en actos jurídicos de gran importancia como lo es la compraventa, la permuta, la donación, la herencia, los cuales son fenómenos que se viven a diario en nuestro país.

14.- La falta de reglamentación del retracto provoca que se desconozcan las reglas jurídicas aplicables en lo particular e implica que en la resolución de los conflictos que se derivan de su ejercicio, se utilicen las reglas y principios jurídicos generales, que dan lugar a la interpretación, que a su vez motiva diversidad de criterios en torno a esta Institución, lo cual se evitaría con la reglamentación en la ley que traería una unificación de criterios y evitaría deformación del exacto sentido de la acción de retracto. Si la solución al problema relativo al estudio y reglamentación de esta institución es la función legislativa nos permitimos hacer algunas propuestas a continuación, respecto a la forma en que podría reglamentarse la figura jurídica del retracto:

15.- Si es de reglamentarse como una acción se propone el siguiente precepto en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

"Artículo 15 bis.- Compete la acción de retracto al titular del derecho real de retracto, llámese copropietario, coheredero, comunero o arrendatario que no fue notificado de la venta propalada del bien sujeto a indivisión o arrendamiento sin respetar su derecho del tanto o por el tanto, y su efecto será obtener la declaración de subrogación en los derechos y obligaciones del comprador primario en las mismas condiciones concertadas en el contrato de enajenación primario, con la exhibición del precio pactado, suma que se actualizará anualmente a juicio de peritos. La consecuencia jurídica de la

procedencia del retracto será la declaración de nulidad de todos los actos jurídicos derivados de la primera enajenación."

16.- Si es de reglamentarse dentro del el Título Primero de las Sucesiones en el Código Civil para el Distrito Federal, se propone el siguiente precepto legal:

"Artículo 1292 bis.- La enajenación realizada en contravención a lo dispuesto por el artículo anterior produce la nulidad del acto jurídico pero el que gozare del derecho del tanto, podrá subrogarse en lugar del adquirente, con las condiciones estipuladas en el contrato de enajenación primario, ejercitando su acción de retracto, con la exhibición del precio pactado, suma que se actualizará anualmente a juicio de peritos. El retracto produce la nulidad del acto jurídico primario y de los posteriores derivados del primero. El vendedor responderá de los daños y perjuicios ocasionados al tercero adquirente de buena fe. Los Notarios, deberán cerciorarse que se haya respetado el derecho del tanto previamente a la autorización de la escritura de compraventa de esa naturaleza, absteniéndose de otorgarla en caso contrario. La misma disposición será aplicable a los copropietarios de cosa indivisa que no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto."

17.- Si es de reglamentarse dentro del capítulo de modalidades del contrato de compraventa en el Código Civil para el Distrito Federal, entonces se propone el siguiente precepto legal:

"Artículo 2304 bis.- La falta de notificación fehaciente del derecho de preferencia por el tanto produce el pago de daños y perjuicios pero el

perjudicado por la violación al derecho de preferencia por el tanto podrá subrogarse en lugar del adquirente, con las condiciones estipuladas en el contrato de compraventa primario, ejercitando su acción de retracto, con la exhibición del precio pactado, suma que se actualizará anualmente a juicio de peritos. El retracto produce la nulidad del acto jurídico primario y de los posteriores derivados del primero. El vendedor responderá de los daños y perjuicios ocasionados al tercero adquirente de buena fe. Los Notarios, deberán cerciorarse que se haya respetado el derecho de preferencia por el tanto previamente a la autorización de la escritura de compraventa de esa naturaleza, absteniéndose de otorgarla en caso contrario. La misma disposición será aplicable a las relaciones arrendaticias y se aplicarán las normas previstas en los artículos 2448-I y 2448-J."

18.- En México se encontró regulado en forma perfecta el retracto de condóminos y en forma imperfecta los retractos arrendaticios tratándose de inmuebles destinados a casa habitación y de colindantes, pero a raíz de las reformas a la Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles, ya no se encuentra reglamentado dicho retracto y debe considerarse tal situación, toda vez que el problema de sobrepoblación ha sido fuente de integración de varias unidades habitacionales y es menester atender todos sus problemas y necesidades para que proporcionen a la sociedad los beneficios esperados y para su buen funcionamiento en general.

19.- La sentencia de Retracto se particulariza por tener aspectos de sentencia constitutiva y declarativa toda vez que mediante la sentencia constitutiva se produce un estado jurídico que antes de ella no existía, que en el presente caso es la subrogación del retrayente en los derechos y obligaciones del comprador primario, que era un tercero ajeno a la

copropiedad, comunidad o arrendamiento, condicionándose mediante dicha sentencia el cambio de estado jurídico a la declaración misma contenida en la sentencia, de tal manera que sin esta declaración no se produce el cambio de las relaciones de derecho, y en base a esto, el copropietario, por ejemplo, se convierte en propietario de una parte alícuota de mayor extensión que la que tenía antes y el arrendatario se convierte en propietario de la finca arrendada.

**20.-** La sentencia declarativa tiene por objeto el reconocimiento legal de la existencia de una relación jurídica o de la autenticidad o falsedad de una situación jurídica, esta sentencia tiene como resultado hacer cierto el derecho, ya sea mediante una declaración positiva o una declaración negativa, en efecto, la Sentencia de Retracto puede tener como fin no solo la declaración de subrogación sino también la declaración de nulidad o de inexistencia del contrato original.

**21.-** En la sentencia de Retracto deberá declararse la constitución de la nueva situación jurídica y la extinción de la situación anterior como consecuencia de la subrogación, toda vez que los efectos de la subrogación son efectos traslativos de derechos y obligaciones que adquiere del comprador el subrogado.

## APENDICE

### *JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE RETRACTO*

"**ACCION DE RETRACTO Y DERECHO DEL TANTO.** Tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace en favor de un tercero extraño a la comunidad, se pueden presentar dos situaciones: cuando la venta está simplemente propalada y cuando está consumada. En el primer caso los copropietarios pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una venta directa del copropietario enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en el segundo caso los copropietarios preteridos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador. (Sexta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 4. Página: 5. Sexta Epoca: Amparo directo 4983/57. Guillermo Romo Escobar. 23 de julio de 1958. Cinco votos. Amparo directo 5965/57. Pedro Solís Salas. 27 de octubre de 1960. Cinco votos. Amparo directo 5073/59. Luisa Felipa Hoz de Torquemada. 24 de enero de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Queja 247/62. Cayetano Ceballos, suc. de. 2 de julio de 1964. Cinco votos. Amparo directo 8785/62. Josefina Ceballos de la Madrid. 2 de julio de 1964. Cinco votos.)"

**"RETRACTO, NATURALEZA DEL DERECHO DE.** El derecho de retracto significa una limitación al derecho de propiedad del cesionario, que el legislador protege enérgicamente, por lo que si aquél se resigna a aceptar esa limitación, es porque existe un interés social de causa: la disminución del número de los procesos, que es la verdadera razón de ser, del retracto litigioso; pero cuando se ha dictado una sentencia definitiva en segunda instancia, que no puede ser modificada sustancialmente, es indudable que deja de existir la razón o causa en que se fundó el legislador para conceder el derecho de retracto, con tanta más razón, cuanto que una sentencia de esa naturaleza, debe considerarse estrictamente como ejecutoria, atento lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece claramente que causan ejecutoria las sentencias irrevocables; y atento la circunstancia de que al aclararse las cláusulas, palabras contradictorias, ambiguas u oscuras de una sentencia, no puede variarse la sustancia de ésta, lo que significa que el recurso de aclaración de sentencia, no viene a revocar un fallo, ni hay razón para estimar que una sentencia de segunda instancia no cause ejecutoria, cuando se ha interpuesto en su contra el recurso de aclaración. (Quinta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XLVI. Página: 6000.- Rivas de Gil Romero Ana y Catalina Gil Rivas, Sucs. de.- 11 de diciembre de 1935.- Mayoría de 3 votos.)"

**"DERECHO DEL TANTO Y DERECHO DE RETRACTO. VENTA EN FAVOR DE UN TERCERO EXTRAÑO A LA COMUNIDAD.** Tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace en favor de un tercero extraño a la comunidad, se pueden presentar dos situaciones: cuando la venta está simplemente

propalada y cuando está consumada. En el primer caso, el ejercicio del derecho del tanto implica una venta directa del copropietario enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero mientras que en el segundo, el copartícipe que ejerce el derecho de retracto, se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador. (Sexta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: LI, Cuarta Parte. Página: 71. Amparo directo 3484/60. Jorge Esteban Nehme Letayf. 20 de septiembre de 1961. Mayoría de 3 votos. Ponente: José Castro Estrada. Disidentes: Gabriel García Rojas y José López Lira. Sexta Epoca, Cuarta Parte: Volumen XLIII, pág. 79. Amparo directo 5073/59. Luisa Felipa Hoz de Torquemada. 24 de enero de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Gabriel García Rojas. Nota: En el Volumen XLIII, pág. 79, aparece publicada bajo el rubro: "RETRACTO, ALCANCE Y SENTIDO DE LA ACCION DE.")"

### **"DERECHO DEL TANTO Y ACCION DE RETRACTO.**

**DURACION.** En los términos del artículo 1292 del Código Civil, el ejercicio del derecho del tanto supone que la venta de los derechos hereditarios entre el copartícipe y el tercero extraño no se ha consumado, así como que no se notificó a los coherederos las bases o condiciones en que fue concertada; de modo que si la venta se realiza omitiendo la notificación aludida, resulta jurídicamente imposible el uso del derecho del tanto; más el desconocimiento y violación de este derecho engendran la acción de retracto que tiene por objeto en la vía judicial el respeto de dicho derecho, removiendo el obstáculo jurídico que implica la venta hecha al tercero. En virtud de la acción de retracto no solamente se nulifica la venta sino que el coheredero se subroga en los derechos del

cesionario; cabe observar que esta nulidad no tiene por objeto volver las cosas al estado que tenían antes, como sucede en el mayor número de las nulidades, toda vez que su efecto no es que el vendedor devuelva el precio al comprado y éste a aquél los derechos vendidos, sino que el heredero ejercitante de la acción de retracto se substituya y subrogue en los derechos y obligaciones del comprador en los términos y condiciones en que hubiere pactado, devolviendo al comprador el precio que haya pagado; por ello si en el ejercicio del derecho del tanto puede pagar el heredero el precio dentro del plazo de ocho días, en el ejercicio de la acción de retracto es condición sine qua non que se exhiba el precio con la demanda, puesto que el actor va a subrogarse en los derechos del comprador por efecto de la sentencia. Por otra parte es también importante establecer que el término para hacer uso del derecho del tanto es diverso del término para ejercitar la acción de retracto que compete a quien no se le dio oportunidad de hacer valer aquel derecho; en efecto, el término para usar del derecho del tanto es de ocho días contado a partir de la notificación que se haga a los coherederos, mientras que la acción de retracto puede deducirse durante el plazo de diez años que la ley señala para la prescripción en general de las acciones.- El derecho del tanto y la acción de retracto son en el fondo lo mismo; mas de tal aseveración no puede deducirse que su ejercicio esté regido por el mismo término; es cierto que en el fondo ambas acciones son lo mismo en cuanto tienden a proteger el derecho de preferencia que concierne a los coherederos excluidos en la venta de los derechos hereditarios, pero según se ha observado el modo de ejercitar ambos derechos y el plazo dentro del cual deben hacerse valer son completamente diferentes. (Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XXXIV, Pág. 76. A.D. 3761/59.- Sucesión de María de Jesús Vda. De Ledesma y Coags.- Unanimidad de 4 votos.)"



**"DERECHO DEL TANTO Y ACCION DE RETRACTO.**

**DURACION.** El derecho del tanto y la acción de retracto son en el fondo lo mismo; mas de tal aseveración no puede deducirse que su ejercicio esté regido por el mismo término; es cierto que en el fondo ambas acciones son lo mismo en cuanto tienden a proteger el derecho de preferencia que concierne a los coherederos excluidos en la venta de los derechos hereditarios, pero según se ha observado el modo de ejercitar ambos derechos y el plazo dentro del cual deben hacerse valer son completamente diferentes. (Sexta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XXXIV, Cuarta Parte. Página: 76. Amparo directo 3761/59. Sucesión de María de Jesús vda. de Ledesma y coags. 21 de abril de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Tesis relacionada con jurisprudencia 2/85.)"

**"DERECHO DEL TANTO Y ACCION DE RETRACTO.**

**DURACION.** En los términos del artículo 1292 del Código Civil, el ejercicio del derecho del tanto supone que la venta de los derechos hereditarios entre el copartícipe y el tercero extraño no se ha consumado, así como que no se notifico a los coherederos las bases o condiciones en que fue concertada; de modo que si la venta se realiza omitiendo la notificación aludida, resulta jurídicamente imposible el uso del derecho del tanto; más el desconocimiento y violación de este derecho engendran la acción de retracto que tiene por objeto en la vía judicial el respeto de dicho derecho, removiendo el obstáculo jurídico que implica la venta hecha al tercero. En virtud de la acción de retracto no solamente se nulifica la venta sino que el coheredero se subroga en los derechos del cesionario; cabe observar que esta nulidad no tiene por objeto volver las

cosas al estado que tenían antes, como sucede en el mayor número de las nulidades, toda vez que su efecto no es que el vendedor devuelva el precio al comprador y éste a aquél los derechos vendidos, sino que el heredero ejercitante de la acción de retracto se substituya y subrogue en los derechos y obligaciones del comprador en los términos y condiciones en que hubiere pactado, devolviendo al comprador el precio que haya pagado; por ello, si en el ejercicio del derecho del tanto puede pagar el heredero el precio dentro del plazo de ocho días, en el ejercicio de la acción de retracto es condición sine qua non que se exhiba el precio con la demanda, puesto que el actor va a subrogarse en los derechos del comprador por efecto de la sentencia. Por otra parte, es también importante establecer que el término para hacer uso del derecho del tanto es diverso del término para ejercitar la acción del retracto que compete a quien no se le dio oportunidad de hacer valer aquél derecho; en efecto, el plazo para usar del derecho del tanto es de ocho días contando a partir de la notificación que se haga a los coherederos, mientras que la acción de retracto puede deducirse durante el plazo de diez años que la ley señala para la prescripción en general de las acciones. (Sexta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XXXIV, Cuarta Parte. Página: 76. Amparo directo 3761/59. Sucesión de María de Jesús vda. de Ledesma y coags. 21 de abril de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Tesis relacionada con jurisprudencia 2/85.)"

**"ARRENDAMIENTO. DERECHO DEL TANTO Y ACCION DE RETRACTO.** Tratándose de la enajenación que un arrendador hace en favor de un tercero extraño a la relación arrendaticia, se pueden presentar dos situaciones: cuando la venta está simplemente propalada y cuando

está consumada. En el primer caso los inquilinos pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una venta directa del arrendador enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en el segundo caso, los inquilinos preteridos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador. (Octava Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VII-Marzo. Página: 113. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 5239/90. María Teresa Liliana Becerra de Segarra. 21 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa. Secretaria: María Guadalupe Gama Casas.)”

**"DERECHOS, DEL TANTO Y DE RETRACTO. SON LOS QUE PUEDE EJERCITAR EL INQUILINO PRETERIDO, EN CASO DE VENTA DEL BIEN, MOTIVO DE LA RELACION CONTRACTUAL DE ARRENDAMIENTO.** Tratándose de la enajenación que un arrendador haga en favor de un tercero extraño a la relación arrendaticia, es factible que se presenten dos situaciones: cuando la venta está simplemente difundida y, cuando la misma, se ha consumado. En el primer caso, el inquilino puede reclamar el derecho del tanto, consistente en la preferencia que éste tiene de la venta del bien en los términos del contrato ofertado con el tercero; mientras que en el segundo supuesto, el arrendatario preterido, tiene la posibilidad de intentar el derecho de retracto; pero, debiéndose subrogar en todos los derechos y obligaciones del comprador. (Novena Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: I, Abril de 1995. Tesis: I.6o.C.5 C. Página:

145. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 816/95. David García Sánchez y otro. 28 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano. Secretaria: María Teresa Covarrubias Ramos.)"

**"ARRENDAMIENTO. VIOLACION AL DERECHO DEL TANTO, PROCEDE LA ACCION DE RETRACTO SOLO SI SE EXHIBE POR EL INQUILINO EL PRECIO PAGADO POR TERCERO ADQUIRENTE EN VENTA CONSUMADA.** En el derecho de preferencia del tanto se pueden dar dos supuestos a saber: uno cuando se está dentro del período de propalación de venta por el arrendador, en cuyo evento el inquilino tendrá el derecho de exigir que se respete su prerrogativa de preferencia y que en igualdad de condiciones a otra interesado se lleve a cabo la operación con dicho arrendatario; otra hipótesis es cuando se está en presencia de una venta consumada, cuyo caso presenta diversas particularidades jurídicas, como son el que exista un precio ya pagado por un tercero, quien adquirió el inmueble cuestionado; asimismo, que para eliminar el obstáculo que significa la presencia de ese tercero, se requiere que el arrendatario se subrogue, no sólo en los derechos de aquél, sino también en sus obligaciones, en las mismas condiciones convenidas en el contrato de compraventa, devolviendo al comprobar el precio que haya pagado y, como una consecuencia de todo lo anterior, obtener la nulidad sui generis que se deriva de la acción que debe seguirse para ese tipo de casos, que concretamente lo es la de retracto. Con motivo de lo anterior, para que la acción instaurada resulte procedente es menester que se exhiba con la demanda el precio convenido, lo anterior en virtud de que al necesitarse la subrogación en los derechos y obligaciones del tercero adquirente, es

menester que se cumplan las mismas cargas que aquél tuvo que satisfacer, situación que encuentra su apoyo en la norma prevista en el artículo 2306 del Código Civil, la que no pugna con los preceptos 2448-I y 2448-J, del Código en cita, sino que por el contrario viene a complementarlos, al regular los requisitos que deben ser reunidos por quien pretende a través de la acción adecuada obtener la nulidad de una compraventa realizada respecto de la cual se arguye se consumó sin respetarse el derecho de preferencia por el tanto. (Octava Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: IX-Abril. Página: 436. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 411/92. Nelva Nohemí Álvarez de Morales. 13 de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Guillermo Campos Osorio.)"

**"IMPROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA LA VENTA REALIZADA SIN RESPETAR EL DERECHO DEL TANTO DEL ARRENDATARIO.** El juicio de amparo promovido con fundamento en el artículo 114 de la Ley de Amparo, no es el medio legal idóneo para obtener la nulidad de la venta realizada sin que se respetara el derecho del tanto, en términos del artículo 2448-I del Código Civil para el Distrito Federal, puesto que la nulidad de la compraventa judicial fincada en favor de terceros, respecto de un inmueble objeto de arrendamiento, sólo puede ser decretada en un juicio contencioso seguido ante la potestad común, en el que se dilucide si el inquilino interesado es o no titular del referido derecho del tanto, y si tal derecho le fue o no respetado; es decir, que es a través del ejercicio de la acción de retracto, la forma cómo el arrendatario puede obtener la nulidad de la venta judicial respectiva.

(Octava Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: IX-Marzo. Página: 214. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 1211/91. Stephen J. Smith. 5 de diciembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.)"

**"ARRENDAMIENTO. ACCION DE RETRACTO. PRECIO, DEBE**

**EXHIBIRSE CON LA DEMANDA.** En virtud de la acción de retracto no solamente se nulifica la venta, sino que el inquilino preterido se subroga en los derechos del comprador cabe aclarar que esa nulidad no tiene por objeto volver las cosas al estado que tenían, como sucede en la mayoría de las nulidades, toda vez que su efecto no es que el vendedor devuelva el precio al comprador y que éste a su vez devuelva al vendedor los derechos que le transmitió, sino que el arrendatario ejercitante de la acción de retracto se substituye o subroga en los derechos y las obligaciones del comprador en los términos y condiciones en que hubiere pactado, devolviendo al comprador el precio que haya pagado; por lo tanto, si en el ejercicio de derecho del tanto puede pagar el inquilino el precio dentro del plazo de quince días que marca el artículo 2448-J del Código Civil para el Distrito Federal, en el ejercicio de la acción de retracto es condición sine qua non que "exhiba el precio con la demanda", puesto que el actor va a subrogarse en los derechos del comprador por efecto de la sentencia en esa virtud, si el inquilino no acompañó a su demanda, al ejercitar la acción de retracto, el precio de la operación de compraventa que pretendía nulificar, dicha acción resulta improcedente. (Octava Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VII-Marzo. Página: 111.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 5239/90. María Teresa Liliana Becerra de Segarra. 21 de febrero de 1991 . Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretaria: María Guadalupe Gama Casas.)"

**"ACCION DE RETRACTO. TERMINO A PARTIR DEL CUAL SE DEBE HACER USO DE LA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUANAJUATO).** Al exigir el artículo 2548 del Código Civil para el estado de Guanajuato, que el heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario, debe notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquéllos, dentro del término de quince días, hagan uso del derecho del tanto. Dicha exigencia no tiene otra finalidad, sino la de que los herederos tengan conocimiento fehaciente de la compraventa, sus condiciones y de la fecha en que corre el término a partir del cual se debe hacer uso de la acción de retracto. (Octava Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: IV Segunda Parte-1. Página: 36. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 62/89. Guillermo Martínez Secundino. 22 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero. Secretaria: Alicia Gómez Lagos.)"

**"RETRACTO, TERMINO PARA EJERCITAR LA ACCION DE.** El artículo 1156 del Código Civil del Estado de Nuevo León, establece el término de diez años para la procedencia de la prescripción negativa, es decir, para que se extinga el derecho de pedir el cumplimiento de una

obligación contados desde que ésta sea exigible. Ahora bien, si la acción de retracto nace a quien no se le dio el aviso a que se refiere el numeral 970 del ordenamiento legal invocado, para que ejercite el derecho del tanto, es obvio que al no existir este aviso, trae como consecuencia el desconocimiento de la venta del inmueble proindiviso, por lo que no puede alegarse válidamente que la prescripción comienza a correr a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de dicha venta el copropietario, toda vez que si ésta se llevó a cabo en escritura pública inscrita en el Registro Público de la Propiedad, a partir de este acto (inscripción), debe empezar a computarse el término para la prescripción de la multitudada acción, ya que no debe pasar desapercibido que la finalidad de las inscripciones realizadas ante dicha dependencia es darle publicidad a los actos que se inscriban, máxime el desconocimiento de la venta por omisión del aviso aludido origina la acción de retracto, es decir, ésta compete a quien no se le dio oportunidad de hacer valer el derecho del tanto. (Octava Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: IV Segunda Parte-1. Página: 470. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo directo 246/89. Dolores Vergara G. viuda de Z. 10 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Meza Pérez. Secretario: Abraham Calderón Díaz.)"

### **"REVERSION DEL BIEN EXPROPIADO. CUANDO PROCEDE.**

La reversión es la institución a través de la cual se concede un derecho subjetivo al antiguo propietario de un bien expropiado para readquirirlo cuando transcurrido el plazo de cinco años no se haya destinado al fin previsto en el decreto expropiatorio, sea por causas imputables a la autoridad expropiante o al beneficiario, o por razones incluso de orden



público no imputables a ellos. En este sentido, la falta de aplicación del bien al fin de la expropiación no supondrá en todos los casos una conducta antijurídica de la autoridad o del beneficiario pues bien puede obedecer a fenómenos ocurridos con posterioridad a la expropiación que haga inconveniente o inoportuna la ejecución del decreto, como sucedería por ejemplo con la congelación de partidas presupuestales, la cancelación de programas de obras públicas, o una necesidad colectiva de atención prioritaria. Sin embargo, cualquiera que fuera el motivo del incumplimiento, tendrá el antiguo propietario del bien la acción real de retracto, es decir, de reversión. (Séptima Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 217-228 Sexta Parte. Página: 567. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 673/85. Sistema de Transporte Colectivo (Metro). 26 de mayo de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.)"

**"RETRACTO. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD (LEGISLACION DEL ESTADO DE TAMAULIPAS).** Para poder demandar la nulidad de la enajenación otorgada en favor de extraños, respecto de la parte alícuota de un bien pro-indiviso, es requisito indispensable que al momento de demandar, el actor sea copropietario del mismo. (Séptima Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 163-168 Sexta Parte. Página: 135. TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo directo 475/81. Francisco Gerardo Gómez Meza. 8 de octubre de 1982. Ponente: Arturo Sánchez Fitta.)"

**"RETRACTO, ACCION DE. COMPETENCIA. (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE MEXICO).**

Cuando se ejercita acción personal de retracto y dos son las personas demandadas, con diversos domicilios, uno de ellos dentro de la jurisdicción del Juez ante quien el actor ejercitó su acción, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 156, fracción IV, y 51, misma fracción, de los Códigos de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales y del Estado de México, en relación con el artículo 32 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se impone declarar que el citado Juez es el competente para conocer del juicio. (Sexta Epoca. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXXX, Primera Parte. Página: 28. Competencia 60/67. Pánfilo Alfonso Garduño Rivera. 2 de abril de 1968. Unanimidad de 15 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.)"

**"DERECHO AL TANTO Y RETRACTO, PREFERENCIA ENTRE EL USUFRUCTUARIO Y EL COPROPIETARIO CUANDO AMBOS GOZAN DEL (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE JALISCO).** El artículo 1105 del Código Civil del Estado de Jalisco, establece que el usufructuario goza del derecho del tanto y agrega que a él es aplicable lo dispuesto en el artículo 984, en lo que se refiere a la forma de dar el aviso de la enajenación de la cosa indivisa que se tiene convenida con un extraño, a fin de que los copartícipes puedan hacer uso del derecho del tanto, de que gozan, y al tiempo en que se debe hacer uso de dicho derecho. Para la correcta interpretación de tal precepto, es pertinente tener en cuenta que su texto corresponde exactamente al del artículo 1005 del Código Civil para el Distrito y Territorio Federales actualmente vigente y que tienen su

antecedente en el artículo 892 del Código Civil para el Distrito Federal del año de 1884, que sólo decía así: "El usufructuario goza del derecho del tanto", artículo que a su vez, fue tomado del 992 del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, redactado en idénticos términos, de los que se desprende el reconocimiento al usufructuario, del derecho del tanto, pero no, que lo pueda hacer valer frente a los copropietarios de la nuda propiedad, porque con respecto a éstos se encuentren en situación de copartícipe, ni con igual interés entre sí, y no sea extraño a ellos. Es indudable que el derecho del tanto, se concede a las personas que tienen el mismo interés entre sí, o sea entre los que tienen un derecho de igual naturaleza, como sucede entre los copropietarios, entre los coherederos o entre los socios y sucederá igual cosa, entre los usufructuarios, cuando existan cusufructuarios, porque entonces, esto significaría que entre sí tienen el mismo interés. Pero tal situación no surge entre los copropietarios de la nuda propiedad y el usufructuario, pues entre aquéllas y este no existe identidad de interés, ni derechos, ya que la copropiedad y el usufructo suponen derechos de diversa naturaleza, aunque verse sobre la misma cosa, de lo que se sigue que nudo propietario y el usufructuario resultan titulares de derechos reales distintos, de manera que entre ambos, no existe la comunidad de intereses que se ve claramente entre socios, coherederos y copropietarios, lo cual lleva a concluir, que el usufructuario es extraño a los copropietarios. En apoyo de esta conclusión, puede invocarse que en nuestra tradición jurídica se ha negado el derecho del retracto al usufructuario, por la razón de que el usufructuario no es dueño ni cuasi dueño directo ni útil de la cosa. De esta manera se ve con claridad que aún cuando se reconozca al usufructuario el derecho de retracto, cuando existan dos o más personas con el derecho de retraer, tiene preferencia el

comunero con relación al usufructuario, de modo que entre un copropietario y un usufructuario, gozando ambos de derecho del tanto, debe ser preferente el derecho del copropietario y que esto es, a lo sumo, lo que podría admitirse, ante el texto del artículo 1105 del Código Civil del Estado de Jalisco, idéntico al artículo 1005 del Código Civil vigente para el Distrito y Territorio Federales. (Sexta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: LII, Cuarta Parte. Página: 92. Amparo directo 1752/60. Josefina Ceballos de la Madrid. 5 de octubre de 1961. Mayoría de 3 votos.)"

**"DERECHO AL TANTO, FINALIDAD DEL.** El derecho al tanto tiene por objeto fundamental evitar la intromisión de un extraño en la comunidad, evitar que la participación de un extraño en la cosa común pueda crear problemas mayores que los que ya por sí mismo crea frecuentemente el estado de indivisión; por otra parte, también tiene como un fin mediato, evitar la prolongación del estado de copropiedad. En consecuencia, puede decirse que tiene por fin proteger los intereses privados de los copropietarios, y no pretende tutelar el orden público, pues si bien es verdad que puede pensarse que la ley está interesada en que no se prolonguen los estados de indivisión, también lo es que no establece imperativamente la obligación de terminarlos, puesto que si bien es cierto que el derecho de retracto tiene por objeto, como antes se dijo, hacer posible que el propietario adquiera la parte alícuota enajenada en favor del tercero también lo es que la ley no lo obliga a ello, de tal modo que es el propio titular del derecho quien decide si la ejercita o no. (Sexta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XL, Cuarta Parte. Página: 111. Amparo directo 5965/57. Pedro

Solís Salas. 27 de octubre de 1960. 5 votos. Ponente: José Castro Estrada.)"

**"RETRACTO, NULIDAD PROVENIENTE DE UNA VENTA A UN TERCERO EXTRAÑO A LA COMUNIDAD, CARACTERISTICAS DE LA.** Si bien es verdad que por la acción de retracto se nulifica la venta celebrada con el tercero extraño a la copropiedad, esa nulidad no tiene por objeto volver las cosas al estado que antes tenían, como sucede en la mayor parte de las nulidades, puesto que no tienen el efecto de que el comprador devuelva el precio al vendedor y este recupere la propiedad de la cosa, sino que por el retracto el copartícipe actor se subroga en los derechos del comprador, de modo que a éste le devuelve el precio y es este quien le entrega la cosa. Se trata, en consecuencia, de una nulidad, la proveniente del retracto, con características especiales que la distinguen de la generalidad de las nulidades. (Sexta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XL, Cuarta Parte. Página: 187. Amparo directo 5965/57. Pedro Solís Salas. 27 de octubre de 1960. 5 votos. Ponente: José Castro Estrada.)"

**"DERECHO DEL TANTO Y DERECHO DE RETRACTO (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE COAHUILA).** El derecho del tanto y el de retracto son, en el fondo, lo mismo, salvo que el primero se ejercita antes de que la cosa sea vendida, mientras que el segundo se hace valer cuando la cosa ya ha sido vendida, siendo presupuesto necesario de ambos, la existencia de la copropiedad en los casos en que específicamente lo determinan los artículos 970 y 1189 del Código Civil de Coahuila, iguales,

respectivamente, al 973 y al 1292 del Código del Distrito. (Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXXVI. Página: 589. Amparo directo 1082/52. Teresa Galván vda. de González, Suc. 26 de noviembre de 1954. Mayoría de tres votos. Disidente: Vicente Santos Guajardo. Ponente: Gabriel García Rojas.)"

**"DERECHOS DEL TANTO Y DE RETRACTO (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL Y DE COAHUILA).** El derecho del tanto y el de retracto son en el fondo lo mismo, salvo que el primero se ejercita antes de que la cosa sea vendida, mientras que el segundo se hace valer cuando la cosa ya ha sido vendida, y es presupuesto necesario de ambos la existencia de la copropiedad en los casos en que específicamente lo determinan los artículos 970 y 1189 del Código Civil de Coahuila, iguales, respectivamente, al 973 y al 1292 del Código del Distrito. (Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXXII. Página: 1477. Amparo civil directo 1082/52. Galván Vda. de González Teresa, Suc. de y coags. 26 de noviembre de 1954. Mayoría de tres votos. Ausente: José Castro Estrada. Disidente: Vicente Santos Guajardo. Ponente: Gabriel García Rojas.)"

**"DERECHO DEL TANTO, TERMINO PARA EJERCITARLO.**

Cuando un heredero enajena a un extraño sus derechos hereditarios, sin hacer a su coheredero la notificación exigida por el artículo 1292 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, el coheredero no está obligado a expresar su deseo de adquirir la porción enajenada dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que se enteró de la realización de la venta, pues tal plazo cuenta sólo para el caso en que se le notifique la mera concertación de la venta a realizarse y no cuando se le entere de que la

operación quedó ya realizada, porque cuando esto último ocurre, es obvio que la enajenación ya ejecutada es un obstáculo para el ejercicio del derecho del tanto, dentro del término fijado en el citado precepto, y entonces la acción de nulidad sirve de medio para ejercer ese derecho, sin sujeción a otro plazo que el general de la prescripción, pues es de considerarse que tal acción de nulidad constituye medio para que se realice el derecho conocido con el nombre de retracto, que en el momento de manifestarse que se hace uso de él, entra dentro del patrimonio del reclamante. (Quinta Epoca. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXIV. Página: 99. Amparo civil directo 3164/49. Brera Recillas Humberto Eloy. 17 de octubre de 1952. Mayoría de tres votos. Disidentes: Felipe Tena Ramírez y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Rafael Matos Escobedo.)"

**"SIMULACION DEL PRECIO EN LA COMPRAVENTA, PARA IMPEDIR QUE LOS CONDUENOS HAGAN USO DEL DERECHO DEL TANTO. (LEGISLACION DE SONORA).**

Debe estimarse que la autoridad responsable obró legalmente si consideró probada la simulación de un contrato de compraventa, con apoyo en los artículos 2361, 2362, 2366 y 2368 del Código Civil del Estado, porque las partes declararon falsamente lo que en verdad no se convino entre ellas, asignándole a la cosa un precio notoriamente alejado de la realidad, con el fin de traspasar la propiedad de la misma, a una persona extraña al condominio, evitando que los condueños pudieran hacer uso del derecho del tanto, por el precio exagerado que se fijó simuladamente a la cosa, pues según doctrina autorizaba (Ferrara, en La Simulación de los Negocios Jurídicos), "la simulación puede limitarse al precio estipulado en el contrato; así, a veces, se hace aparecer un precio exagerado para excluir

o hacer muy gravoso el ejercicio del retracto legal. El retrayente tendría que entregar un precio enorme y ante esto, prefiere renunciar; pero tiene derecho de impugnar por simulación el precio que aparece convenido". (Quinta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXI. Página: 1808. Amparo civil directo 6791/41. Aguayo Arturo B. 13 de marzo de 1952. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos I. Meléndez. Ponente: Vicente Santos Guajardo.)"

**"DERECHO DEL TANTO DE LOS COHEREDEROS, ACCION DE RETRACTO COMO CONSECUENCIA DEL LEGISLACION DE TAMAULIPAS.** Debe entenderse que la nulidad de la venta a un extraño por el heredero de parte de los bienes que le pertenecen en mancomún, por la falta de notificación a sus coherederos, acerca de las bases o condiciones en que se haya concertado la venta, a fin de que éstos hagan uso del derecho del tanto, ha sido establecida por el artículo 1641 del Código Civil del Estado de Tamaulipas, para que, como consecuencia de la nulidad decretada, el que la pidió, adquiriera las cosas vendidas, por el mismo precio en que el extraño las compró, pues de lo contrario, la nulidad pedida sería ocioso, por no tener razón de ser; de modo que si la ley obliga a vender, cuando los herederos aceptan hacer uso del derecho del tanto, con mayor razón obliga, en el caso de nulidad de esa venta, por falta de notificación a aquéllos. Por consiguiente, aun cuando el artículo 1641 citado no establece de una manera expresa la acción de retracto, la nulidad a que el mismo precepto se refiere, produce los mismos efectos. (Quinta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XCV. Página: 76. Amparo civil directo 9673/45. Fregoso viuda de Juárez Virginia y coagraviados. 7



de enero de 1948. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.)"

**"DERECHO DEL TANTO EN CASO DE USUFRUCTO.** De acuerdo con nuestra legislación, no existe de retracto en la forma establecida en legislaciones extranjeras, rigiendo únicamente el derecho del tanto, el que está sujeto, en su ejercicio, el término de ocho días, pues una vez concluido éste, surge el fenómeno de la caducidad; pero de acuerdo con la ley, mientras no se haga la notificación de la venta, ésta no producirá efecto alguno. En tales condiciones, y teniendo en cuenta la doctrina sobre el derecho procesal y aun la misma legislación vigente en el Distrito Federal y en varios Estados que la han adoptado, y que admiten la existencia de las acciones declarativas y sus consecuencias jurídicas inmediatas, resulta que se puede accionar válidamente para obtener una sentencia de declaración, en el sentido de que la venta hecha por el nudo propietario, sin la notificación al usufructuario, para ponerlo en capacidad de ejercitar el derecho del tanto, es nula o inexistente, porque la propia ley dispone que mientras no se haga esa notificación, la operación no produce efecto legal alguno, sin que obste en contrario, las circunstancias que intervienen cuando se ejercita el derecho del tanto, respecto a las condiciones de la operación y el precio de la misma, porque los actores pueden lícitamente dividir sus acciones en la forma que a sus intereses convenga, dado que, al obtener la sentencia declarativa de nulidad de la operación, debe requerirse al obligado al tanto, para que se verifique la compraventa con el propio actor; en los términos que la ley señala, y en caso de que se allane, ocurrir judicialmente para obtener una sentencia de condena en la que se imponga al obligado necesidad de verificar el contrato con el actor, en las mismas condiciones y en el mismo precio con

que se había propalado la primitiva operación. (Quinta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: LXIV. Página: 1147.- Rivera Filomeno.- 17 de abril de 1940.- unanimidad de cinco votos.)"

**"RETRACTO, CONSIGNACION DEL PRECIO EN CASO DE.** El requisito para verificar la consignación del precio, se impone tratándose del retracto litigioso, pues en él, el cesionario se ve constreñido a recibir en pago del crédito, no su importe, sino la cantidad que pagó al cedente por la transmisión, pero en el retracto legal, cuya mira es distinta, no es justificada esa consignación, ya que si se ha contratado una venta a plazos por ejemplo, el copropietario debe sustituir al comprador en las mismas condiciones. Quinta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XLIII. Página: 1937.- Amparo en revisión 4570/33.- Sec. primera.- Uriarte María Guadalupe.- 5 de Marzo de 1935.- Unanimidad de cinco votos.)"

**"VENTAS CON PACTO DE RETRACTO.** El decreto 20 de octubre de 1915, expedido en Tabasco, sólo afecta a las escrituras de venta con pacto de retracto, no vencidas en la fecha de expedición. (Quinta Epoca. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XII. Página: 35.- Amparo Directo.- Blasnich viuda de Fojado Francisca.- 4 de enero de 1923.)"

**"REVERSION DEL BIEN EXPROPIADO. CUANDO PROCEDE.** La reversión es la institución a través de la cual se concede un derecho subjetivo al antiguo propietario de un bien expropiado para readquirirlo cuando transcurrido el plazo de cinco años no se haya destinado al fin

previsto en el decreto expropiatorio, sea por causas imputables a la autoridad expropiante o al beneficiario, o por razones incluso de orden público no imputables a ellos. En este sentido, la falta de aplicación del bien al fin de la expropiación no supondrá en todos los casos una conducta antijurídica de la autoridad o del beneficiario pues bien puede obedecer a fenómenos ocurridos con posterioridad a la expropiación que haga inconveniente o inoportuna la ejecución del decreto, como sucedería por ejemplo con la congelación de partidas presupuestales, la cancelación de programas de obras publicas, o una necesidad colectiva de atención prioritaria, sin embargo, cualquiera que fuera el motivo del incumplimiento, tendrá el antiguo propietario del bien la acción real de retracto, es decir, de reversión. (Séptima Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Informes Tomo: Informe 1987, Parte III. Página: 139. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 673/85. Sistema de Transporte Colectivo Metro. 26 de mayo de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaría: Adriana Leticia Campuzano Gallegos.)"

**"RETRACTO, CONSIGNACION DEL PRECIO EN CASO DE.** El requisito para verificar la consignación del precio, se impone tratándose del retracto litigioso, pues en él, el cesionario se ve constreñido a recibir en pago del crédito, no su importe, sino la cantidad que pagó al cedente por la transmisión, pero en el retracto legal, cuya mira es distinta, no es justificada esa consignación, ya que si se ha contratado una venta a plazos por ejemplo, el copropietario debe sustituir al comprador en las mismas condiciones. (Quinta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XLIII. Página: 1937).

## BIBLIOGRAFIA

1. Anales de Jurisprudencia. Editorial: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Tomo 200. Tercera Epoca. México, 1990.
2. Barber Cárcamo, Roncesvalles. Anuario de Historia del Derecho Español. El Retracto Gentilicio en la Codificación. Tomo LX. Madrid, 1990.
3. Bolaños Martínez, Raúl. Historia 2. Nuestro Pasado, Sociedad y Civilizaciones de la Edad Antigua y la Epoca Feudal. Editorial: Kapelusz Mexicana, S.A. de C.V. Cuarta Edición. México, 1988.
4. Bonnecase, Julien. Elementos de Derecho Civil. Tomo III. Traducción por: José M. Cajica JR. Editorial: Cárdenas Editor y Distribuidor.
5. Burón, Gregorio. Derecho Civil Según los Principios, Los Códigos y las Leyes Precedentes y la Reforma del Código Civil. Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de Andrés Martín. Tomo III. Valladolid. 1900.
6. Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. T. II. C-CH.
7. Caravantes, José de Vicente. Tratado de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil. Tomo III. Editorial: Angel Editor. México, 1998.
8. Chiovenda Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil. Tradicción y Compilación de Enrique Fugueroa Alfonso. Editorial: Pedagogía Iberoamericana, Clasicos del Derecho. México, 1995.
9. Código Civil para el Distrito Federal. Editorial: Sista. México, 2001.
10. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial: Sista. México, 2001.

11. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista. México, 2000.
12. Diccionario de la Lengua Española. Editorial: Espasa-Calpe. Décima Sexta Edición. Madrid, 1º de julio de 1936.
13. Diccionario Jurídico Mexicano. Volumen: P-Z. Editorial: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. Segunda Edición. México. 1988.
14. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas Negocio Jurídico e Invalidez. Editorial: Porrúa S.A. México, 1992.
15. Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial: Diskrill S.A. Tomo XXIV. Buenos Aires. 1978.
16. Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial: Driskill, S.A. Buenos Aires. 1978.
17. Enneccerus-Kip-Wolf, Lehmann. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones. Tomo II, Vol. 2º. Editorial: Boch. Barcelona.
18. Enneccerus-Kip-Wolf, Lehmann. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones. Tomo II, Vol. 1º. Editorial: Boch. Barcelona.
19. Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Editorial: Librería de Rosa, Bouret Y.C. París, 1852.
20. Flores Barraza, Eusebio. Prontuario General de Derecho Romano. Editorial: Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1991.
21. García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial: Porrúa. Decimocuarta Edición. México, 1991.
22. Gaudemet Eugéne. Teoría General de las Obligaciones. Traducción y Notas de Derecho Mexicano por Pablo Macedo. Editorial: Porrúa, S.A. México, 1974.

23. Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal. Editorial: Sista. México, 2000.
24. Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles. Editorial: Porrúa. México, 1998.
25. Margadant S. Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. Editorial: Esfinge, S.A. Octava Edición. México, 1978.
26. Margadant S. Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. Editorial: Esfinge S.A. Octava Edición. México, 1978.
27. Martínez García de León, Fernando. La Acción Pauliana. Actos Verdaderos Ejecutados en Perjuicio de Acreedores y la Defensa Jurídica del Crédito. Editorial: Porrúa. México, 1999.
28. Martínez Ruiz, Antonio. El Código Civil Interpretado por el Tribunal Supremo. Tomo IX. Madrid, 1908.
29. Mendieta y Nuñez, Lucio. El Problema Agrario en México. Editorial: Porrúa. S.A. Novena Edición, México, 1996.
30. Morales, José Ignacio. Derecho Romano. Editorial: Trillas. México, 1992.
31. Morineau Iduarte, Martha y Román Iglesias González. Derecho Romano. Editorial Harla. Segunda Edición. México, 1992.
32. Muñoz, Luis. Teoría General del Contrato. Editorial: Cárdenas. México, 1973.
33. Muñoz, Luis DR. La Compraventa. Editorial: Cárdenas Editores y Distribuidores. México, 1976.
34. Navarro Amandi, Mario. Cuestionario del Código Civil Reformado. Tomo IV. Editado en la Imprenta de Infantería de Marina. Madrid, 1981.
35. Novoa Monrreal, Eduardo. El Derecho como Obstáculo al Cambio Social. Editorial: Siglo XXI. Séptima Edición. México, 1985.

36. Pallares, Eduardo. Tratado de las Acciones Civiles. Editorial: Porrúa. Sexta Edición. México, 1991.
37. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Registral. Editorial: Porrúa. Sexta Edición. México, 1997.
38. Ramos Medrano, José Antonio. Los Derechos de Tanteo y Retracto en la Legislación Urbanística. Editorial: Dykinson. Madrid, 1995.
39. Revista del Senado de la República. Vol. 16. Editorial: Senado de la República LVII Legislatura. México, 1999.
40. Reynoso, Luis. Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. Introducción, Exposición y Crítica. México, 1960.
41. Riaza, Narciso. Los Retractos, Errores Dominantes Acerca de la Materia. Editorial: Reus, S.A. Madrid, 1919.
42. Secco Ellauri, Oscar y Pedro Daniel Baridon. Historia Universal. Epoca Contemporánea. Editorial: Kapelusz. Duodécima Edición. Buenos Aires, 1972.
43. Trías Monge, José. Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. El Envejecimiento de los Códigos. El Caso del Retracto del Crédito Litigioso. Vol. 64, Número 3.

# INDICE

|                    |   |
|--------------------|---|
| INTRODUCCION ..... | 1 |
|--------------------|---|

## I. CAPITULO PRIMERO

### GENERALIDADES

|   |    |
|---|----|
| 1.1 Estudio de la cuestión .....  | 1  |
| 1.2 Concepto jurídico del retracto .....                                      | 5  |
| 1.3 Las fuentes del retracto .....  | 12 |
| 1.4 El retracto en las legislaciones anteriores al Código Civil de 1928 ..... | 17 |
| 1.5 El retracto en nuestra legislación civil mexicana .....                   | 25 |
| 1.6 Tipos de retracto .....   | 28 |

## II. CAPITULO SEGUNDO

### PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMATICA SOBRE LA NATURALEZA Y LA EXISTENCIA DEL RETRACTO

|  |    |
|--|----|
| 2.1 La falta de regulacion expresa sobre el retracto ..... | 35 |
|--|----|



|  |     |
|--|-----|
|  | 218 |
| 2.2 La acción de retracto tratada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación -----  | 41  |
| 2.3 Las acciones contempladas dentro del Código de Procedimientos Civiles dentro de las que se puede subsumir la de retracto -----                                   | 44  |
| 2.4 El retracto considerado derecho convencional de resolución -----   | 59  |
| 2.5 El retracto considerado pacto u oferta de retroventa -----   | 62  |
| 2.6 El retracto considerado como una especie de derecho del tanto -----  | 66  |
| 2.7 El retracto considerado como una subrogación contractual -----   | 72  |
| 2.8 El retracto puede ser considerado derecho real y derecho personal -----  | 75  |
| 2.9 Los daños y perjuicios que se ocasionarían al transmitir el dominio de un bien sin consentimiento de los coherederos, los copropietarios y los coposedores ----- | 79  |

### III. CAPITULO TERCERO

#### LA SOLUCION SUGERIDA PARA DEFINIR LA NATURALEZA DEL RETRACTO

|  |     |
|--|-----|
| 3.1 Estudio de las teorías que explican el retracto -----  | 86  |
| 3.2 Estudio de los elementos esenciales que deben considerarse para la existencia del retracto -----           | 111 |
| 3.3 El retracto tiene una naturaleza casuistica -----  | 117 |
| 3.4 Estudio comparativo del retracto con otras figuras jurídicas cuya finalidad es también la de retraer ----- | 130 |

|  |     |
|--|-----|
| 3.5 La influencia de los cambios sociales para motivar las reformas a la legislación ----- | 137 |
|--|-----|

## V. CAPITULO CUARTO

### LA NECESIDAD DE QUE SE INCLUYA EN FORMA EXPRESA EN NUESTRA LEGISLACION EL RETRACTO.

|  |     |
|--|-----|
| 4.1 La posibilidad de incluir la acción de retracto en el capítulo de acciones del Código de Procedimientos Civiles -----  | 149 |
| 4.2 La necesidad de incluir un artículo 1292 bis en el Título Primero de las Sucesiones en el Código Civil para el Distrito Federal en el que en forma expresa se regule la distinción entre el derecho por el tanto, el derecho del tanto y el derecho de retracto -----  | 160 |
| 4.3 La necesidad de incluir un artículo 2304 bis dentro del capítulo de modalidades del contrato de compraventa en el Código Civil para el Distrito Federal para expresar la distinción entre el derecho por el tanto, el derecho del tanto y el derecho de retracto ----- | 171 |
| CONCLUSIONES -----   | 182 |
| APENDICE -----   | 190 |
| BIBLIOGRAFIA -----   | 213 |
| INDICE -----   | 217 |