

874
2ej



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

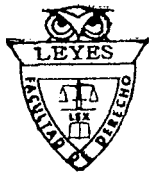
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**ANALISIS DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA
ACCION DE RETRACTO**

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE MANUEL SABAS LUJA

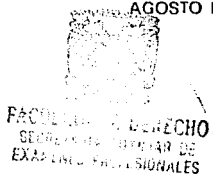
ASESOR: DR. AGUSTIN MARTINEZ MARTINEZ



CD. UNIVERSITARIA

AGOSTO DE 1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**





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 está 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.

P R O L O G O

Este trabajo de tesis que he desarrollado con todo mi entusiasmo viene a cristalizar la ilusión que desde hace mucho tiempo ha nutrido mi vida, en ella, tal vez careciendo de la experiencia necesaria y del material suficiente para la Investigación, se refleja mi esfuerzo y mi decisión por salir adelante, a pesar de los múltiples obstáculos que como en todas nuestras actividades, debemos superar para tener una mayor satisfacción al momento de alcanzar nuestros propósitos; en este trabajo queda plasmada no solamente mi preparación como estudiante de nuestra Facultad de Derecho de la cuatro veces centenaria Universidad Nacional Autónoma de México, sino además refleja la paciencia y el apoyo que me han brindado todas las personas que me rodean y que han hecho posible que en este momento los haga partícipes de toda mi alegría.

También quiero destacar que en esta época en que vivimos tiempos de cambio y renace lo que para mi es lo máximo, que es este bello País, mi Patria, mi México, todos sus habitantes no podemos abstraernos a tal situación, porque solamente de nosotros depende la grandeza de nuestra Nación; además como egresados de nuestra Facultad de Derecho tenemos el gran compromiso y la sagrada responsabilidad de recobrar la supremacía académica que por derecho le

corresponde a Nuestra Alma Mater, para continuar a la vanguardia no sólo de la Enseñanza Profesional de nuestro País, sino para marcar la pauta en el desarrollo Nacional, situación que no sólo nos corresponde enfrentarla y salir avantes, sino también preservarla para que generaciones posteriores la continúen, todo ello en beneficio de Nuestra Facultad, de nuestra Universidad y de la Patria. Porque la Patria además de que es un concepto sagrado, es un concepto vital, pues no solamente consiste en el lugar que sirve para vivir, y aún para morir, sino que además representa al conglomerado que permite la realización de los primordiales fines en ese suelo; nutrir, cobijar y educar a quienes en ella, encontramos cuna y bandera, idioma y nacionalidad, aquello que circula por nuestras venas e irriga todo nuestro cuerpo, y que vibra en el pecho cuando hablamos de nuestro México.

Que marche pues nuestra Facultad de Derecho con todos sus egresados y que la Patria siempre tenga presente que todos debemos ser dignos y ciudadanos constructores de nuestra Universidad Nacional Autónoma de México, que forma parte de nuestra Patria misma, que orgullosamente es nuestra PATRIA MEXICANA, por ello todos debemos siempre pensar en dos cosas en creer y en crear, en creer en México y en crear para México, por todo eso, va por tí, Patria México...

JOSE MANUEL SABAS LUJA.

I N T R O D U C C I O N

Este trabajo de tesis está encaminado a la obtención del título de Licenciado en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México, tiene por objeto principalmente el estudio la institución jurídica de la acción de retracto, y presenta como finalidades específicas destacar la importancia de esta figura en el Sistema Jurídico Mexicano, de acuerdo a sus características, elementos, efectos, la falta de regulación jurídica y las consecuencias que ello provoca.

He desarrollado este trabajo en cinco capítulos, siguiendo un método deductivo para partir de lo más general a lo más particular, de lo conocido a lo desconocido, confrontando las tendencias doctrinales que se han emitido en torno a esa acción.

En el primer capítulo, destaco la importancia del surgimiento del Derecho como un fenómeno social, su evolución, la necesidad de una especialización de acuerdo a cada una de las actividades humanas que regula, la ubicación del Derecho Civil en el concierto de las materias jurídicas, las transformaciones de esta rama del Derecho de acuerdo al transcurso del tiempo, y las ramas en que a la vez se subdivide, además de los aspectos más generales de la acción

de retracto y de la institución que le es muy similar del derecho del tanto, sus conceptos y sus definiciones.

En el segundo capítulo trato la génesis histórica de la acción de retracto, su evolución através de los siglos, con la finalidad de poder entender de la mejor manera posible todo su contexto y comprenderla con todas sus características que históricamente ha presentado y no solo con las cualidades que presenta en la actualidad.

En el capítulo tercero se realiza un análisis del fenómeno social de la propiedad y la copropiedad, sus aspectos primordiales, su desarrollo histórico, sus modalidades, la explicación si los demás derechos reales son limitaciones al derecho de propiedad o subsisten como derechos reales autónomos y específicos. La regulación de cada uno de estos aspectos desde el punto de vista constitucional y legal.

En el capítulo cuarto entro al análisis pormenorizado de la institución del retracto en lo particular y desde los puntos de vista dogmático y exegético, para determinar cual es su naturaleza jurídica, sus elementos tanto reales como personales, los requisitos para su ejercicio, término para ejercitar esta acción, sus especies o formas que puede revestir, el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el más Alto y

especializado tribunal de nuestro sistema jurídico, etcétera.

En el quinto y último de los capítulos emití mis conclusiones a que llego después del análisis de esta figura y propongo una forma de regulación en el Código Civil Vigente para unificar los criterios.

Espero que este tema despierte en los lectores el mismo interés que en mí animó el estudio de esta institución poco conocida en Nuestro País, y así mismo espero que sirva de antecedente y base para que en el futuro se logre la regulación expresa del retracto en México.

Ciudad Universitaria, D.F., Agosto de 1993.

CAPITULO

I

NOCIONES GENERALES

1.- NOCIONES GENERALES.

Desde sus orígenes el hombre en su imperante necesidad de encontrar sus, cada vez más complejos satisfactores, se ha unido en pequeños grupos como clanes, hordas o tribus, ya sea para hacer frente a un enemigo común, ya sea para que através del intercambio tener acceso a diversos servicios o productos que en forma individual le eran muy difíciles de obtener, de esta manera las relaciones interhumanas comienzan a hacerse más complejas a tal grado que al nacer la sociedad humana, tal vez fundada en un contrato social, como lo sostienen diversos autores como Juan Jacobo Rosseau, tal vez para continuar con su guerra eterna en contra del hombre mismo como lo sostiene Tomás Hobbes o tal vez porque no es una bestia ni un semi-dios como lo establece Aristóteles en su teoría naturalista, lo cierto es que la sociedad nace como una agrupación humana organizada que busca la satisfacción de las necesidades de sus miembros en conjunto.

De esa forma, las relaciones sociales interhumanas comienzan se vuelven más complejas, lo que hace necesario que el hombre busque una manera unificada de regular dichas conductas dentro de la sociedad, por ejemplo como sancionar castigar al que mata o al que roba, o como determinar quien tiene la razón cuando se dirime una controversia respecto a

una propiedad, así comienza a surgir el Derecho como una forma institucional heterocompositiva de resolver sus conflictos, la cual nace como un sistema de normas jurídicas bilaterales, generales, coercitivas y heterónomas que se encarga de regular la vida del hombre en la sociedad, en donde tiene función primordial el aparato coercitivo del Estado, característica que va a diferenciar a las normas jurídicas de otras reglas que antes regían a la conducta del hombre como eran las normas religiosas, usos sociales, costumbres, etcétera.

Así mientras el hombre continúa con su gran desarrollo tecnológico y científico, la complejidad de las relaciones humanas aumenta igualmente, en especial por su radio de acción, en forma tal que si antes abarcaban sólo a un pueblo, posteriormente abarcan una ciudad, una región o inclusive un país, reino o monarquía, aunado tal vez a diversos factores como los políticos y los militares, lo anterior provoca que el Derecho se continúe desarrollando en igual medida, y al ir creciendo se va especializando en materias determinadas, así a la rama de Derecho que previene y castiga los delitos la denomina Derecho Penal, la que se refiere al estudio de la Constitución la denominan Derecho Constitucional, etcétera.

Lo anterior trae como consecuencia directa que los tratadistas se ocupen de realizar una clasificación

de las ramas en que se divide el Derecho, así establecen la distinción de dos grandes grupos, Derecho Público y Derecho Privado, a este respecto existen diversas tesis para explicar la división que otros autores como León Duguit o Hans Kelsen consideran que sólo es de índole práctica o política, así tenemos que entre las principales teorías destaca la DOCTRINA CLASICA ROMANA o la Teoría del interés en juego [1] que considera, a través del insigne jurista Ulpiano que el Derecho Público es el que ataje a la conservación de la cosa romana (a la comunidad, interés colectivo), mientras que Derecho Privado lo que concierne a la utilidad de los particulares (interés particular). Por otra parte esta misma división en dos grandes ramas del Derecho trata de ser explicada por la TEORIA DE LA NATURALEZA DE LA RELACION de Jellinek [2], tesis que es la más aceptada, que establece que la división no debe considerarse desde el punto de vista de los intereses protegidos sino desde el punto de vista de la naturaleza de la relación, así tenemos que pueden darse relaciones de supraordenación o subordinación del Estado frente a los particulares, como en el caso del Derecho Penal o el Derecho Administrativo, o en un plano de coordinación como sucede en el Derecho Civil o Mercantil en donde los individuos se

1.- GARCIA MAYNEZ Eduardo, "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO", Editorial Porrúa, S.A., Trigésimo Sexta Edición, México D.F. 1984. pág. 131.

2.- Idem.

relacionan en un plano de coordinación; esta distinción entre las dos grandes ramas del Derecho se transforma a principios de este siglo con el surgimiento de los grandes movimientos sociales que provocan el reconocimiento de los derechos individuales y sociales de determinadas personas, grupos o clases socialmente débiles, así surge otra rama que es el Derecho Social, en donde se van encontrar clasificadas determinadas materias jurídicas que por su especial importancia y naturaleza deben estar tuteladas por este Derecho, como lo son el Derecho Agrario, el Derecho del Trabajo, el Derecho Familiar, etcétera,

Esta clasificación a pesar de que sólo tiene importancia práctica nos permite conocer la ubicación del Derecho Civil en el concierto de las demás ramas de la ciencia del Derecho, lo cual nos permite referirnos en forma más específica a esta parte especializada del saber jurídico.

1.- D E D E R E C H O C I V I L .

Evolución Histórica.

El Derecho Civil surge propiamente en la gran civilización de la Antigua Roma en donde se hace una diferenciación entre lo que denominan "IUS CIVILE" que es el derecho que rige las civitas, a los ciudadanos romanos, frente al "IUS GENTIUM" que regula la conducta de las personas que por exclusión no son ciudadanos romanos, como

el caso de los extranjeros, o sea un sistema de derechos universalmente válidos en cualquier ciudad o país.

Así Ulpiano lo definió como "el que ni se separa en todo de lo natural o de gentes, ni se somete a el totalmente, pues elaboramos un derecho propio, adicionando o destruyendo algo el derecho común..."(3), Gayo por su parte lo considero como: " Todos los pueblos que se rigen por derechos o costumbres usan un derecho en parte peculiar suyo y en parte peculiar a todos los hombres, El que cada pueblo establece el mismo para sí, es peculiar de las mismas civitas y se llama ius civile, como derecho privativo de la civitas misma; en cambio el que la razón natural estatuye entre todos los hombres, es guardado igualmente por todos y se llama ius gentium, como derecho que por todos los hombres es usado"(4)

De lo anterior podemos concretar que los romanos entendían como derecho civil lo que era aplicable a una determinada ciudad, es decir englobaba diversas materias como la materia penal, civil, en estricto sentido, etcétera. frente al derecho de gentes que era aplicable para todos los hombres por su naturaleza propia de seres humanos sin

3.- PINA Rafael y DE PINA VARA Rafael, "DICCIONARIO DE DERECHO" Editorial Porrúa, S.A., Décimo Segunda Edición, México, D.F. 1984.pág.218.

4.- Idem.

importar la zona geográfica en que se encuentren.

Con la evolución histórica de la Humanidad este concepto sufre transformaciones, y así en la Edad Media ya no se habla de un Derecho de gentes y un Derecho civil, sino que en esa época se distingue entre un Derecho Civil, propio de las personas de una comunidad derivado de la potestad civil, con una idea de derecho privado en general, y de un Derecho Canónico emanado de la Iglesia o de una potestad eclesiástica.

Con la especialización jurídica que se presenta ante la complejidad de las relaciones interhumanas, el derecho civil comienza a restringirse en cuanto al alcance de su concepto, de esta manera ya no se va a considerar como el derecho propio de los ciudadanos, o de un pueblo, ni se va a considerar como todas las materias del derecho privado, o por excepción lo que no es Derecho Penal, sino que se va a referir únicamente al estudio de esas relaciones sociales privadas, que no sean comerciales, rurales o industriales, que ya son materia de estudio de otra rama de Derecho.

Concepto.

En esa forma tratadistas como Clemente de Diego [5] definen al Derecho Civil como: "el conjunto de normas

5.- PINA Rafael de, Ob. cit. pág. 219.

reguladoras de las relaciones más ordinarias y generales de la vida en que el hombre se manifiesta como tal, como sujeto de derechos y patrimonio y como miembro de una familia para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del conjunto social." o la definición del maestro José Castán Tobeñas: "El Derecho Civil es el sistema de normas, de carácter general o común, que regula las relaciones jurídicas de los particulares (individuos o entes colectivos), entre sí, protegiendo la persona en sí misma y en sus intereses, tanto de orden moral (esfera de los derechos de familia y corporativos) como en el orden patrimonial (esfera de derechos reales y de obligaciones y de la sucesión mortis causa.)"{6}

De lo anterior, se puede observar que los conceptos de Derecho Civil ya se refieren sólo a un campo determinado de la sabiduría jurídica.

En la actualidad, El derecho Civil se ha definido por el maestro Rafael Rojina Villegas {7} como: "la rama del Derecho Privado que tiene por objeto regular los atributos de las personas físicas y morales, y organizar jurídicamente a la familia y al patrimonio, determinando las relaciones

6.- Idem.

7.-ROJINA VILLEGAS Rafael, " COMPENDIO DE DERECHO CIVIL I " Editorial Porrúa, S.A., Vigésima Edición, México, D.F. 1984. pág.22

del orden económico entre los particulares, que no tengan contenido mercantil, agrario u obrero." o como "El Derecho que determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana, (nacimiento, mayoría, matrimonio) y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación con las cosas (propiedad, usufructo, etc.)(8)

De éstas dos definiciones que son las más explicativas se puede concluir que el Derecho Civil:

1.- Es una rama del Derecho Privado aunque en algunas materias como en la familiar tiene una tendencia hacia el Derecho Social, como ha quedado explicado, porque protege los intereses de particulares y existen en él una relación de coordinación entre los mismos.

2.- Por su campo de estudio el Derecho Civil presenta la siguiente

Subdivisión:

A.- Derecho de las personas que estudia y rige la personalidad jurídica, capacidad, estado civil y domicilio.

8.- Definición del Maestro Francés DU PASQUIER citada por GARCIA MAYNEZ, ...Ob. Cit, pág. 146.

B.- Derecho Familiar que estudia y regula lo que se refiere a la familia, matrimonio, divorcio, legitimación, adopción, alimentos, tutela, curatela, patria potestad, etc.)

C.- Derecho de los Bienes que estudia y rige los bienes, la propiedad, la posesión, usufructo, uso, habitación, servidumbres y todos los derechos y acciones derivadas de estas instituciones.

D.- Derecho de las Sucesiones ya sean legítimas o testamentarias. y,

E.- Derecho de las Obligaciones que se encarga del análisis jurídico de sus causas, efectos, consecuencias, etc. especialmente referidas a los contratos.

3.- Que el Derecho Civil determina las relaciones económicas de los particulares siempre que éstas no sean de índole comercial, agraria u obrera, porque estas materias tienen una rama del Derecho que se encarga de su estudio en lo particular, con esta salvedad queda mejor definido el campo de estudio y acción del Derecho Civil, con lo que las probabilidades de error se reducen al mínimo.

Así podemos determinar que de acuerdo a la subdivisión del Derecho Civil anteriormente descrita, El Derecho de los Bienes, o Patrimonial como lo denominan otros autores, es la rama específica del Derecho Civil que se encarga del estudio de la acción de retracto y del derecho

del tanto, porque son acciones o derechos concernientes y derivadas de la propiedad.

2.- D E L A A C C I O N D E R E T R A C T O .

Esta figura jurídica en la vida cotidiana recibe la denominación común de "RETRACTO"

a).- Concepto etimológico:

La palabra "RETRACTO" deriva del latín "retractus, retractare" que significa revocar, desdecirse, retrarse, tratar de nuevo.{9}

b).- Concepto gramatical:

La voz "RETRACTO" es la acción y efecto de retractarse, revocar expresamente lo anterior, retraerse de los efectos producidos por algún acto humano, desdecirse de lo dicho, de lo pactado o prometido, dando lo anterior por no hecho, no dicho o no prometido; rectificar, redimir, reparar respecto a lo que se considera mal realizado, desaprobación que hace un autor de sus doctrinas reconociendo sus errores y enmendándolos.{10}

9.- Enciclopedia Universal Ilustrada Europea Americana, Espasa Calpe Editores, Madrid 1971, Tomo I, pág.2463

10.- Idem.

c).- Concepto jurídico:

Existen diversos conceptos jurídicos que tratan de explicar esta institución de las cuales considero más interesantes a los siguientes:

"Es el Derecho que compete a ciertas personas, para quedarse por el tanto de su tasación, con la cosa vendida." [11]

"Es el derecho que compete a ciertas personas de retraer o quedarse por el tanto de la cosa vendida a otro".[12]

"Es el derecho concedido a ciertas personas, para tomar para sí una compra celebrada por otra, sustituyéndose a ésta como comprador, el retracto no resuelve en contrato, solamente cambia la persona del comprador, quien ejerce el retracto se llama retrayente al que lo sufre es el retraído."[13]

" Derecho atribuido a una persona convencional o legalmente de recuperar la cosa vendida a otra, pagando el precio."(14)

11.- ESCRICHE Joaquín, "DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA" Editorial Hermanos Garnier, París, pág.511.

12.- Idem.

13.- Definición de M.Planiol citada por ROJINA VILLEGAS Rafael, Ob. Cit. tomo II, pág.145.

14.- PINA Rafael de, Ob. Cit. pág. 433.

Tomando en consideración los conceptos anteriores podemos definir a la acción de retracto como la acción de prelación que corresponde a los comuneros o a una tercera persona que no han intervenido en el contrato, ya sea por ministerio de ley, por convenio o por costumbre para quedarse con la cosa, objeto de la enajenación en iguales condiciones a las estipuladas en el contrato primario, retrayendo los efectos de este contrato y subrogándose en los derechos del adquirente.

De la anterior definición podemos concluir:

1.- Que la acción de retracto es un derecho de prelación en virtud de que el comunero ejercita una acción de preferencia que lo legitima para exigir en forma directa la prelación frente a terceros sobre la adquisición de un bien. A reserva de explicar más ampliamente este aspecto en el capítulo respectivo.

2.- Es un derecho que corresponde a los comuneros, entendidos como los copropietarios, condóminos, usufructuarios o herederos, así como a una tercera persona, tratándose de retractos convencionales, porque este derecho tiene como objetivo preservar la unidad de propiedad o dominio respecto a un bien, tratando de evitar que personas

extrajeras penetren a esa comunidad y detenten o posean el bien.

3.- Que puede ser retracto legal, basado en una disposición legal que así lo ordene; convencional, fundado en un convenio, o consuetudinario, basado en la costumbre de un lugar determinada que otorgue la facultad de retrotraer los efectos de una enajenación.

4.- Que las consecuencias que produce el retracto son de que los efectos del contrato primario se retrotraen y el que ejercita esta acción se subroga en los derechos del comprador a pesar de que las condiciones del contrato no se modifican, sino por lo contrario subsisten en todas sus partes.

3.- DEL DERECHO DEL TANTO.

Tanto la acción de retracto como el derecho del tanto son instituciones jurídicas muy similares, por lo cual considero muy importante realizar un análisis de este derecho para que queden perfectamente entendidas ambas figuras.

Definición y concepto:

Respecto de esta definición encontramos también varios conceptos, a continuación transcribo algunos:

El maestro José Castán lo define como: "El derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa, en caso de que el dueño quiera enajenarla."(15)

Para Clemente De Diego es: " Es un derecho real que otorga a su titular preferencia para la adquisición de un inmueble para el tanto en que su dueño pretenda enajernarlo..."(16)

Según el maestro Rafael de Pina es "un derecho de preferencia para adquirir bienes determinados u obtener la prórroga de un arrendamiento, conferido por la ley o por convenio de las partes."(17)

Difiero totalmente del concepto del maestro De Pina y considero que es el momento preciso para hacer la siguiente

DIFERENCIACION ENTRE EL DERECHO DEL TANTO Y EL DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO.

15.- CASTAN TOBEÑAS José, "DERECHO CIVIL Y FORAL", Tomo II, Editorial Reus, Madrid, España, 1956, pág. 79.

16.- DE DIEGO Clemente, "INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL", Madrid Esp., Tomo I, pág. 324,

17.- PINA Rafael de, Ob. Cit. pág.222.

Para entender las características y el alcance de estas dos figuras jurídicas prevista en nuestro derecho y que en muchas ocasiones se consideran lo mismo a pesar de ser diferentes, considero que es aplicable el criterio de la siguiente ejecutoria de amparo;

"DERECHO DEL TANTO Y DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO, DIFERENCIA ENTRE AMBAS.-El artículo 2447 del Código Civil del Distrito Federal establece que el inquilino que cumpla determinados requisitos, gozará del "Derecho de 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 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 aún cuando el citado artículo 2447 del Código Civil dice textualmente "derecho del tanto", en realidad alude al "derecho de preferencia por el tanto", consignado en los artículos citados líneas arriba. Ello es así porque el verdadero derecho del tanto presenta diferencias substanciales 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 o al vendedor que acuerda con el comprador adquirir posteriormente de éste el inmueble que le enajena. Además el mismo Código prevé sanciones distintas 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 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."(18)

18.- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Amparo Directo No. 5573/83, Fuad Saadia Saadia y otro, 9 de septiembre de 1985. Unanimidad de 4 votos, Ponente Jorge Olivera Toro, Séptima Epoca, Vols. 199-204, Cuarta Parte, pág.17.

Teniendo en cuenta todo lo anterior considero al Derecho del Tanto como el derecho de prelación que condiciona la validez de la compraventa, que tiene los comuneros para ser preferidos frente a terceros en el caso de que uno de ellos pretenda enajenar su parte alícuota que le corresponde, opera cuando la venta está simplemente propalada.

De lo anterior se puede determinar:

1.- Que el derecho del tanto al igual que el retracto son derechos de prelación o de preferencia que tienen los comuneros frente a terceros en la enajenación.

2.- Que este derecho opera cuando uno de los comuneros pretende enajenar su parte alícuota, para lo cual previamente debe notificar a los demás para que en 8 días, por regla general, ejerciten este derecho.

3.- El derecho del tanto tiene la finalidad de reducir el número de copropietarios para tratar de dar lugar a la propiedad individual, así como para evitar la entrada de terceros extrajeros a las copropiedades.

4.- Procede siempre que la venta no se haya consumado porque de lo contrario, es imposible ejercitar este derecho.

CAPITULO

II

ANTECEDENTES HISTORICOS

II.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Para conocer en toda su amplitud a una institución, cualquiera que sea su naturaleza, es importante conocer en principio sus rasgos históricos, porque de esa manera conoceremos no solamente sus matices actuales sino también su génesis y evolución histórica, con lo que podremos comprenderla mejor.

DE LA ACCION DE RETRACTO.

EN EL MUNDO:

El origen histórico de esta institución jurídica es impreciso y remoto. Aunque hay vestigios de que algunos pueblos primitivos hicieron del retracto práctica muy frecuente, no aparece regulada como tal por leyes positivas. Algunos autores como el maestro Antonio Brunetti considera que la génesis del retracto se sitúa en la cultura Hebrea, en donde encuentra su regulación en las Leyes Mosáicas, en el capítulo XXV del Levítico, en donde se determinó: "...Quien venda una casa dentro de los muros de una ciudad, tendrá durante el año entero libertad de redimirla." [19] También se determina que éste puede ser de dos clases; legal y gentilicia o familiar.

Las grandes conquistas de la Civilización

19.- Enciclopedia Universal, Ob. cit. Tomo L, pág. 1423.

Romana y el gran Florecimiento de las Instituciones Jurídicas en ella, provocaron que el retracto también tuviera antecedentes en Roma; Godofredo considera que fué Constantino quien introdujo esta figura jurídica al Derecho Romano, a ejemplo de la ley hebrea.

En la época de los Emperadores se concedió el derecho del retracto a parientes y condóminos con el principal fin de excluir a terceros extragos de la venta de bienes.

Así el Código non licere habitatoribus, ordenaba que estaba prohibido a los habitantes de las Metrocomias (Cabezas de los barrios comprendidos en ellas) a enajenar las tierras que se les habían asignado, si no a sus convecinos, rescindiéndose el contrato si la venta que se hubiese celebrado con persona extraga.

De tal manera que la Ley Tercera del Código de Iure emphyteutico, establecía un derecho muy similar y análogo, al ordenar que en caso de venta, el enfiteuta requería consentimiento previo del señor del dominio directo, otorgándole a éste último un término de dos meses para entregar al enfiteuta enajenante el precio que otro le ofrecía por las mejoras o enfiteusis, una vez precluido el derecho del señor del dominio la venta producía todos sus efectos jurídicos en forma plena.

También en la Ley de Contrahenda emptione de Justiniano se concede el derecho o beneficio legal del retracto como excepción para subrogarse en los derechos del comprador, pagando el precio fijado.

En la Ley 2a. del Codex, de Pactis inter emptorem et venditorem compositis, y el lo. del Digesto De distraccione pignorum et hipotecarum, reconocen la existencia de ésta Institución, pero no la regulan con vida legal plena.

Con la caída del Imperio Romano, y en consecuencia la crisis de su Derecho el retracto se reduce sólo una costumbre, que después renace.

En la Edad Media, con la aparición del derecho Germánico muchas instituciones jurídicas primitivas que habían desaparecido en el Derecho Romano renacen y las que subsistían vuelven a tomar importancia, como en el caso del retracto.

A partir de los Fueros Municipales, y en toda la legislación posterior se regula al retracto en forma específica y se le imprimen ciertos rangos característicos a las diversas clases de retracto que en la actualidad se reconocen.

En el Fuero de Baeza, que fué tomada del Fuero de Cuenca y copiada posteriormente por los demás fueros, fué la legislación aplicable en los reinos de León y Castilla hasta la publicación de las Siete Partidas. En este fuero se va a reconocer la existencia de la figura jurídica del retracto.

En el Fuero de Cáceres, la Ley exigía al dueño de la heredad, que antes de venderla lo debía poner en el conocimiento de sus parientes que la habían de heredar y si se vendía el tanto a un extraño, sin hacerselos saber a sus parientes, los efectos de la venta se retrotraían y debía devolverse la cosa vendida. Más si acreditaba plenamente con testigos que había notificado su voluntad de vender, estaba en pleno derecho y libertad de vender a cualquier interesado.

En el Fuero Viejo de Castilla se estableció perfectamente el retracto gentilicio que en la actualidad ya casi ha desaparecido. Además se ordenaba que la venta oculta de una heredad no privaba al pariente del derecho de retracto, si la heredad era patrimonio o abolengo, aunque el cambio estuviera ya hecho.

En el Fuero Real aparece el retracto de los comuneros y se regula en forma sistemática.

En las Siete Partidas, en la Ley 42, tit.50. de la 5a., se admite la existencia del retracto convencional.

Posteriormente las Leyes de Toro recopilan las anteriores clases de retracto señaladas y agregan el retracto superficial, además establece la regla de preferencia del condominio sobre el pariente para enajenar.

En la Ley 74 de Toro se dispone que "...Cuando en sacar vendida por el tanto el pariente más propincuo con el señor del dominio directo, o con el superficial, o con el que tiene parte en ella, porque era común prefiriase con el dicho retracto el señor del dominio directo y el superficial, y el que tiene parte en ella el pariente más propincuo." esta ley establecía el orden de preferencia de unas personas frente a otras en el ejercicio de la acción de retracto, así tenemos que en igualdad de condiciones se prefiere al señor del dominio, al superficial y luego al coduego, por último a los parientes.

De esta misma forma la Ley 75 de Toro establecía que cuando uno de los coduegos quería vender a otro copropietario o a un tercero extraño, los demás copropietarios podían en el término de NUEVE DIAS hacer uso del derecho de retracto para substituir la persona del comprador en esa venta. En esta Ley el derecho de retracto se limita al regimen de propiedad en comunidad de bienes

inmuebles. No otorga derecho de preferencia de quien representa un mayor porcentaje en la propiedad de la cosa común frente a los copropietarios de un menor porcentaje en el caso de concurrencia de ambos.

Esta Ley considera al retracto gentilicio como una cláusula establecida a favor de los parientes más próximos al vendedor, en virtud de la cual, ellos podían redimir dentro de un término los bienes inmuebles de su patrimonio, ofreciendo al comprador el precio que satisfizo.

La Novísima Recopilación también regula minuciosamente la institución jurídica del retracto.

En las Leyes I a IX del Título XIII, Libro X regían este derecho en varios aspectos.

Las I y II, hablan del retracto de abolengo y del modo de contar el plazo para ejercitar ese derecho.

La III limitaba el derecho al caso de venta de bienes que el vendedor hubiere heredado de su sucesión o abolengo.

La IV proviene de la Ley 70 de Toro, que amplía el derecho de retracto para el caso de remate.

La Ley V establecía que si muchas cosas fueren vendidas por un sólo precio el retrayente, podía ejercitar el derecho de retracto respecto a las que quisiera.

La VI que proviene de la Ley 72 de Toro ordenaba que si se trataba de venta a una persona con el carácter de fiado se ponía retrotraer la venta respecto del tanto fiado.

Las Leyes VII y VIII por su parte establecían el orden de los parientes a los cuales esta ley les otorgaba el derecho de retracto gentilicio.

La IX regulaba el derecho entre los comuneros y las reglas que debía seguir el retrayente al momento de ejercitar su derecho respecto de la cosa vendida, la forma de consignación del precio, el término para ejercitar el derecho, etcétera.

La Ley de Enjuiciamiento Civil del año de 1855, regulaba el ejercicio de la acción de retracto y simplificaba su tramitación de esta manera los artículos 674 y 676 de dicha ley disponían;

"Artículo 674.- Para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere:

1o.- Que se interponga en juzgado competente dentro de nueve días contados desde el otorgamiento de la escritura de venta.

2o.- Que se consigne el precio si es conocido o sino lo fuere, que se dé fianza de consignado luego que lo sea."

"Artículo 676.- Si la venta se hubiera ocultado con malicia el término de los nueve días no empezará a correr hasta el siguiente en que se acreditare que el retrayente tuvo conocimiento de ella."

E N M E X I C O .

En Nuestro País, antes de la conquista no hay ningún vestigio de la existencia de la acción de retracto; posteriormente en la época de la Colonia, las leyes de Toro, La Novísima Recopilación y la recopilación de las Leyes de Indias rigieron el derecho de México.

En la época de México independiente, la redacción del Código Civil se va encontrar influenciada por el Proyecto García Goyena, que reglamenta el retracto legal en su artículo 1450 que consagra la finalidad de ésta Institución al evitar que personas desconocidas ingresen a una comunidad, para evitar discordias y en consecuencia la extinción de ese núcleo.

En la Exposición de motivos del Código Civil de 1870 aparece que en esta Codificación se conserva la institución del retracto, regulada por los artículos 2973 y 2974 como una forma de asegurar el derecho del tanto de los comuneros.

"Artículo 2973.- Los copropietarios de cosa indivisa no pueden vender a extraños su parte respectiva si el partícipe quiere hacer uso del tanto."

"Artículo 2974.- En caso de contravención al artículo anterior, podrá el copropietario preterido pedir la rescisión del contrato, pero solamente dentro de los seis meses contados a partir de la celebración."

En el segundo artículo transcrito podemos observar que el legislador de 1870 considera sin mencionarlo a la acción de retracto, porque faculta a su titular para exigir la rescisión de la enajenación efectuado sin respetar el derecho del tanto del copropietario.

En el Código Civil de 1884, el derecho de retracto se regula por los artículos 2843 y 2844 que ordenan:

"Artículo 2844.-Los propietarios de cosa indivisa no pueden vender a extraños su parte respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A éste efecto el copropietario que enajene 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 sólo lapso del término se pierde ese derecho. Mientras no se haya hecho la notificación la venta no producirá efecto legal alguno."

"Artículo 2844.- Si varios copropietarios de la cosa indivisa hicieron uso del derecho del tanto, será preferido el que represente mayor parte, y siendo iguales el designado por la suerte, salvo convenio en contrario."

Visto lo anterior se aprecia el criterio de nuestro Código Civil de 1884, que sólo prevé al derecho de tanto, y establece las características de la notificación que debe realizar el enajenante a los que gozan de ese derecho; así como que continúa con la tendencia establecida por la Legislación Española, consagrada por las Partidas y la Novísima Recopilación.

En la Exposición de Motivos de fecha 12 de abril de 1928, que dió lugar al Código Civil de ese mismo año, sólo se prevé la existencia del derecho del tanto y la innovación del derecho de preferencia por el tanto para los arrendatarios.

En el Diario Oficial del 28 de diciembre de 1972, se publicó la Ley del Regimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, en la cual se regula expresamente la acción de retracto como derecho de los coparticipes, el término y las bases para su ejercicio.

CAPITULO

III

LA PROPIEDAD Y LA COPROPIEDAD.

III.- LA PROPIEDAD Y LA COPROPIEDAD.

Dos aspectos fundamentales que deben conocerse para entender la naturaleza jurídica de la acción de retracto son: la Propiedad y la Copropiedad, instituciones jurídicas que son presupuestos básicos, pero no exclusivos para que opere esta acción objeto de nuestro estudio, de este modo trataremos en forma simultánea a esas dos instituciones en forma generalizada y en sus aspectos más importantes, para no rebasar el objeto de estudio del presente trabajo de tesis.

I.- CONCEPTOS JURIDICOS.

La propiedad (De la voz latina "propietas", derivada de "propium", lo que pertenece a una persona o es propio de ella; palabra que a su vez procede de "prope", cerca, que denota cierta cercanía, unión, adherencia, no física sino moral, de las cosas a una persona."(20)), se define jurídicamente de las siguientes formas:

La Escuela Clásica Romana la considera como: "el derecho de usar, disfrutar y disponer de los bienes individuales externos (Teoría individualista.)"(21)

20.- Enciclopedia Universal, Ob. cit. Tomo XLVIII, pág.901.

21.- AGUILAR CARBAJAL Leopoldo, "SEGUNDO CURSO DE DERECHO CIVIL", Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, D.F.1985. pag.101.

Las Partidas asumiendo el criterio de Santo Tomás de Aquino la definen como: " Poder que ome ha de su cosa de facer della en ella lo que quisier, segund Dios e segund fuero.[Segorio o poder que el hombre tiene en una cosa suya lo que quiera según Dios y según el Fuero.](Partida 4a., tit. 28, Ley 1a.) [22]

La propiedad es un derecho real, por el cual una cosa se encuentra sometida al poder jurídico de una persona, en forma directa, exclusiva y perpetua, para que ésta pueda retirar todas las ventajas económicas que la cosa sea susceptible de prestarle, siendo éste derecho, como todo derecho real, oponible a todo el mundo. [23]

El Código de Napoleón define la propiedad en los siguientes términos: "Es el derecho de gozar y disponer de una 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." [24]

La propiedad es el derecho en virtud del cual una cosa se halla sometida, de modo perpetuo y exclusivo a la acción y a la voluntad de una persona. [25]

22.- Enciclopedia Universal, Ob. cit. Tomo XLVIII, pág. 901.

23.- ROJINA VILLEGAS R. ob. cit. pag. 296.

24.- Definición contenida en el artículo 544 del mismo Código.

25.- Definición de PLANIOL Y RIPERT, "TRATADO PRACTICO DEL DERECHO CIVIL FRANCES" Tomo III, pág. 251.

"Es el poder jurídico ejercido por una persona en forma directa e inmediata sobre una cosa, que le permite su aprovechamiento en forma total en sentido jurídico y además de que es oponible a tercero." [26]

2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

EN EL MUNDO.

La institución jurídica de la propiedad es una de las más antiguas de la humanidad muy importante en la evolución histórica del hombre, al grado que diversos autores la consideran "como la causa verdadera de todos los males y todos los vicios que apigen al linaje humano". 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 derecho sobre las cosas que ocupaba que el de la fuerza, con los que los obtenía y los conservaba hasta que no llegará otro hombre más fuerte y se los arrebatará de tal suerte que los bienes se obtenían por la ocupación y se conservaban por la posesión; después en el regimen comunal dentro del que se desarrollaron los primeros grupos sociales, la apropiación de bienes era comunitaria. Al iniciarse la vida sedentaria del hombre primitivo nace la

26.- DOMINGUEZ MARTINEZ Jorge Alfredo, "DERECHO CIVIL" Editorial Porrúa S.A. Segunda Edición, México, D.F. 1990 pág. 323.

propiedad propiamente dicha que posteriormente se convirtió 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, etcétera. Así la sociedad nace en forma concomitante con la figura de la posesión, pero la necesidad biológica humana respecto del contacto entre el satisfactor y la persona que va aprovecharlo provoca el desarrollo psicológico del hombre que se va a preocupar por distinguir si dicho contacto, es o no legítimo. Así nace la propiedad, tal vez como lo afirma el celebre autor Juan Jacobo Rosseau "cuando el hombre clavó la primera estaca señalando lo que consideraba propio." [27]: Existen muchos antecedentes históricos de la propiedad en la historia del hombre como en diversos pasajes de la Biblia como en donde se refieren a que Dios dió al hombre el derecho de apropiación sobre las cosas y los animales, la tierra y el uso que a estos bienes puedan ser destinados.[28]

En Babilonia y Asiria (1300 a. J.C.) la propiedad privada de los bienes inmuebles ya se encontraba regulada, y el Código de Hamurabi (2000 a. J. C.) al legislar, la contempla y reglamenta la propiedad privada de las cosas y tierras.

27.- Rosseau Juan Jacobo, Discurso sobre el origen de la Igualdad y Desigualdad del Hombre.

28.- Genesis, 1, 26 a 30.

En Grecia, en la ciudad-estado de Esparta existió una tendencia de comunismo de bienes, la cual fracasó, allí se pretendió que las cosas fueran de uso comun a todos los ciudadanos. En otras ciudades como Atenas se contempló y reglamentó la propiedad privada.

El derecho de propiedad a sufrido grandes transformaciones, y ha evolucionado al parejo que las doctrinas filosóficas, políticas, económicas, sociológicas, etcétera.

A pesar de que en las grandes civilizaciones antiguas como la Persa, la Egipcia, etcétera existieron grandes tratados respecto al fenómeno jurídico de la propiedad, puede decirse que el estudio de esta institución por el Derecho Romano es el que tiene mayor influencia en nuestro Mundo jurídico actual porque en esta civilización se desarrollaron en forma plena y se regularon en forma casi perfecta esas instituciones a tal grado que en la actualidad todavía se conserva varios de esos principios jurídicos que la rigieron en esa época.

En el Derecho Romano el estudio de la propiedad se puede dividir de acuerdo a ciertos periodos:

En la primera época se considera como una institución exclusiva del ius Civile, porque sólo los

ciudadanos romanos podían tener el derecho de propiedad ex Quiritium, derecho real absoluto, perpetuo y exclusivo: absoluto porque no admite limitación, perpetuo porque no se extingue con el uso, y exclusivo porque no puede ejercerse conjuntamente, por una o más personas sobre el mismo objeto. En esta primera época no existe la copropiedad, como una institución jurídica autónoma. Consideran que "Dominium est jus utendi, abutendi, re sua, quatenus juris ratio patitur" {29}

En la época de los glosadores se considero al derecho de propiedad como el ius utendi, fruendi y abutendi, el primero que facultaba al propietario para utilizar la cosa, el segundo para hacer suyos los frutos que esta producía y el tercero para gravarla y disponer de ella; otros autores agregan que también se otorgan las facultades de "vindicatio, possendi, alienandi y disponendi" que consiste en el derecho del propietario de reclamar lo que le es propio, poscerlo, enajenerlo y disponer de la cosa. A pesar de esa concepción absoluta de la propiedad, en Roma se impusieron algunas restricciones a la propiedad en beneficio del interés social como la prohibición para desviar los cauces de los rios, la altura de los edificios, el paso de terceras personas, etcétera.

En el derecho de los pretores, al lado de la

29.- ESCRICHE Joaquín, ob. cit. pág.1458.

propiedad quiritaria se otorgó el derecho de propiedad (propietas) bonitaria a los extranjeros, como una institución del *ius gentium* que protegía el derecho de propiedad de los extranjeros, otorgándoles atributos semejantes a la propiedad quiritaria de los ciudadanos romanos. El derecho romano considero diversos modos de adquirir la propiedad, los cuales pueden clasificarse en formas originarias y derivativas, las primeras se caracterizan por la inexistencia de una persona anterior que trasmita dicha propiedad, puede afirmarse que su origen es impreciso, entre éstas se encuentran la *occupatio*, la *accessio*, la *specificatio*, la *confusio*, la *commixtio*, la apropiación de tesoros y frutos, la *cacería*, son los que algunos autores consideran como modos primitivos de la adquisición de la propiedad.

El segundo grupo de las derivativas se caracteriza porque existe una persona anterior que cede o transmite esa propiedad, entre ellas se encuentran la *jure cessio*, la *traditio*, la *adjudicación*, la *assignatio*, el legado y la *usucapión*.

En la Epoca de Roma Imperial con las grandes conquistas, el Derecho se extendió hacia los territorios conquistados y el privilegio de propiedad quiritaria ya no se reservó a los fundos itálicos, los ciudadanos romanos podían ser titulares de él, pero la ciudadanía se extendió a

todos los habitantes del Imperio y con ello se les concedió el derecho de poder ser propietarios.

Con la caída del Imperio Romano, la influencia del cristianismo y con la anarquía existente en la Edad Media va a desaparecer el poder central y se inicia una nueva etapa en donde los monarcas otorgan a los señores feudales el derecho de propiedad que trae aparejadas prerrogativas respecto a la propiedad de tierras, en donde se va a considerar que el ser dueño de una porción de terreno implica serlo también de sus habitantes o de sus siervos; en esta situación el dominio de las tierras otorgó el imperio sobre sus vasallos,

Con las tendencias liberalistas del siglo XVIII iniciadas especialmente a partir de la Revolución Francesa se van abolir los privilegios inherentes a la tierra y de las rentas perpetuas, la propiedad vuelve a ser una institución del derecho privado que simplemente faculta a su titular para usar y disponer de la cosa.

Las tendencias ideológicas liberalistas y naturalistas se plasman en los códigos y reglamentos de la época moderna, de esta manera en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano del 2 de Octubre de 1789, en su artículo 17 se estableció que "Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado no puede privarse de él a

nadie, salvo cuando lo exija evidentemente la necesidad pública y justificada por los medios legales y previa la indemnización equitativa", en este mismo sentido en el Código de Napoleón se considera a la propiedad como un derecho natural, y como tal es anterior a la existencia del Estado, por lo que éste tiene como misión fundamental proteger los derechos naturales de sus súbditos; en ambas reglamentaciones se retoman las ideas clásicas del Derecho Romano y se le considera a la propiedad como un derecho real absoluto, perpetuo y exclusivo.

Con la caída de las teorías iusnaturalistas y con el desarrollo de las nuevas teorías sociales institucionales se comprendió que la institución jurídica de la propiedad no es un derecho absoluto, pues el hombre en su vida social tiene deberes antes que derechos dentro de la Sociedad, y estos derechos tienen como limitación el derecho de los demás hombres, con lo cual esta institución debe asumir una función social que deberá ser protegida sólo en cuanto el propietario que ejecute actos que contribuyan al beneficio social, debiendo ser suprimidos los que vayan en contra de dicho beneficio. En la actualidad con el florecimiento de estas teorías se considera a la propiedad como una institución de gran importancia social que se extiende hasta en tanto no afecte los derechos ni los intereses de los demás propietarios.

E N M E X I C O .

En México, el derecho de propiedad en la época precolombina se encontró reglamentado por diversas instituciones que se consagraron en los sistemas jurídicos precortesianos que ofrecieron varios tipos y principios de regulación, pero por desgracia con la colonización fueron desapareciendo y en la actualidad sólo subsisten en forma de costumbres.

En la Época Colonial el derecho de propiedad era muy diferente a la concepción romana, motivado porque con el descubrimiento de América, que fué financiado por la Corona Española, se creó el medio jurídico de la "merced real" el cual consistió en que la propiedad originaria sobre las tierras descubiertas pertenecía a la realcía, quien tuvo el derecho para otorgarla a particulares, limitándolo con condiciones resolutivas y suspensivas, por lo cual el derecho de propiedad no era absoluto, sino la propiedad se concebió como una concesión.

Con la Independencia, el Estado Mexicano adquirió la propiedad privada sobre las tierras, aguas y demás elementos del territorio nacional, con la potestad de regularla y cederla a los particulares con las restricciones legales necesarias.

Estos lineamientos influyen en toda esta etapa histórica hasta la promulgación de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, en la cual seguían retomando el concepto romano y considera a la propiedad en forma absoluta, a pesar de que en esa época en el Mundo se encontraba en pleno florecimiento la tesis de negación al absolutismo clásico y preminencia de lo colectivo sobre lo individual.

En la Constitución de 1917 se consagra una reacción respecto a ese estado de cosas y se retoma el criterio que prevalecía en la Época Colonial, en esa forma se consideró al Estado como el propietario original de tierras y aguas, elementos naturales y el subsuelo del territorio nacional, y se reserva por siempre su potestad para imponer las modalidades al derecho de propiedad de los particulares, en nuestra Carta Magna se asume la tendencia ideológica plasmada en la teoría del maestro León Duguit en su obra de "Trasformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón" que considera a la institución de la propiedad como un fenómeno que debe de cumplir con una función social, no como un derecho propio, exclusivo y absoluto del propietario de esa manera se redacta el artículo 27 constitucional.

En el Código Civil en 1928 se consagra el derecho de propiedad pero no en forma clara y concreta sino solamente se hace referencia a que ya no se trata de un

derecho absoluto siguiendo la tendencia legislativa de los códigos anteriores. En esta concepción poco clara se otorga a la propiedad la función social de ser motor del desarrollo del hombre, por lo que no se puede abusar de ese derecho, motivo por el cual se le impone una serie de limitaciones y restricciones encaminadas a tutelar el derecho de todos los demás propietarios, para que fundados en el respeto mutuo, logren una mejor convivencia social.

LA COPROPIEDAD (Eti: Del pref. co, por, con; y propiedad) Propiedad de varios que poseen en común; derecho de dos o más a una misma cosa.

Según Guillermo Cabanellas, "la copropiedad es el dominio de una cosa común por varias personas" (30)

La institución jurídica de la copropiedad a sufrido también una gran evolución histórica, que no es la misma que en el caso de la propiedad. En las antiguas civilizaciones fué poco estudiada, pero puede afirmarse que se trata de una institución muy antigua que a pesar de que existió irregularmente fué de gran importancia en el desarrollo de la humanidad; de esta manera tenemos que en las agrupaciones humanas primitivas que vivieron en un estado comunal la posesión y luego la propiedad se detento

29.- CABANELLAS Guillermo, "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL", Tomo II C-CH, pag,375.

en forma colectiva por la familia o por la tribu.

En el Derecho Romano no existió la copropiedad como una institución jurídica autónoma, motivado por el concepto absoluto de la propiedad que nutrió sus tendencias ideológicas y solamente se reguló como un fenómeno jurídico que se presentaba en los casos en los que el comunero quisiera dividir la cosa común (acción comuni dividundo), así mismo se encuentran previstas las figuras de la "rem communem", "rem puburim esse" y "rem communei hebere" caracterizadas por la existencia de una cosa común, como objetos del dominio en común de varias personas.

En el Código Francés de Napoleón no se consagra un apartado especial al estudio de copropiedad, sino sólo se hace referencia a esta institución en los capítulos de sucesiones, en la accesión, etcétera.

En la actualidad los códigos modernos como el italiano, el alemán y el suizo consideran en un capítulo especial el estudio de la copropiedad, en forma similar a nuestro Código.

Naturaleza Jurídica de la Copropiedad.

Respecto a la naturaleza jurídica de ésta institución, muchos autores se han preocupado por tratar de

explicarla y han formulado varias teorías, así tenemos que las más importantes son:

Teorías:

a).- LA TEORIA TRADICIONAL. Consiste en que a cada copropietario le corresponde una fracción de la propiedad de la cosa, o sea, una propiedad individual múltiple en donde la cosa no esta dividida aún, por lo que esta propiedad sólo puede ser concedida sobre la cuota intelectual o ideal, la que se materializará e individualizará cuando se haga la división.

b).- LA TEORIA MODERNA. En ésta se prescinde del derecho individual de la cuota y asigna a cada copropietario como equivalente de su derecho de copropiedad, la proporción según la cual las utilidades o las pérdidas de la cosa van hacer imputadas a cada copropietario, es decir representan un estado de equilibrio que hace posible la coexistencia de los derechos iguales sobre la misma cosa, limitándose por la existencia de los demás.

c).- LA TEORIA GERMANICA, en contraposición a la teoría clásica tratan de solventar el problema creando una persona moral que soporte la propiedad, perdiendo en ella los copropietarios la individualidad de su derecho, así cada cosa pertenece a la colectividad, en la cual cada miembro

tiene una participación que le permite gozar y disfrutar de la cosa pero a ninguno de ellos le pertenece la propiedad de una cuota ya sea real o intelectual, ya que se trata de una propiedad en mancomún, en la cual el copropietario no tiene el derecho de pedir la división porque no es propietario de ninguna cuota.

La legislación mexicana ha adoptado una tendencia ecléctica, porque por un lado retoma la concepción clásica, pero por otro inserta la variante de que no considera a la copropiedad como una propiedad individual, pro-indiviso; sino reconoce la propiedad de cada copropietario sobre una parte alicuota, o sea con influencia que la teoría germánica, que admite el derecho de copropietario sobre la cosa (Artículos 938, 943, 950 del Código Civil). Sin reconocerlo expresamente, adopta como medio de solución el de la persona jurídica como soporte de la propiedad colectiva, ya que reglamenta la formación de la voluntad colectiva de los copropietarios para los actos de disposición y aun para los actos de administración (artículos 945, 946, 947, 948, etcétera) pero no reconoce expresamente a la copropiedad como una persona moral.

Siguiendo con la tendencia ideológica de León Duguit respecto a la función social de la propiedad, que influye en la redacción del artículo 27 de nuestra Carta

Magna y del Código Civil, en la legislación mexicana se han impuesto al derecho de propiedad las siguientes

3.- MODALIDADES :

Entendiendo el termino de "modalidad" como una restricción o limitación a un derecho, en la actualidad se encuentran previstas en la Constitución y en el Código Civil, principalmente, varias modalidades al derecho de propiedad, entre éstas se encuentran las que a continuación menciono:

Artículo 27 Constitucional.

En el segundo y en el tercer párrafo del artículo 27 Constitucional que establece:

" Las expropiaciones sólo podran hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización."

"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 su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia se dictan las modalidades necesarias para ordenar los asentamientos humanos y para establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y

comunidades para el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola en explotación; para la creación de nuevos centros de población agrícola con tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. Los núcleos de población que carezcan de tierras y aguas o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán el derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad agrícola en explotación."

En esta parte del artículo 27 constitucional se consagra la institución de la expropiación, forma jurídica a través de la cual el Gobierno puede privar a los particulares de su propiedad en beneficio del interés social y de la colectividad, a cambio de una indemnización, así también se establecen los lineamientos generales para que el Congreso de la Unión se encargue de la imposición de modalidades al derecho de propiedad.

En Código Civil.

Por su parte en el Código Civil se imponen las siguientes limitaciones al derecho de propiedad:

a).- En el artículo 834 se prohíbe a los propietarios de objetos con notables y características manifestaciones de la cultura nacional enajenarlas, gravarlas o alterarlas de tal forma que pierdan sus características, sin autorización del Presidente de la

República, concedida por conducto de la Secretaría de Educación Pública y Bellas Artes.

b).- De acuerdo con el artículo 838 no pertenecen al duedo del predio los minerales o sustancias mencionadas en el cuarto párrafo del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las aguas que el párrafo quinto del mismo artículo dispone que sean propiedad de la Nación.

c).- El artículo 839 ordena que en el predio propio no se pueden hacer excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina, a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo dago a este predio.

d).- El artículo 840 ordena que no es lícito ejercitar el derecho de propiedad en general de manera que su ejercicio no de otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario.

e).- Similares restricciones se imponen en los artículos 842 al 853 de Ordenamiento civil mencionado a los propietarios, a quienes se les prohíbe plantar o construir cerca de guarniciones o plazas fuertes; para hacer cloacas, fosas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas o cualquier cosa que impliquen un uso peligroso o nocivo a la propiedad

ajena; para plantar árboles cerca de la pared vecina, para abrir ventanas o huecos cerca de la pared contigua; en todos los casos deben apegarse a los reglamentos administrativos correspondientes.

Continuando con el espíritu del Constituyente de 1917, plasmado en el artículo 27 constitucional, diversas leyes y reglamentos de carácter administrativo imponen una serie inagotable de modalidades al derecho de propiedad, cuya enumeración resultaría demasiado extensa para citarla, pero todas ellas se continúa con la finalidad de restringir el derecho de propiedad particular en bien del interés social.

Varios autores consideran que el usufructo, el uso y la habitación así como el condominio como modalidades del derecho de propiedad, pero continuando con la tendencia de considerar el término de "modalidad" como una limitación o restricción no podemos considerar como universalmente válida su postura ya que el usufructo, la habitación y el uso se clasifican en lo particular como derechos reales cuyo ejercicio pleno no se encuentra restringido, de acuerdo a lo siguiente:

Existe una clasificación acerca de la propiedad que la divide en perfecta e imperfecta, la primera se caracteriza porque no existe ninguna limitación al derecho de ejercitarla, es decir, el vínculo jurídico entre la

persona y la cosa, objeto de la apropiación se encuentra libre de cualquier derecho extraño que impida el ejercicio de esa potestad en forma plena. La segunda se caracteriza por el desmembramiento del vínculo existente entre el titular del derecho y el objeto de apropiación, el ejercicio de este derecho se encuentra restringido por la intervención del derecho de un tercero, como en el caso de las servidumbres, término que hace alusión a la situación de esclavitud del hombre.[30]

De lo anterior podemos distinguir la existencia de dos elementos de la propiedad, la nuda propiedad y el usufructo, de acuerdo con lo esto el nudo propietario va a ser el titular del derecho respecto a la cosa, mientras que el usufructuario es la persona que se beneficia, goza y disfruta de las cualidades de la cosa, de este modo el nudo propietario y el usufructuario puede ser la misma persona con lo que se daría la plena propiedad, forma de propiedad perfecta; pero podría darse el caso de que la nuda propiedad fuera de una persona y el usufructo de otra con lo cual se estaría en una propiedad imperfecta.

Hecha la anterior aclaración paso ha definir brevemente esos derechos reales, considerados como servidumbres personales o reales.

30.- ESCRICHE J., Ob. cit. pAg. 1459.

El USUFRUCTO es el derecho real, temporal, por naturaleza vitalicio, que permite al titular usar y hacer suyos los frutos de los bienes ajenos, generalmente sin modificar su forma ni subsistencia. {31} Quedando obligado el usufructuario al normal uso de la cosa y a su devolución al nudo propietario, el primero goza de derecho de preferencia para el caso de venta de la nuda propiedad.

El USO "es el derecho real, temporal, por naturaleza vitalicio, que da facultad a su titular de usar la cosa de otro y de aprovecharse de una parte limitada de sus frutos, es intransferible. Puede ser gratuito u oneroso." {32} Puede constituirse por prescripción o disposición testamentaria, nunca por ley.

La HABITACION es el derecho real temporal, gratuito, generalmente vitalicio, que da facultad al habitante de ocupar las piezas necesarias de una casa, para el alojamiento del titular y de su familia aunque aumente, que es intransferible y que sólo puede ser inmueble.{33}

La SERVIDUMBRE es un gravamen real que se establece sobre un inmueble en favor de otro, pertenecientes

31.- AGUILAR CARBAJAL L., Ob. cit. pág.158.

32.- AGUILAR CARBAJAL L., Ob. cit. pág. 171.

33.- AGUILAR CARBAJAL L., Ob. cit. pág.173.

a distitos propietarios, para mayor beneficio o utilidad del primero.[34]. puede ser de varias clases:

- a).- Aparentes y no aparentes.
- b).- Continuas y discontinuas.
- c).- Temporales y permanentes.
- d).- Legales entre las que se encuentran las previstas por el Código Civil: de desagüe, de acueducto, de paso, etcétera; frente a las Voluntarias.

Independientemente de lo anterior el CONDOMINIO se considera como la manifestación de la propiedad inmueble en la cual los diferentes departamentos, viviendas, casas o locales de un inmueble construidos en forma horizontal, vertical y mixta, susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, pertenecen a distintos propietarios, cada uno con el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su departamento, vivienda, casa o local y, además, un derecho de copropiedad sobre los elementos y partes comunes del inmueble para su adecuado uso y disfrute, se rige por lo dispuesto por el artículo 951 del Código Civil en relación con la Ley del Regimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal.

Se presentan dos tendencias doctrinales respecto

a la naturaleza jurídica del condominio: la primera, pretende explicar el fenómeno por las categorías conocidas: un derecho de propiedad individual, unido a un derecho de copropiedad sobre bienes comunes; la segunda, estructura el derecho real como una unidad, integrado por todos los atributos en su conjunto, ya que la ley, en cada uno de los derechos reales que estructura, le da determinadas facultades, como acontece en los derechos de uso, usufructo, habitación, servidumbres y derechos de autor. de lo cual se puede concluir que el condominio es una forma específica de propiedad que entrelaza la propiedad individual de la localidad propia con la copropiedad de las áreas comunes más que una modalidad impuesta a la propiedad, porque no se funda en la imposición de una limitante a este derecho de propiedad, pues su ejercicio es pleno y no tiene restricciones especiales.

4.- LA PROPIEDAD Y LA COPROPIEDAD EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO.

Con la influencia ideológica que hemos expresado anteriormente, en nuestro Código Civil vigente se regulan las instituciones jurídicas de la propiedad y de la copropiedad en los siguientes términos con estas características:

LA PROPIEDAD:

La propiedad definida en forma similar que los Códigos Suizo, Italiano y Alemán como el derecho de gozar y disponer de una cosa con las modalidades y limitaciones que determinan las leyes, se encuentra reglamentada en lo particular por el Título Cuarto del Libro Segundo del Código Civil en donde se establecen las tendencias doctrinales que nutren la regulación de dicha institución en nuestra Legislación, de tal modo que igual a como lo establece el artículo 27 de nuestra Carta Magna, la Nación tiene en todo momento la potestad de imponer a la propiedad privada las modalidades que considere, de esta manera el derecho del propietario se restringe y solamente pueden ser objetos susceptibles de apropiación de acuerdo al artículo 747 del Código Civil, aquellos que no estén excluidos del comercio, ya sea por su naturaleza o por disposición de la ley, porque su naturaleza no les permita ser reducidos a la propiedad particular.

Se establecen diversas restricciones a los propietarios que ya se han mencionado al tratar las modalidades del Derecho de Propiedad.

En el Código Civil vigente se señalan como modos de adquirir la propiedad, el contrato, la herencia, el legado, la accesión, la ocupación, la adjudicación, la

prescripción, la donación, la sociedad, la permuta y algunas disposiciones legales.

LA COPROPIEDAD:

La copropiedad que se define legalmente por el artículo 938 como "Hay copropiedad cuando una cosa pertenece pro-indiviso a varias personas". Se encuentra regulada por el Capítulo VI del mismo Título Cuarto del Libro Segundo del Código Civil, con una tendencia ecléctica que por un lado retoma la concepción clásica, pero por otro inserta la variante de que no considera a la copropiedad como una propiedad individual, pro-indiviso; sino reconoce la propiedad de cada copropietario sobre una parte alicuota, o sea con influencia que la teoría germánica, que admite el derecho de copropietario sobre la cosa (Artículos 938, 943, 950, etcétera). Sin reconocerlo expresamente, adopta como medio de solución el de la creación de una persona jurídica como soporte de la propiedad colectiva, ya que reglamenta la formación de la voluntad colectiva de los copropietarios para los actos de disposición y aún para los actos de administración (artículos 945, 946, 947, 948, etcétera) pero no reconoce expresamente a la copropiedad como una persona moral.

El Código Civil vigente considera que las fuentes de la copropiedad son el contrato y la ley; el contrato,

porque los particulares por medio de convenios pueden obligarse a la creación de una copropiedad, ante la imposibilidad de que una sola persona adquiriera todo el bien; y por ministerio de ley cuando se trata de bienes comunes necesarios para satisfacer necesidades colectivas comunes.

En este capítulo de la legislación civil se determinan los derechos y obligaciones de los copropietarios, con la salvedad de que en las copropiedades convencionales, esos derechos y obligaciones se rigen por las estipulaciones en ellas contenidas, y solamente a falta de estipulación expresa se aplican las reglas generales:

Derechos de los copropietarios.

Los principales derechos de los copropietarios son:

a).- Derecho al uso y disfrute de la cosa común, en su totalidad (Artículo 943)

b).- Participación en los beneficios (Artículo 942)

c).- Derecho del copropietario de pedir la cosa común, siempre que no se trate de la copropiedad con indivisión (Artículo 939);

Para poder entender el inciso anterior es necesario explicar que la COPROPIEDAD CON INDIVISION es aquella en la que la cosa común no admite cómoda división,

como en el caso de la medianería, propiedad por pisos de una casa, zanjias y accesorios comunes a varios inmuebles, y .

d).- Plena propiedad de la cosa como si fuera individual en la proporción de su parte alicuota (Artículo 950).

Obligaciones de los copropietarios.

Las principales obligaciones de los copropietarios son las siguientes:

a).- Participación proporcional en las cargas. (Artículos 942, 944).

b).- Participación en los gastos de conservación de la cosa así como en las contribuciones (Artículo 944).

La participación en los derechos y obligaciones es proporcional al derecho que se represente en la copropiedad o sea a la cuota o parte alicuota.

Clasificación de los Tipos de Copropiedad:

Siguiendo el estudio de la regulación de la copropiedad en nuestro Código Civil, podemos observar que prevé la existencia de diferentes formas de copropiedad, las que se pueden clasificar de la siguiente manera:

1.- Según acuerdo de voluntades o disposición legal.

a).- Voluntarias: Representan la generalidad de las copropiedades, se caracterizan porque emanan de un acuerdo de voluntades, son temporales y se fundan en el principio de que "nadie puede ser obligado a permanecer en copropiedad en contra de su voluntad", se requiere que la cosa común permita cómoda división para el momento en que desee terminar con la copropiedad de acuerdo al plazo convenido.

b).- Forzosas: Son aquellas en que por su naturaleza del bien común no admite cómoda división pues de lo contrario perdería su valor al dividirse, en algunos casos se prevé como forma de terminar con la copropiedad la venta de la cosa y la división del precio entre los coparticipes.

2.- Por el término de duración:

a).- Temporales: Se refiere a las voluntarias, en las que generalmente se fija un plazo determinado de duración.

b).- Permanentes: Dependen de la naturaleza de la cosa común, por lo general, se refieren a la copropiedad permanente en la que la cosa no se puede dividir y en ocasiones ni vender como en la medianería.

3.- Por su reglamentación:

a).- Reglamentadas: Son aquéllas que por su propia y especial naturaleza se encuentran reguladas en forma específica por las disposiciones legales de un determinado sistema jurídico, que reglamentan específicamente sus características propias.

b).- No reglamentadas: son aquéllas que carecen de reglamentación legal específica y se regulan por los principios generales aplicables a la copropiedad en general.

4.- Por su objeto:

a).- Sobre bienes determinados: Por lo general la copropiedad se refiere a ciertos bienes específicos y determinados.

b).- Sobre universalidad de bienes: Como excepción la copropiedad se puede referir a una universalidad patrimonial, como en la herencia, se caracteriza porque la parte alcuota comprende activo y pasivo, derechos y obligaciones.

5.- Por el acto que les da origen:

a).- Por actos inter-vivos: porque son fuentes de la copropiedad el contrato, la declaración unilateral de la voluntad, la prescripción positiva o inclusive un hecho jurídico como la accesión.

b).- Por actos mortis causa: también son fuentes de la copropiedad las sucesiones ya sean legítimas o testamentarias.

6.- Por su origen.

a).- Originados por un acto jurídico: Como consecuencia de un contrato, un testamento, la declaración unilateral de la voluntad, etcétera. con la intervención de la voluntad del hombre.

b).- Originados por un hecho jurídico como en el caso de la accesión, la ocupación o la prescripción en donde no existe la voluntad humana como generadora de derechos y obligaciones.

Extinción de la Copropiedad.

La legislación civil vigente establece dos vías para dar por terminada la copropiedad, a saber:

a).- La amigable: Entre ésta se encuentran la división de la cosa, la destrucción o pérdida de ella y la consolidación de todas las cuotas por enajenación en una misma persona (Artículo 976).

b).- La acción judicial: Consiste en el ejercicio de la antigua acción de comuni dividendum, ya regulada en el Derecho Romano (en la actualidad reglamentada por los artículos 939, 940), lo que implica la tramitación de un juicio ante autoridad judicial para que se decreta la terminación de la copropiedad.

CAPITULO

IV

NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE RETRACTO

IV.- NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE RETRACTO.

El estudio de la naturaleza de cualquier institución implica un análisis pormenorizado de sus características específicas, lo que da lugar a un exacto conocimiento de los elementos que la integran, los factores que intervienen en su ejercicio, los presupuestos básicos y necesarios para que opere, etcétera.

1.- ANALISIS DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE RETRACTO.

La naturaleza jurídica de la acción de 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. de las cuales destacan las siguientes

TENDENCIAS DOCTRINALES:

Las más importantes se pueden clasificar en:

A.- LAS QUE CONSIDERAN AL RETRACTO COMO UN DERECHO REAL:

Destaca entre estos autores el maestro José Castán Tobegas que afirma categóricamente que el retracto es un derecho real, definitivo, limitado y de adquisición, así mismo el maestro Clemente de Diego que sostiene es un derecho real que otorga a su titular preferencia para la adquisición de una cosa, o sea, porque deriva de una acción

real que el copropietario ejercita sobre el bien común. Esta tendencia considera al retracto como una acción real que el individuo tiene respecto a la cosa que le pertenece; Desde mi punto de vista considero que atendiendo al concepto más aceptado doctrinalmente que define al derecho real como "El poder jurídico ejercido por una persona en forma directa e inmediata sobre una cosa, que le permite su aprovechamiento en forma total en sentido jurídico y además es oponible a tercero, pero sin la existencia de un sujeto pasivo individualmente determinado contra quien pueda dirigirse", por lo que en el presente caso la postura ideológica del maestro Castán Toboegas y de los demás autores que la comparten es inexacta porque no se trata de un derecho real propiamente dicho en cuanto que el retracto no implica que el retrayente pueda ejercitar un poder jurídico inmediato y directo sobre el bien que le pertenece, tampoco en este caso aparece indeterminada la persona del adquirente del bien en contra de quien se va ejercitar el retracto, pues antes de ejercitar esa acción ya se conoce la persona del adquirente. Considero que el retracto es más bien una acción derivada de un derecho real como la propiedad o el usufructo, porque ese es uno de los presupuestos para que esta prospere cuando se ejercita por copropietarios, condóminos o usufructuarios.

B.- LAS QUE CONSIDERAN AL RETRACTO COMO UN DERECHO PERSONAL:

De acuerdo a la concepción clásica del derecho personal, éste se caracteriza como una facultad inherente a

la persona, de modo tal que cuando ésta muere se extingue dicho derecho, en contraposición del derecho real el cual es absoluto y va intrínsecamente unido a la cosa, no perece cuando muere la persona que detenta o posee el bien. El derecho personal es la facultad correspondiente a una persona para exigir de otro sujeto pasivo individualmente determinado, el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. Estos derechos son relativos y el ejemplo por excelencia es el derecho de crédito. Desde este punto de vista es muy ambiguo considerar que el retracto es un derecho personal que se encuentra estrechamente ligado con la persona del retrayente, porque eso implicaría que al morir el copropietario esa facultad de ejercitar el retracto precluiría, conclusión que es inexacta porque puede transmitirse ese derecho al que se constituya como nuevo titular de la parte alicuota de esa copropiedad.

C.- LAS QUE CONSIDERAN AL RETRACTO COMO UN DERECHO DE
PRELACION.

Otros autores consideran a esta institución con las características de un derecho de preferencia que se otorga por ministerio de ley, convenio o costumbre a determinadas personas que tienen como común denominador el ser copropietarios de una cosa común, como en el caso de los comuneros o los coherederos, o quienes detentan la cosa como el usufructuario, para ser preferidos frente a terceros en la enajenación de la parte alicuota de la cosa común. Esta

teoría es una de las más aceptadas doctrinalmente; se considera al derecho del tanto y al retracto como los derechos de preferencia o de prelación más importantes. Tienen como finalidad la preferencia de ciertas personas frente a extrajeros respecto a la enajenación de un bien determinado.

D.- LAS QUE CONSIDERAN AL RETRACTO COMO UN DERECHO DE ADQUISICION.

Esta tesis es sustentada por los civilistas germánicos entre los cuales destacan Tuhr, Gierke y Wolff, quienes consideran al retracto dentro del grupo de los derechos de adquisición, entre los cuales ubican a los contratos de apropiación y de esperanza. Porque el retrayente al ejercitar esta acción va a adquirir la cosa que había sido enajenada a un tercero.

E.- LAS QUE CONSIDERAN AL RETRACTO COMO UN DERECHO POTESTATIVO.

Esta teoría la sustenta el maestro Francesco Messineo que considera que el retracto es un derecho potestativo de los copropietarios para recuperar la cosa enajenada a un tercero; son aquéllos derechos que confieren a quienes ostentan su titularidad la facultad de provocar determinados efectos jurídicos por obra exclusiva de su voluntad, el más destacado es el derecho de acción procesal.

Vistas las anteriores teorías y asumiendo tal vez una tendencia ecléctica considero que el retracto es una acción de preferencia que tienen los copropietarios para subrogarse en los derechos del tercero extraño que adquiere la cosa. Lo anterior se encuentra fundado en lo siguiente:

a).- Es una acción porque el copropietario titular del derecho de retracto se encuentra legitimado para exigir y reclamar lo que se le debe, en este caso para demandar que los efectos de la venta realizada se retrotraigan en su beneficio.

b).- Porque es una potestad del retrayente que le permite ser preferido en el caso de la enajenación de la cosa frente terceros respecto a la adquisición de ese bien.

c).- Porque de acuerdo con lo anterior tiene derecho a subrogarse en los derechos del comprador primario en las mismas condiciones estipuladas ese contrato.

2.- DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LA ACCION DE RETRACTO CON EL DERECHO DEL TANTO.

Como lo hemos venido observando desde el principio de este trabajo de tesis la acción de retracto y el derecho del tanto son dos instituciones jurídicas muy similares, que

en ocasiones se llegan a confundir e inclusive muchos autores llegan a considerar que son lo mismo.

A continuación expongo las siguientes

Tendencias doctrinales:

El maestro Castán Tobegas define al derecho del tanto como el derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa, en el caso que el dueño quiera enajenarla (35); mientras que la acción de retracto es según su criterio, el derecho de preferencia que uno tiene para la adquisición de una cosa cuando el dueño la ha enajenado subrogándose en el lugar del comprador mediante abono al mismo, del precio que entregó y gastos del contrato que se le pudieren ocasionar.

El maestro Manresa, sostiene que no es lo mismo tanteo que retracto, ya que el tanteo es el derecho que tiene un copropietario respecto del comunero que pretende realizar la venta de su derecho; mientras que retracto es el derecho que se da al copropietario en contra del tercero que ha comprado la cosa sin que haya dado al primero la oportunidad de hacer uso del derecho del tanto.

35.- Castán Tobegas J. Ob. cit. pág.79.

La maestra Alicia Pérez Duarte N. del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, retomando el criterio del maestro Moya Palencia considera que el derecho del tanto es una contratación preferente mientras que la acción de retracto es una subrogación contractual.(36)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación a este respecto ha emitido la tesis de Jurisprudencia que a la letra dice: (37)

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, 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 4 Votos.

36.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F.1985, Tomo VIII, pág. 69.

37.- Tesis publicada con el número 2, a foja 6 en el Apéndice 1917-1975 al Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, Tercera Sala.

Vol. LXXXV, Pág. 54, Queja 247/62, Cayetano Ceballos, Sucn, 5 Votos.
Vol. LXXXV, Pág. 64, A. D. 8785/62. Josefina Ceballos de la Madrid. 5 Votos.

De los anteriores criterios antes citados podemos determinar que la acción de retracto y el derecho del tanto por sus propias y especiales características que presentan son instituciones afines que se presentan en una misma situación jurídica pero en dos momentos diversos, cuando la venta está simplemente propalada opera el derecho de tanto, cuando se ha consumado opera la acción de retracto. Ambas instituciones presentan las siguientes

S E M E J A N Z A S :

1.- Las dos se caracterizan por ser figuras creadas con la finalidad de preservar la existencia de comunidades, impidiendo el acceso de terceros extragos a ellas que por diferencia de criterios puedan desintegrarlas, y alienta a la constitución de la propiedad individual através de la consolidación de todas las partes en una misma persona.

2.- En las dos figuras se trata de derechos de prelación o preferencia que se otorgan a los copropietarios para que en caso de enajenación de la cosa común se prefiera a éstos frente a terceros, para que de esa forma se cumpla

con la finalidad de ambas a que he hecho alusión en el número anterior.

3.- Los derechos consagrados en ambas instituciones se otorga de igual manera a los copropietarios, ya sea comuneros, coherederos, o a quienes sólo detentan la cosa como en le caso de usufructuarios, pero con esa calidad tienen preferencia frente a otros en caso de enajenación de la cosa.

4.- Las fuentes de ambas figuras en el Derecho Positivo Mexicano son la ley y los convenios, en algunos casos no contemplados en México se otorga por costumbre.

D I F E R E N C I A S :

Las diferencias esenciales de la acción de retracto y el derecho del tanto son:

1.- Por su término para ejercitarlos; el derecho del tanto por ministerio de ley tiene como plazo OCHO días posteriores a la notificación de la voluntad del copropietario enajenante para vender, mientras que en la acción de retracto por su falta de disposición expresa sólo se encuentra fijado término para el retracto de condominos que es de QUINCE días; así mismo se conceden SEIS MESES a los arrendatarios para ejercitar el retracto inquilinario o

arrenditicio, esta cuestión se analizará más ampliamente al tratar el tiempo de duración de la acción de retracto, que según el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación prescribe en diez años.

2.- Por el momento en que procede su ejercicio, en el caso del derecho del tanto éste es procedente cuando la venta apenas está propalada, mientras que la acción de retracto se puede ejercitar cuando la venta ya está consumada.

3.- Por su reglamentación; el derecho del tanto se encuentra específicamente mejor regulada en nuestra legislación que la acción de retracto que en la mayoría de ocasiones se debe regir por los Principios Generales de Derecho como una consecuencia de la reglamentación del derecho del tanto, como lo veremos en forma más detallada en el capítulo correspondiente a la reglamentación de esta institución.

3.- ESTUDIO DOGMÁTICO-JURÍDICO DE LA ACCIÓN DE RETRACTO.

El estudio dogmático-jurídico de una institución de Derecho consiste en el análisis exegético de la institución misma, por sus características que la peculiarizan, los elementos que la integran, sus especies, su reglamentación jurídica, etcétera.

La acción de retracto entendida como la acción de preferencia que corresponde a los copropietarios o a una tercera persona que no han intervenido en el contrato, ya sea por ministerio de ley, por convenio o por costumbre para quedarse con la cosa, objeto de la venta en iguales condiciones a las estipuladas en el contrato primario, re trayendo los efectos de este contrato y subrogándose en los derechos del adquirente, tiene los siguientes

a).- ELEMENTOS REALES:

Entendidos como los elementos materiales o las relaciones derivadas de las cosas que intervienen en el ejercicio de la acción de retracto, encontramos que estos pueden ser de dos tipos, a saber:

OBJETO DIRECTO:

Se caracteriza por ser el objetivo primordial de la acción materia de nuestro estudio, que es el derecho de preferencia de los copropietarios frente a los terceros adquirentes, para subrogarse en sus derechos y perfeccionar la enajenación en su beneficio, dejando sin efectos la primera enajenación efectuada, manteniéndose intocadas las condiciones estipuladas del contrato primario.

La acción de retracto opera cuando se trata de contratos onerosos como lo son la compra-venta y la dación en pago.

La compra-venta es el contrato oneroso por excelencia por el cual una persona denominada vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa o derecho y el otro denominado comprador, a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero.(38)

La dación en pago es una forma de extinguir las obligaciones, consiste en el acto jurídico en virtud del cual una persona que tiene el carácter de deudor entrega a otra, que tiene el carácter de acreedor, una prestación diferente a la debida para cumplir con su obligación.(39)

Es inexacto que la acción de retracto pueda ejercitarse cuando se trata de transmisión de la propiedad a título gratuito como la herencia, los legados o la donación, 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, además de que en esta situación no se ataca a la finalidad de los derechos de preferencia y por tanto

38.- Artículo 2248 del Código Civil.

39.- Prevista por los artículos 2095 y 2096 del Código Civil.

subsiste plenamente la transmisión. En ese caso solamente se mantiene subsistente el derecho de preferencia de los copropietarios a ser preferidos frente a terceros cuando se pretenda volver a enajenar el bien, obligación que debe cumplir el nuevo titular de la cosa.

Para el ejercicio de la acción de retracto el titular requiere encontrarse legitimado para ejercer dicha acción, la legitimación de acuerdo con la doctrina jurídica más aceptada consiste en la situación jurídica en que se encuentra un sujeto y en virtud de la cual puede manifestar válidamente su voluntad respecto a una determinada relación de derecho, afectándola en algún modo (40). De acuerdo con esto el retrayente debe ser el titular del derecho sustantivo que le conceda ese derecho de preferencia para que puede tener su origen en dos formas, a saber la que se funda en una disposición legal o fundado en el acuerdo de voluntades, para poder reclamar la nulidad de la transmisión del bien efectuada, y poder subrogarse en los derechos del adquirente.

Otro presupuesto para la procedencia de la acción es que se reclame la nulidad de una transmisión hecha a un tercero extraño a la comunidad, o sea, que la cosa materia de la enajenación se transmita a una persona que no tenga

40.- DE PINA R. Ob. cit. pág. 334.

derecho de preferencia, porque de lo contrario la acción de retracto será improcedente, como en el caso de que el bien se transmitiera a otro copropietario, porque allí se cumpliría con la finalidad que persigue y tutela la acción de retracto que es la preferencia.

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 corporales, ya sean muebles o inmuebles, o también respecto a cosas inmateriales como en el caso de acciones y derechos siempre que estos sean fungibles.

En materia jurídica se entiende por "bien" la cosa material o inmaterial susceptible de producir un beneficio de carácter patrimonial, (41) pueden ser materiales o tangibles como en el caso de los bienes muebles e inmuebles, así como inmateriales o intangibles como las acciones y los derechos. En el Código Civil se establece que todas las cosas o bienes pueden ser objeto de apropiación siempre que no se encuentren excluidas del comercio, ya sea por su naturaleza, porque no pueden ser poseídas exclusivamente por un individuo, o por disposición de la Ley de las declaren irreductibles a la propiedad

41.- PINA DE R. Ob. cit. pág 123.

privada (42). La concepción moderna del Derecho considera a las acciones y a los derechos como bienes muebles susceptibles de apropiación por su titular, con la salvedad de también se aplican las restricciones antes señaladas.

b).- ELEMENTOS PERSONALES:

Las personas que intervienen en la acción de retracto son:

EL RETRAYENTE:

Es la persona que ejercita la acción de retracto, debe gozar del derecho de preferencia como presupuesto básico para poder demandar la prelación frente al tercero adquirente, ya sea porque esa potestad le haya sido otorgada por ministerio de ley, por convenio o por costumbre, situación que lo va a legitimar activamente para ejercitar su acción, puede considerarse que es una facultad propia de los copropietarios, ya sea comuneros, herederos o condóminos, pero esta situación se amplía por ministerio de ley a los usufructuarios, colindantes, arrendatarios, a los miembros de una sociedad civil respecto a sus derechos sociales, a los aparceros, etcétera. y por acuerdo de voluntades inclusive a terceros que no han intervenido en la transmisión. Como lo veremos al analizar las diversas

42.- Previsto por los artículos 747, 748 y 749 del Código Civil.

especies de retracto que existen.

Es imprescindible que el retrayente sea titular de ese derecho de preferencia para poder ejercitar su acción ya que de lo contrario sería inoperante.

Lo normal es cuando una sola persona procesalmente constituida y legitimada como retrayente, pretende ejercitar su acción de retracto, pero puede darse el caso de que varios retrayentes ejerciten al mismo tiempo su acción de retracto respecto de la misma cosa, en donde presenciáramos

CONFLICTO DERIVADO DE LA CONCURRENCIA DE RETRAYENTES:

En este caso pueden presentarse dos situaciones:

a).- PRELACION DE RETRAYENTES:

Se presenta cuando dos o más retrayentes ejercitan la acción de retracto basados en causas distintas, es decir, cuando varias personas pretenden ejercitar dicha acción, pero ésta tiene su origen en diferentes causas, por ejemplo cuando concurren un retrayente legal frente a un retrayente convencional.

En este caso y a pesar de que en nuestra legislación no existe una regulación expresa, analizando

exegéticamente el espíritu jurídico de esta institución, su evolución histórica y sus finalidades, así como fundado en los Principios Generales del Derecho, debemos considerar que en caso de concurrencia de retrayentes originados por diversidad de causas, se debe seguir el siguiente orden de prelación, se debe preferir a los retrayentes legales frente a los convencionales, luego en los retractos legales debe preferirse al retrayente comunero, en el cual se encuentran agrupados los retractos de los coherederos, condóminos u otros copropietarios; al retrayente eufitéutico, al retrayente colindante.

Lo anterior lo fundo en que en Derecho Civil rige el principio universalmente válido consagrado en el artículo 19 del Código Civil de que a falta de disposición legal expresa que sea aplicable las controversias se decidirán a favor de quien trata de evitar perjuicios, y no del que trata de beneficiarse en perjuicio del otro, aunado lo anterior a que la finalidad de la institución del retracto y su evolución histórica llevan a considerar más importante a los retractos legales que a los convencionales, puesto que el fin que tutelan es de mayor valor.

b).- COLISION DE RETRAYENTES POR UNA MISMA CAUSA:

Se presenta cuando varios retrayentes ejercitan la acción de retracto fundados en la misma causa, esta

situación se puede presentar en cada una de las especies de retracto que en el siguiente capítulo analizaremos, en este caso los retrayentes derivan de una misma causa que las origina: Por regla general el ejercicio de su acción se realiza a prórrata de acuerdo a la proporción que tengan en la cosa común, o de acuerdo a la extensión de su propiedad, como en el retracto de colindantes; aquí no existe una situación de preferencia sino de proporcionalidad, porque no se excluye a ningún coparticipante sino todos participan de acuerdo a la proporción de su parte alicuota. Por otra parte puede presentarse una situación poco usual de que concurrieran a la vez dos retrayentes con un porcentaje igual de la parte alicuota de la cosa común, en ese caso, se prefiere al que ejercite primero la acción, de acuerdo al principio jurídico del "que es primero en tiempo, es primero en derecho"; otra situación peculiar se presentaría si los retrayentes concurrieran simultáneamente, deberá decidirse de acuerdo a quien pretenda evitar perjuicios y no obtener beneficios en perjuicio de otra persona, o en última instancia si subsiste la igualdad de condiciones y la cosa no admite cómoda división de acuerdo a la suerte.

Todo lo anterior opera siempre y cuando no exista acuerdo expreso de voluntades que determine la preferencia en el caso de concurrencia de retrayentes, porque en su caso deberá estarse a esas estipulaciones que sólo tendrán alcance y validez respecto de los contrayentes, sin ser

extensiva a terceras personas que no intervinieron en dicho convenio.

El retrayente sólo tiene la obligación de consignar el precio que aparezca se haya pagado por la enajenación, de tal suerte que si aparecen diferentes precios en la escritura pública o en el contrato privado, deberá exhibirse o garantizarse el menor de ambos. Respecto a los gastos que se hayan originado con la operación y gastos necesarios y útiles hechos respecto de la cosa, es imprescindible que se demuestre su necesidad y propia conveniencia de ellos, y una vez comprobadas las condiciones anteriores procede su pago, por lo que no es necesario exhibirlos desde la presentación de la demanda.

Para el caso de que no se conociera el precio de la enajenación debe garantizarse por cualquiera de los medios permitidos por la Ley.

El cumplimiento de esa obligación es imprescindible porque el retrayente va a subrogarse en los derechos del adquirente.

EL ADQUIRENTE:

Es la persona que adquiere la cosa respecto de la cual otras personas tenían derecho de preferencia, en este caso no tiene especial trascendencia que se trate de

adquirente de buena fé o no, porque la validez del ejercicio de la acción de retracto no se modifica y solamente quedan a salvo sus derechos para repetir en contra del enajenante para que le pague los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado. Necesariamente debe tratarse de una tercera persona que no gozaba del derecho de preferencia, premisa condicionante de la procedencia de la acción de retracto.

EL ENAJENANTE:

Es la persona que trasmite la cosa, jurídicamente tuvo la obligación de preferir a los retrayentes frente al tercero adquirente y como no cumplió con esa preferencia a la cual se obligó por ministerio de ley, convenio o costumbre, motiva que proceda la acción de retracto.

Es responsable del pago de daños y perjuicios que puedan ocasionarse al adquirente. Un presupuesto fundamental es el de que no haya notificado a los retrayentes su voluntad de enajenar la cosa. pues si acredita que 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, porque el derecho del tanto de los retrayentes precluyó y en consecuencia la falta de su ejercicio se traduce en consentimiento tácito de esa enajenación.

c).- ESPECIES DE LA ACCION DE RETRACTO.

Como sucede en todas las instituciones la acción de retracto puede presentar diversas formas o especies que tienen características peculiares que las diferencian entre sí, podemos clasificarlas de acuerdo a su origen en:

1.- RETRACTOS LEGALES:

Nacen fundadas en una disposición legal, que otorga a su titular expresamente el derecho de preferencia frente a terceros respecto a la enajenación de un bien, generalmente común, se fundan en la regla general establecida por los artículos 960, 973, 974 y 2279 del Código Civil. Entre los que mas destacan según la doctrina son:

A.- RETRACTO DE COMUNEROS:

Es el que corresponde a cada copropietario, en el caso de enajenarse a un extraño la parte de los demás conduegos o de alguno de ellos. tiene sus antecedentes más remotos en la ley 55, título 5o. de la 5a. Partida, en las Leyes 74 y 75 de Toro y en el título 13 del libro 10 de la Novísima Recopilación.

Se funda en la finalidad de preservar la propiedades en común, pero con la conformidad de los comuneros, para evitar así la existencia de comunicaciones impuestas y forzadas, que podrían traer como consecuencia la desintegración de esa comunidad.

Se caracterizan especialmente porque por disposición legal el copropietario enajenante debe notificar a los demás condueños de su voluntad de enajenar su parte correspondiente para lo cual pueden ejercitar el derecho de tanto, si no les notifica tiene derecho a la acción de retracto por la que la transmisión se declarará nula y se subrogarán los demás copropietarios en los derechos del adquirente.

En esta categoría entran las siguientes formas de retracto:

a).- RETRACTO DE COHEREDEROS:

Por disposición testamentaria pueden varias personas ser copropietarias de un mismo bien, en forma proporcional, en este caso si uno de los coherederos desea enajenar su parte debe notificar a los demás coherederos para que ejerciten su derecho del tanto dentro del término de ocho días, bajo pena de nulidad de la enajenación en caso de que no se respete dicho derecho, o en su defecto, para

que tengan la potestad de ejercitar la acción de retracto. Se regula como una consecuencia del derecho del tanto previsto en los artículos 1292 al 1294 del Código Civil.

b).- RETRACTO DE CONDOMINIOS:

Es el único caso de retracto que se encuentra específica regulado en nuestra legislación, se reglamenta de acuerdo a lo ordenado por los artículos 19 y 20 de la Ley del Regimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal; en el primero de los preceptos mencionados se establece que en caso de que el propietario desee vender notificará por medio de notario o judicialmente al inquilino o a la Institución que haya financiado la construcción de la casa del precio y las condiciones de la operación para que en el término de DIEZ DIAS posteriores a ella puedan ejercitar su derecho.

El artículo 20 del mismo Ordenamiento dispone:

" Si el departamento, vivienda, local o casa se enajenara con infracción a lo dispuesto por el artículo anterior, el inquilino o la institución oficial que haya financiado o construido el condominio, podrá subrogarse en lugar del adquirente, con las condiciones estipuladas en el contrato de compraventa, siempre que haga uso del derecho de retracto, con la exhibición del precio, dentro de los quince días siguientes al que haya tenido conocimiento de la enajenación. Los notarios o los que hagan sus veces, se abstendrán de autorizar una escritura de compraventa de esa 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 la hora en que hizo la notificación a que se refiere el artículo anterior.

En esta especie de retracto se estipula expresamente el término de duración de esta acción que es de QUINCE DIAS posteriores a que se tenga conocimiento de la enajenación, se impone al obligación al retrayente de consignar el precio si lo conoce o de garantizarlo; se determina que pueden ejercitar esta acción el condomino y la Institución que haya financiado la construcción del condominio.

c).- RETRACTO ARRENDITICIO:

Es la especie de la acción de retracto que se otorga los arrendatarios, puede ser de dos formas:

1.- Cuando se trata de fincas destinadas a casa-habitación, situación regulada por el artículo 2448 incisos I y J. Opera cuando el arrendamiento ha durado más de cinco años, el inquilino ha hecho mejoras de importancia y si se encuentra al corriente en el pago de sus rentas, en cuyo caso el arrendatario gozará del derecho del tanto, para que dentro de los quince días posteriores a la notificación de las condiciones de la enajenación ejercite su derecho, bajo pena de nulidad de la enajenación si no se respeta, la acción de retracto en este caso durará seis meses de acuerdo a lo

ordenado por la fracción VI del artículo 2448 inciso J del mismo Ordenamiento.

2.- Cuando se trata de fincas destinadas a usos diversos al de arrendamiento de casa destinada a la habitación, se encuentra regulada por el artículo 2447 del Código Civil, también opera cuando el arrendamiento ha durado más de cinco años, el inquilino ha hecho mejoras de importancia y si se encuentra al corriente en el pago de sus rentas, de tal modo que el arrendatario gozará del derecho del tanto, pero en este caso con lo dispuesto por la última parte de este precepto y como se diferenció en el capítulo I de esta tesis el derecho de tanto del derecho de preferencia por el tanto debe considerarse que de acuerdo a la ejecutoria transcrita, este precepto se refiere más bien al derecho de preferencia por el tanto, porque la enajenación no se anula por la falta de preferencia del inquilino, sino que la enajenación subsiste en todas sus partes y el arrendador enajenante sólo debe pagar al inquilino los daños y perjuicios que le ocasione la transmisión del bien.

d).- RETRACTO DE USUFRUCTUARIOS:

También carece de reglamentación legal expresa, se regula como una consecuencia del derecho del tanto del usufructuario prevista por los artículos 1005 en relación con el 973 del Código Civil, consiste igualmente en el

derecho de prelación legalmente otorgado al usufructuario para ser preferido frente a terceros respecto a la enajenación del bien que disfruta, de la misma manera que en las otras especies de retracto, no se prevé un término determinado para el ejercicio de dicha acción.

e).- RETRACTO DE DERECHOS SOCIALES.

Carece de reglamentación específica y sólo se prevé la existencia del derecho del tanto de los miembros de una sociedad civil respecto de los derechos sociales, el cual se encuentra previsto en el artículo 2706 del Código Civil, en donde se concede a los socios el término de ocho días para ejercitar el derecho del tanto, pero no se prevé un término para el ejercicio de la acción de retracto ni su procedimiento para su ejercicio.

f).- RETRACTO DE APARCEROS:

Al igual que las otras formas de retracto carece de reglamentación legal expresa y sólo se presenta como una consecuencia de la regulación del derecho del tanto otorgado por los artículos 2750 y 2763 del Código Civil al aparcero, pero no estipula el término de duración de la acción de retracto ni la forma de su ejercicio, por lo tanto se rige por las reglas generales que regulan a dicha Institución.

g).- RETRACTO EUFITEUTICO.

Consiste en el derecho de preferencia que tiene tanto el dueño útil como el dueño directo para el caso de que cualquiera de los dos desee enajenar su parte, prefiera al otro respecto de terceros, entendida la eufiteusis como el desmembramiento del derecho real de propiedad en dos aspectos, el útil y el directo. Carece de reglamentación legal específica y sólo se regula como consecuencia del derecho del tanto en la eufiteusis.

B.- RETRACTO DE COLINDANTES.

Es el derecho de preferencia que otorga a los colindantes el artículo 771 del Código Civil, que a la letra dice:

" 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 los ocho días siguientes al aviso. Cuando éste no se haya dado, los colindantes podrán pedir la rescisión del contrato dentro de los seis meses contados desde su celebración."

Este derecho que corresponde a los propietarios de predios colindantes en una vía pública, se caracteriza porque los propietarios tienen el derecho del tanto cuando se pretenda y sea posible enajenar una vía pública, concediéndoseles el término de ocho días para ejercitar su

derecho, así mismo se les concede el término de seis meses para pedir la rescisión del contrato que no haya respetado su derecho del tanto, o sea para ejercitar su acción de retracto y nulificar la enajenación efectuada.

En el Derecho Español se encuentra expresamente regulada una especie del retracto de colindantes, que destaca porque otorga a su titular el derecho de preferencia en la adquisición del predio colindante, que condiciona su procedencia a que se trate de predios rústicos, que no se encuentren divididos por accidentes naturales como caminos, barrancos o riachuelos o cualquier otro medio natural o artificial que desmembre la unidad de esa porción de tierra, que sean menores a una hectárea; destacando el espíritu del Legislador de fomentar el mejor cultivo de tierras rústicas y con sus limitaciones evitar el latifundio.

2.- RETRACTOS CONVENCIONALES:

Se originan por el acuerdo de dos o más voluntades, por medio del cual una persona determinada que se ostenta como titular de la totalidad o de la parte alicuota de la propiedad de un bien, se obliga a que en caso de enajenarlo preferirá a ciertas personas frente a terceros. Este convenio debe contener todos los requisitos de existencia y validez legalmente exigidos a todos los contratos como son la capacidad de las partes, ausencia de

vicios en el consentimiento, el objeto, motivo y fin lícito, la formalidad, etcétera, para que pueda surtir efectos jurídicos plenos frente a terceros.

Algunos autores consideran al pacto de retroventa como una especie de retracto convencional, el cual tiene las siguientes características:

El pacto de retroventa es aquel que faculta al comprador para devolver al vendedor la cosa objeto de la compraventa, con el derecho de recibir por ella el precio pagado. Es una venta sujeta a condición resolutive. Se encuentra prohibida por el artículo 2302 del Código Civil del Distrito Federal.

Desde mi punto de vista considero que en el pacto de retroventa se pueden presentar dos situaciones condicionadas por las estipulaciones hechas en ese convenio, así tenemos que si ambas 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 del 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 sólo se fijó como sanción a la falta de notificación de la enajenación el pago de daños y perjuicios

se estará frente a un pacto de preferencia, lo anterior de acuerdo a las estipulaciones hechas en el pacto de retroventa o de preferencia celebrado.

3.- RETRACTOS CONSETUDINARIOS:

Nacen de la costumbre e igualmente otorgan a los retrayentes el derecho de preferencia frente a terceros respecto de la enajenación de una cosa, han quedado casi extintos por las especiales características del Derecho Moderno y en nuestro sistema jurídico no se encuentran contemplados.

RETRACTO GENTILICIO:

Este retracto también denominado como retracto de abolengo, legítimo o de sangre, se caracteriza por ser una fórmula casi extinta en nuestra época, consiste en el derecho que compete a los parientes del vendedor o enajenante hasta en un cuarto grado, para redimir los bienes raíces de sus abuelos y padres, ofreciendo al vendedor el mismo precio que le costo, su finalidad es conservar heredades en la familia de los que han adquirido esas heredades, su fundamento es la afición que muchos tienen de los bienes de sus mayores, fué cayendo en desuso porque restringió la libertad de disposición de las cosas de los retrayentes, sólo se refiere a bienes inmuebles que estuvieron en el patrimonio del padre o del abuelo y que

fueron enajenados por el pariente que los recibió por herencia, legado o donación, procede respecto del extraño y del pariente más lejano que adquirió, más no respecto a parientes de igual grado de parentesco que el retrayente en relación con el chosto. Se establece, en caso de concurrencia de parientes retrayentes, la preferencia de los más próximos respecto de los más lejanos y en caso de igualdad de condiciones se divide la cosa en partes iguales. En actualidad es una forma de retracto consuetudinario que subsiste en algunas provincias de España.

RETRACTO DE CREDITOS LITIGIOSOS.

No es una forma de retracto propiamente dicha, aunque algunos autores así la consideran, consiste en la facultad de los deudores de un crédito en litigio, para extinguirlo, cuando el acreedor lo trasmite a una tercera persona, cubriendo el precio pagado por el cesionario; carece de reglamentación expresa en Nuestro Derecho.

RETRACTOS ADMINISTRATIVOS.

Los autores Españoles consideran la existencia de retractos de naturaleza administrativa, en los que el Estado tiene derecho de preferencia respecto a la enajenación de ciertos objetos con características propias como en el caso de obras de arte; en Nuestra legislación ese tipo de

retracto no opera pues como lo vimos al explicar las limitaciones del derecho de propiedad, El Gobierno Mexicano tiene a su favor la expropiación como medio para efectuar esas enajenaciones a cambio de una indemnización.

d).- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RETRACTO.

Un aspecto muy importante que debemos diferenciar para entender mejor este subcapítulo es la

DIFERENCIA ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD.

Se trata de dos instituciones jurídicas diferentes desde su origen, la caducidad viene del verbo latino *decadere*, *cadere*, que significa caer, mientras que prescripción deriva de *prescriptio*, que significa transcurso del tiempo.

La caducidad es una sanción impuesta por la ley o convenio a quien dentro de un tiempo determinado no ejercita un derecho o una acción, puede ser de carácter procesal o de un derecho sustantivo. La caducidad puede ser por convenio o por disposición de la ley; en el primer caso las partes convienen una sanción si en un plazo determinado no se realiza una conducta ya pactada, en cambio, la caducidad legal consiste en una sanción impuesta por ministerio de ley a quienes en un tiempo determinado no ejercitan un derecho o

una acción, por lo que en consecuencia no nace la situación jurídica que el titular del derecho o de la acción esperaba. en el Código Civil se establecen varias especies de caducidad como las previstas en los artículos 240, 245, 246, 377, etcétera.

La prescripción por su parte puede ser de dos clases: positiva o usucapión y la negativa o prescripción liberativa o extintiva, propiamente dicha. La primera es un derecho para adquirir bienes cumpliendo con ciertas condiciones. La segunda que es punto de nuestro estudio es la figura jurídica que concede un derecho a favor del deudor para que sin responsabilidad legal deje de cumplir su obligación; se puede exigir a la autoridad judicial la declaración de que la deuda no puede ser legalmente exigida por el acreedor porque se ha extinguido por el trascurso del término legal que tuvo para ejercitar su acción o derecho.

Comparación entre la caducidad y la prescripción.

Semejanzas:

a).- En ambas hay inactividad por parte de la persona interesada en ejercitar el derecho o la acción.

b).- Esa inactividad se prolonga por un tiempo determinado.

Diferencias:

a).- La caducidad puede ser legal o convencional, mientras que la prescripción siempre es legal.

b).- La caducidad puede correr en contra de personas incapaces, la prescripción no.

c).- La caducidad se hace valer de oficio por la autoridad jurisdiccional o administrativa; la prescripción en Materia Civil no se puede hacer valer de oficio por el Juez.

d).- La caducidad opera en derechos sustantivos y adjetivos, civil y procesalmente; mientras que la prescripción sólo opera respecto a derechos procesales.

e).- La caducidad por regla general no extingue la acción; la prescripción si extingue la acción.

f).- La caducidad extingue derechos reales, personales sustantivos; la prescripción no extingue derechos personales como en el caso de alimentos.

g).- Los plazos de la caducidad puede determinarse por la Ley o en forma convencional, en cambio en la prescripción siempre se determinan por disposición legal.

El término de la prescripción se cuenta en años y no de momento a momento, excepto en los casos que determine la Ley, de acuerdo con el artículo 1176 del Código Civil.

DURACION DE LA ACCION DE RETRACTO Y DEL DERECHO DEL TANTO.

Como lo vimos anteriormente al estudiar cada una de las especies legales de la acción de retracto, solamente el retracto de condóminos se encuentra regulada de manera expresa en nuestra legislación, lo cual implica que necesariamente tengan que ser aplicadas las reglas generales a las demás formas de retracto, de esta manera y una vez diferenciada la prescripción de la caducidad, tratemos el problema de cual es el plazo de duración de la acción de retracto en México a falta de disposición expresa.

Este tema no ha sido tratado de manera específica por los tratadistas nacionales, pero considero que puede servirnos de base la siguiente ejecutoria, que en su sumario a la letra dice:

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 coparticipante y un tercero extraño no se ha consumado, así como que no se notificó a los coherederos las bases y las

condiciones en las que fué 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 el objeto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes, como sucede en el mayor número de las nulidades, toda vez que su objeto no es que el vendedor devuelva el precio al comprador y éste a aquel 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 en las condiciones en que se 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, pues 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 dió oportunidad de hacer valer aquel derecho; en efecto, el plazo para usar el 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 que 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, Volumen XXIV, Pág. 76, A.D. 3761/59, Sucesión de María de Jesús Vda. de Ledezma y Coags. --- Unanimidad de 4 votos. (42)

42.- Ejecutoria de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en las páginas 6, 7 y 8 del Apéndice 1917-1975 al Semanario Judicial de la Federación,

El criterio reconocido por esta ejecutoria trascrita debe aplicarse por analogía no sólo al retracto de coherederos sino también a las demás especies de retracto legal a las que hicimos alusión en el inciso anterior, porque las condiciones generales de esos tipos de retracto son las mismas que el retracto de coherederos y las características peculiares de ellas no modifican en nada las condiciones de fondo, por lo que el término de ejercicio de la acción de retracto de acuerdo con el criterio de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es de diez años, por aplicación de la regla general a todas las acciones, previsto por el artículo 1159 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

Cuando se trata del retracto arrenditicio de fincas destinadas a casa habitación la acción de retracto debe ejercitarse en los seis meses posteriores a que se tuvo conocimiento de la enajenación de acuerdo a lo establecido por el artículo 2448 inciso J del Código Civil.

El mismo término de seis meses se otorga a los titulares del retracto de colindantes de acuerdo al artículo 771 del Código Civil.

En el retracto de condominos se concede el término de quince días al condomino o a la Institución que financió

o construyó el condominio para ejercitar la acción de retracto, de acuerdo al artículo 20 de la Ley del Regimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal.

En los retractos convencionales el plazo de duración de la acción es el que específicamente hayan estipulado las partes contrayentes y a falta de disposición expresa se aplican las reglas generales antes indicadas según sea la especie de retracto de que se trate.

En todos los casos se requiere que al momento de ejercitar la acción de retracto se exhiba el precio con la demanda, pues el actor va a subrogarse en los derechos del comprador por efecto de la sentencia y en caso de que no lo conozca debe garantizarlo por cualquiera de los medios legales permitidos.

Lo dispuesto por la fracción IV del artículo 1167 del Código Civil que a continuación transcribo, aparenta ser contraria a lo expuesto en este inciso, motivo por el cual merece ser analizada con detenimiento y precisión:

La prescripción no puede comenzar ni correr:

- I.- Entre ascendientes y descendientes, durante la patria potestad, respecto de los bienes a que los segundos tengan derecho conforme a la ley;
- II.- Entre consortes;
- III.- Entre incapacitados y sus tutores o curadores, mientras dura la tutela;

- IV.- Entre copropietarios y coposeedores respecto del bien común;
- V.- Contra ausentes en el Distrito Federal, que se encuentren en servicio público;
- VI.- Contra militares en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Distrito Federal.

La prescripción a que se refiere este precepto es la usucapión o prescripción adquisitiva porque de acuerdo al espíritu del precepto transcrito, este tipo de prescripción no corre entre las personas que menciona, Por lo tanto la hipótesis de la fracción IV de este artículo no es contradictoria a nuestras anteriores manifestaciones de que la acción de retracto prescribe en diez años, me fundo además en que de acuerdo con los artículos 796, 797 y 1144 del mismo Ordenamiento los bienes comunes no pueden adquirirse por usucapión ejercitada por los coposeedores o copropietarios en contra de otro copropietario o poseedor, pero la prescripción extintiva o limitativa si opera entre ellos y se cuenta de acuerdo a las reglas generales de la prescripción.

e).- EFECTOS DE LA ACCION DE RETRACTO.

Como todas las cosas siguen el principio universal de la causa que produce necesariamente un efecto, el ejercicio de la acción de retracto produce diversas consecuencias en el Mundo del Derecho, que se traducen en derechos y obligaciones para los elementos personales que en

ella intervienen; los más importantes efectos que produce el ejercicio de esta acción son:

Que el retrayente se subroga en los derechos y obligaciones del adquirente. En virtud del ejercicio de la acción de retracto el retrayente o la persona que goza del derecho de preferencia que no fue respetado sustituye al adquirente en los mismos términos y condiciones que se habían estipulado.

Que las condiciones de la operación son las mismas que las del contrato primario, las cuales no se modifican y prevalecen en todas sus partes sin que se permita un aumento del precio de la cosa o modificación en alguna de las estipulaciones convenidas.

Que 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 ocasionen al adquirente.

Provoca la nulidad de la enajenación realizada pero esta nulidad tiene características especiales, pues en ella 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, porque no se está reclamando la falta de notificación, la cual se

convalidaría si se vuelve a practicar dicha notificación ahora si cumpliendo con todas las formalidades legales exigidas, sino que aquí se va a restituir el daño causado al retrayente cuyo derecho de preferencia no fué respetado, porque con el ejercicio de esta acción y con la subrogación en los derechos del adquirente, el retrayente va a gozar de esa preferencia en la adquisición del bien a cambio del pago del precio. Apoyo lo antes establecido en la siguiente ejecutoria cuyo sumario a la letra dice:

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 tiene el efecto de que al comprador devuelva el precio el vendedor y éste recupere la propiedad de la cosa, sino que por el retracto el copartícipe actor se subroga en los derechos del comprador, de modo que éste le devuelve el precio y éste 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.- Amparo Directo número 5955/57.- Pedro Solís Salas. 27 de octubre de 1960.- 5 votos.- Ponente José Castro Estrada.- Semanario Judicial de la Federación.- Sexta Época.- Cuarta Parte.- Volumen XI, pág. 187.

El retrayente debe pagar el precio que aparezca pactado al adquirente así como los gastos imprescindibles que se comprueben se efectuaron respecto a la cosa en litigio. El precio se debe consignar o garantizar al momento en que se presente la demanda en la que se ejercite la acción de retracto.

4.- REGULACION JURIDICA DE LA ACCION DE RETRACTO.

EN MEXICO:

En la legislación de Nuestro País la acción de retracto no se encuentra jurídicamente reglamentada en forma específica como sucede en otros Países; en nuestro Derecho Positivo Mexicano sólo se hace referencia a esta Institución objeto de nuestro estudio como consecuencia de la reglamentación del derecho del tanto.

Solamente los retractos de condóminos, arrenditicio, tratándose de arrendamiento de fincas destinadas a la casa habitación y de colindantes se encuentran regulados por la ley, apesar de que en el caso de los dos últimos no se menciona expresamente que se trate de acción de retracto, pero por su naturaleza y características especiales se deduce que se trata de esta Institución. De acuerdo a lo anterior la única forma de retracto que se encuentra de hecho bien reglamentada por la Ley del Regimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal es el retracto de condóminos.

Esta falta de reglamentación provoca que se desconozcan las reglas jurídicas aplicables a la acción de retracto en lo particular e implica que para la resolución de los conflictos que se derivan de su ejercicio se utilicen

las reglas y Principios Jurídicos Generales, lo que da lugar a la interpretación, que a su vez motiva diversidad de criterios en torno a esta Institución, lo cual no sucedería al encontrarse expresamente determinada la reglamentación aplicable en la Ley ya que habría una unificación de criterios, que evitaría desde luego deformaciones del estricto sentido que entraga la acción de retracto.

EN DERECHO COMPARADO:

En otros países si se regula la acción de retracto, ejemplo de ellos tenemos a España en donde el retracto se encuentra legalmente considerado y se otorga el término de 9 días a los retrayentes para ejercitarlos.

En otros tantos países como Argentina, Brasil, Ecuador, Chile, Colombia, Uruguay, Panamá, República Dominicana, Costa Rica, no existe disposición legal alguna que regule el retracto, y en ellos se concibe a esta Institución con las características de un pacto de retroventa.

En Países como Cuba se abolió en 1901 el retracto convencional, e igualmente se prohíbe en la actualidad la retroventa.

En el Código Civil de Perú de 1936 el retracto se reglamenta en los artículos 1431 al 1455 como la retroventa convencional que faculta al vendedor para recobrar la cosa vendida devolviendo el precio. En el artículo 1450 se establece:

"Tienen derecho de retracto el comunero, en la venta de porciones indivisas o de la cosa, 2o. El socio, en la venta de las cosas de la sociedad, 3o. El dueño del dominio directo, en la venta del dominio útil, y al contrario, 4o. El propietario, en la venta del usufructo, y al contrario, 5o. El propietario de la tierra colindante, cuando se trate de una finca rústica cuya cabida no exceda de tres hectáreas, o cuando aquélla y ésta reunidas no excedan de diez. 6o. El demandado, en caso de cesión del demandante, de la cosa o derecho que se está discutiendo judicialmente, 7o. Los propietarios de los diferentes pisos de un edificio, en la venta de ellos a un extraño. Los propietarios de predios urbanos que aunque divididos materialmente en partes, no pueden ejercitar sus derechos de propietarios de predios urbanos que aunque divididos materialmente en partes, no pueden ejercitar sus derechos de propietarios, sin someter las demás partes de la cosa a servidumbre o servicios que disminuyan su valor."

Los artículos siguientes a este precepto lo complementan al disponer que:

"Si concurren dos o más retrayentes se deberá respetar el orden de preferencia estipulado en el artículo anterior (Art.1451); El retracto del demandado dejará de tener efecto si se hubiera hecho la cesión a un acreedor en pago de lo que se le debía, o si se le hizo al poseedor del predio sujeto al derecho litigioso (Art.1452); Si quieren retraer dos o más colindantes, será preferido el de la tierra de menor cabida, y en caso de ser iguales, el que primero lo solicitó (Art.1453); Si son varios los socios o comuneros que lo pretenden todos serán admitidos y adquirirán la parte retraída en proporción de su haber en la cosa común (Art.1454); Cuando se hayan hecho dos o más ventas antes de que expire el plazo para pedirlo, el retracto se refiere a la primera venta, y se verifica por el

precio y bajo las condiciones de ella. El retrayente no pagará otros gastos sino los de la primera venta, aunque dirija su acción contra el último adquirente que tenga la posesión de la cosa"(Art.1455)

En el Código de Venezuela se reconoce el retracto convencional y el legal; en el convencional el retrayente ha de reembolsar el precio recibido, los gastos de venta, los de las reparaciones necesarias, y los de las mejoras que hayan aumentado el valor del fundo: Dura el derecho de retracto cinco años, pero puede prorrogarse por más tiempo sin que la ley lo limite, y el retrayente toma la finca libre de todas las cargas que haya impuesto el comprador. el término corre en contra de todas las personas aún de los menores y terceros adquirentes, aún cuando en los respectivos contratos no se haya hecho mención del retracto convenido. Si los copropietarios de un fundo no lo han vendido conjunta y totalmente sino cada uno su parte, podrá ejercer el retracto por su porción sin que el comprador pueda obligarle a rescatar la finca entera. Del mismo modo si el comprador hubiere dejado varios herederos, el retracto podrá ejercerse contra cada uno de ellos por la porción que le corresponda, salvo que la herencia se hubiera dividido y la cosa hubiera correspondido a uno sólo de los herederos. No toma en cuenta el retracto de los comuneros, ni de los colindantes. El retracto legal se reglamenta en un sólo capítulo con tres artículos que a continuación transcribo:

"Artículo 1546.- El retracto legal es el derecho que tiene el comunero de subrogarse al extrago que adquiriera

un derecho en la comunidad por compra o dación en pago, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato. Este derecho sólo podrá ejercerse en el caso de que la cosa no pueda dividirse sin menoscabo."

"En el caso de que dos o más copropietarios quieran usar el retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común."

"Artículo 1547.- No puede usarse el derecho de retracto sino dentro de nueve días, contados desde el aviso que debe dar el vendedor o el comprador al que tiene este derecho o a quien lo represente, el término será de cuarenta días contados desde la fecha del registro de la escritura."

"Artículo 1548.- En el retracto legal se aplicará lo dispuesto en los artículos 1539 y 1544."

Como puede observarse esta falta de reglamentación se extiende a la mayoría de países de Latinoamérica, con las excepciones ya citadas.

5.- CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

En nuestro Sistema Jurídico Mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el máximo Tribunal ha emitido los criterios que rigen a las Instituciones jurídicas más importantes en nuestro Derecho, através de tesis de Jurisprudencia y ejecutorias que forman los precedentes para constituirlos o que los contradicen, de tal forma que esos criterios son obligatorios para los Funcionarios Públicos encargados de la Administración de Justicia, según lo ordena expresamente el artículo 192 de la Ley de Amparo, que a la letra dice:

" La Jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas tratándose de las que decreta el

Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas tratándose de las que decreta el Pleno, y además para Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales y federales."

" Las resoluciones constituirán Jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente por cinco sentencias no interrumpidas por una en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros si se trata de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencias de las Salas."

" También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados."

Las tesis de Jurisprudencia y las ejecutorias más trascendentales en materia de acción de retracto ya han sido citadas y transcritas en los capítulos respectivos pero por cuestiones didácticas es menester volverlas a transcribir a continuación, para referirnos de manera específica al criterio de nuestro más Alto Tribunal.

La tesis de Jurisprudencia que a continuación transcribo, expresa el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de considerar al derecho del tanto y a la acción de retracto como una misma institución jurídica que se presenta en dos situaciones diferentes: una cuando la venta simplemente está propalada con un tercero en cuyo caso se trata de derecho del tanto; y la otra cuando la venta ya se consumó y no es posible el ejercicio del derecho del tanto, caso en el que opera la acción de retracto, que va a traer como consecuencia que el retrayente se subroge en los

derechos del tercero adquirente en los términos y condiciones estipuladas en el contrato primario.

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 puede 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 4 Votos.

Vol. LXXXV, Pág. 54, Queja 247/62, Cayetano Ceballos, Sucn, 5 Votos.

Vol. LXXXV, Pág. 64, A. D. 8785/62. Josefina Ceballos de la Madrid. 5 Votos.

El hecho de que ambas figuras jurídicas tengan una misma finalidad no implica, de acuerdo con el criterio de nuestro más Alto Tribunal, que su forma de ejercitarlas y su duración sean las mismas, cuestión que queda totalmente esclarecida en la ejecutoria que enseguida se transcribe que igualmente precisa las condiciones necesarias para el ejercicio de uno y otra, así como la duración de ambas.

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 copartcipe y un tercero extraño no se ha consumado, así como que no se notificó a los coherederos las bases y las condiciones en las que fué 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 el objeto de las cosas al estado que tenían antes, como sucede en el mayor número de las nulidades, toda vez que su objeto no es que el vendedor devuelva el precio al comprador y éste a aquel 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 en las condiciones en que se 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, pues 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 dió oportunidad de hacer valer aquel derecho; en efecto, el plazo para usar el 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 asceveración 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 que 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, Volumen XXIV, Pág. 76, A.D. 3761/59, Sucesión de María de Jesús Vda. de Ledezma y Coags.--- Unanimidad de 4 votos.

Del sumario de la ejecutoria antes citada se desprende que los efectos de la nulidad que proviene del ejercicio de la acción de retracto rompe con el principio general de los efectos de todas las nulidades pues en este caso las cosas no vuelven al estado en que se encontraban antes de la enajenación, sino que produce como efecto que dicha enajenación sea nula y el retrayente se subroge en los derechos del adquirente en los mismos términos pactados por el enajenante y el adquirente, de acuerdo a lo precisado por la siguiente ejecutoria de amparo, que en su sumario a la letra dice:

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 éste recupere la propiedad de la cosa, sino que por el retracto el copartícipe actor se subroga en los derechos del comprador, de modo que éste le devuelve el precio y éste 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.- Amparo Directo número 5955/57.- Pedro Solís Salas. 27 de octubre de 1960.- 5 votos.- Ponente José Castro Estrada.- Semanario Judicial de la Federación.- Sexta Época.- Cuarta Parte.- Volumen XL, Pág. 187.

CRITICA AL TERMINO DE DURACION Y FALTA DE REGLAMENTACION
DE LA ACCION DE RETRACTO.

Como lo exprese en el capitulo respectivo la falta de regulaci3n expresa de la acci3n de retracto en nuestro Derecho provoca que los criterios aplicables al respecto divergan, y que solamente los sustentados por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Naci3n, cuyo apego por ministerio de ley es obligatorio, sean las 3nicas formulas plenamente constituidas y de estricto imperio existentes para la reglamentaci3n de esta instituci3n en M3xico.

Por otra parte, manifiesto que difiero del criterio sustentado por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Naci3n en el sentido de que la duraci3n de la acci3n de retracto es de DIEZ AÑOS por aplicaci3n de la regla general contenida en el art3culo 1159 del C3digo Civil para el Distrito Federal, porque es muy extenso y largo, atendiendo a que en la actualidad los medios de comunicaci3n han avanzado mucho en relaci3n con los existentes en el año de 1960 en que se dict3 la ejecutoria y m3s a3n que los de 1928 en que se public3 el C3digo Civil vigente, y tambi3n porque los mexicanos en la actualidad tienen m3s el acceso de esos medios y las probabilidades de que puedan acudir a dependencias como el Registro P3blico de la Propiedad y el Comercio son mayores en la actualidad que de antaño. Eso se encuentra estrictamente relacionado con la situaci3n de los

terceros adquirentes, especialmente cuando se trata de buena fe, ya que la titularidad respecto a la cosa que adquirieron se encuentra supeditada a la voluntad de los que gozan del derecho de preferencia, además de que la Administración de Justicia en México debe ser pronta y expedita, por lo que no debe sujetarse a términos tan extensos.

Otro aspecto que no contempló por Nuestro Alto Tribunal es el hecho de que si la institución del retracto produce como efecto la subrogación del retrayente en los derechos del adquirente respetando las condiciones pactadas en el contrato primario, ello implica que el precio sea el mismo, y 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 socio-económicas 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.

Por otra parte debemos considerar que en la actualidad las posibilidades para que una persona pueda exhibir el precio de la cosa retraída puede lograrse con mayor celeridad que en épocas anteriores, además que el grado de cultura de los mexicanos ha aumentado.

Por lo anterior propongo la inserción de un artículo nuevo en Nuestro Código Civil para que se unifique el criterio aplicable respecto a la institución del retracto en México, el cual considero sería del tenor siguiente:

Artículo 973 bis.- Si la cosa indivisa se enajenara con infracción a lo dispuesto por el artículo anterior, 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. Los notarios o los que hagan sus veces, se abstendrán de autorizar una escritura de compraventa de esa naturaleza si antes no se cercioran de que el vendedor ha respetado el derecho del tanto. Gozan de esta acción 1o. el comunero, en la venta de porciones indivisas o de la cosa, 2o. El socio, en la venta de las cosas de la sociedad, 3o. El dueño del dominio directo, en la venta del dominio útil, y al contrario, 4o. El propietario, en la venta del usufructo, y al contrario, 5o. El propietario del predio colindante; en caso de concurrencia de varios se estará al orden arriba establecido. Esta acción prescribe a los seis meses posteriores a la inscripción de esa trasmisión en el Registro Público de la Propiedad.

O en su defecto determinar que cuando se acredite que se trata de adquirentes de buena fe el precio se actualizará a juicio de peritos, motivo por lo cual el retrayente tiene obligación de exhibir junto con su demanda la cantidad pactada en el contrato cuya nulidad se demanda, más la suma que haya generado como intereses dicho precio al 9% anual desde la celebración de la enajenación hasta la presentación de la demanda.

CAPITULO

V

CONCLUSIONES

V.- CONCLUSIONES.

Una vez desarrollados los cuatro capítulos anteriores, puedo expresar con conocimiento pleno de causa que:

1.- El Derecho nace en forma concomitante con la Sociedad, respondiendo a la necesidad humana de regular sus conductas en el seno de su agrupación.

2.- El Derecho como un fenómeno social intrínsecamente unido al ser humano ha sufrido grandes transformaciones y se ha ido adecuando de acuerdo a las propias necesidades del hombre.

3.- El Derecho Civil surge en Roma como una regulación propia y exclusiva de los ciudadanos frente al Derecho Natural vigente y aplicable siempre a todos los hombres, en cualquier época y lugar.

4.- El Derecho Civil también evoluciona al parejo que el desarrollo del hombre, en la Edad Media ya se refiere al derecho de todos los hombres que por excepción no se rigen por el Derecho Canónico, exclusivo de los eclesiásticos, después se especializa y se considera que abarca lo que por excepción no es Derecho Penal, y en la actualidad ya sólo se refiere a ciertos aspectos de la vida de los particulares, entendiéndose como la rama del Derecho

Privado que tiene por objeto regular los atributos de las personas físicas y morales, y organizar jurídicamente a la familia y al patrimonio, determinando las relaciones del orden económico entre los particulares, que no tengan contenido mercantil, agrario u obrero.

5.- La acción de retracto va a ser estudiada por el derecho patrimonial o de bienes que es una rama del Derecho Civil, se define como la acción de prelación que corresponde a los comuneros o a una tercera persona que no han intervenido en el contrato, ya sea por ministerio de ley, por convenio o por costumbre para quedarse con la cosa, objeto de la enajenación en iguales condiciones a las estipuladas en el contrato primario, retrayendo los efectos de este contrato y subrogándose en los derechos del adquirente.

6.- El Derecho del tanto es una institución que tiene la misma finalidad que la acción de retracto y la defino como el derecho de prelación que condiciona la validez de la compraventa, que tienen los comuneros para ser preferidos frente a terceros en el caso de que uno de ellos pretenda enajenar su parte alicuota que le corresponde.

7.- El derecho del tanto y el derecho de preferencia por el tanto son instituciones diferentes y la principal diferencia es que la sanción estipulada por el

Legislador es que cuando se trata de derecho del tanto la sanción para la enajenación que no lo respeta es la nulidad, mientras que en el derecho de preferencia por el tanto la sanción consiste en el pago de daños y perjuicios al inquilino en caso de que no se respete y se efectue la enajenación.

8.- Que la acción de retracto nace en la cultura Hebrea y es retomada por los Romanos quienes la reglamentan y la transmiten al Derecho Español que prevé expresamente la acción de retracto en las Partidas, en las Leyes de Toro, en la Novísima Recopilación, las cuales en la época de la Colonia tuvieron aplicación en Nuestro País e influyeron en la redacción de los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, en donde no se regula la acción de retracto sino sólo se rige como consecuencia del derecho del tanto.

9.- La propiedad y la copropiedad son factores muy importantes en el estudio de la acción de retracto, la primera nace en forma posterior al hombre y su concepto ha venido evolucionando de acuerdo a las necesidades del ser humano en la sociedad; la propiedad en sus orígenes se considero con una tendencia absolutista, pero esa idea se modificó con las corrientes sociales y en beneficio de la Sociedad a tal grado que en la actualidad se sujeta a múltiples limitaciones en beneficio de la colectividad.

10.- El Estado como organo rector de la sociedad se ha reservado el imperio para imponer a la propiedad privada las limitaciones que dicte el interés social, encontrándose las más importantes modalidades consagradas en el artículo 27 de la Constitución y en el Código Civil, en los que se sigue el principio jurídico de que el derecho del propietario termina cuando empiezan los derechos de los demás, esta tendencia tiene su origen en la figura de la merced real española y en la teoría social de León Duguit.

11.- Los derechos reales de usufructo, uso, habitación, considerados como servidumbres personales y las servidumbres reales, son en si y por si derechos reales de goce, y no modalidades del derecho de propiedad, puesto que las modalidades implican la limitación implícita en un derecho pleno, lo cual no sucede con estas figuras que subsisten por si solas y su ejercicio puede ser absoluto de acuerdo a su propia naturaleza.

12.- La copropiedad ha tenido una evolución histórica diferente a la institución de la propiedad, tiene sus más remotos antecedentes en los sistemas comunitarios de organización humana. Por el concepto absolutista de la propiedad no se desarrollan plenamente en la antigüedad, pero subsiste en ciertas formas específicas que sirven de base para que tenga esas características en la actualidad.

13.- Las teorías tradicional, moderna y germánica explican la naturaleza de la copropiedad. Nuestro Código Civil vigente asume sin reconocerlo una tendencia ecléctica, ya que por un lado retoma la concepción clásica, y por otro inserta la variante de que no considera a la copropiedad como una propiedad individual, pro-indiviso; sino reconoce la propiedad de cada copropietario sobre una parte alicuota, o sea con influencia que la teoría germánica, que admite el derecho de copropietario sobre la cosa y la creación de una persona moral diferente a los copropietarios.

14.- El condominio no es una modalidad de la copropiedad entendida como limitación sino es una forma específica de la misma que conjuga a la vez una forma de propiedad individual respecto a la parte alicuota y una copropiedad respecto de áreas comunes.

15.- El Código Civil vigente regula específicamente a la propiedad y a la copropiedad en capítulos específicos, imponiendo a la primera muchas limitaciones en beneficio del interés social, determinando, así mismo las formas de adquirirla; y a la segunda determinando sus fuentes, los derechos y obligaciones de los copropietarios y las formas de extinción.

16.- La naturaleza jurídica de la acción de retracto ha sido un aspecto muy discutido por la Doctrina Iuscivilista del Mundo, considero que es una acción de preferencia que tienen los copropietarios para subrogarse en los derechos del tercero extraño que adquiere la cosa, porque el titular de este derecho de retracto debe estar legitimado para reclamar la nulidad de la enajenación realizada y para que se retrotraegan los efectos en su beneficio, subrogándose en los derechos del adquirente primario en las mismas condiciones estipuladas en dicho contrato.

16.- Considero que el derecho del tanto y la acción de retracto son la misma institución, que opera en diferentes situaciones, tienen como finalidad esencial tutelar el derecho de preferencia de ciertas personas frente a terceros, respecto de la enajenación de la cosa; son diferentes en cuanto a su forma de ejercicio, porque el derecho del tanto procede cuando la enajenación está simplemente propalada y el retracto cuando se ha consumado, además de que difiere en cuanto a su periodo de duración.

17.- Del análisis dogmático jurídico de esta Institución se desprende que su objeto directo es proteger la preferencia de los que gozan del derecho del tanto frente a terceros respecto de la enajenación de la cosa y con su ejercicio el retrayente se subroga en los derechos del

adquirente en las condiciones fijadas en el contrato. Procede respecto a contratos traslativos de dominio onerosos como la compra-venta y la dación de pago. Para su ejercicio el retrayente debe estar legitimado, o sea gozar de la preferencia que no fue respetada, debe reclamarla cuando la cosa que se pretende retraer se transmitió a un extraño que no gozaba de esa preferencia y debe exhibir el importe del precio porque se va a subrogar en los derechos del adquirente.

18.- Sobre todas las cosas susceptibles de apropiación opera el retracto, con la única condición de que se tenga sobre ellas derecho de preferencia frente a terceros, encontrándose considerados bienes muebles, inmuebles, derechos y acciones, siempre que sean fungibles.

19.- Las personas que intervienen en el retracto son el retrayente, persona que goza del derecho de preferencia que no fue respetado con la enajenación y quien al ejercitar su derecho, debe exhibir el precio pactado en esa enajenación, se puede presentar la situación de que concurren al mismo tiempo dos o más retrayentes, ya sea fundados en diversidad de causas o en una sola, en la que se preferirá primero a los retrayentes legales, luego a los convencionales, luego al retrayente eufitéutico, al retrayente comunero, en el cual se encuentran agrupados los retrayentes coherederos, condóminos u otros copropietarios;

al retrayente colindante; en el segundo caso debe tenerse en cuenta la proporción de la parte alicuota de cada retrayente y en su caso si la igualdad de condiciones prevalece, al primero que ejercitó el derecho, al que pretenda evitar perjuicios antes que utilidad a costa de otro, y por último si no se admite división, al que designe la suerte.

20.- Además participa el adquirente que es la persona que sufre el retracto, necesariamente debe carecer de derecho de preferencia en la enajenación de la cosa, tiene derecho a que el que le transmitió le pague daños y perjuicios; así como el enajenante que es la persona que estaba obligada a notificar a los comuneros su voluntad de enajenar y no lo hizo. Condición básica para que proceda el retracto.

21.- El retracto se puede presentar en diversas formas, las que se pueden agrupar en tres clases de acuerdo a su origen, las legales creadas por disposición de la Ley, las convencionales que nacen de la libre voluntad de los contrayentes y las consuetudinarias que se fundan en la costumbre, las cuales han desaparecido casi por completo del Derecho Moderno.

22.- Los retractos legales se subdividen en el de los comuneros en donde se agrupan teóricamente la acción que corresponde a los coherederos, a los condóminos, a los arrendatarios, a los usufructuarios, a los titulares de

derechos sociales, a los aparceros, a los que participan en la eufitéusis, etcétera. Tienen como denominador común el derecho de preferencia que les ha otorgado la Ley para adquirir la cosa cuando se pretenda enajenar, por lo general carecen de reglamentación expresa y sólo se consideran como una consecuencia del derecho del tanto otorgado a esas personas; frente al de colindantes que se prevé en el Código Civil y otorga el plazo de seis meses a su titular para demandar la rescisión de la enajenación.

23.- El retracto de condóminos es el único que expresamente se encuentra regulado legalmente y se otorga a los condóminos y a la institución que financió la construcción del condominio. debe ejercitarse en los 15 días posteriores al conocimiento de la enajenación.

24.- El retracto arrenditicio presenta dos situaciones, cuando se trata de locales destinados a casa-habitación en cuyo caso si hay retracto, porque se prevé 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 en donde 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.

25.- Los retractos convencionales se rigen por lo que las partes han establecido en el convenio, que debe contar con todos los elementos de existencia y de validez que la ley requiere, y lo que no se encuentre estipulado se resuelve de acuerdo a las reglas generales aplicables a los retractos legales.

26.- 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 se encuentra prohibida por el artículo 2302 del Código Civil. Debe diferenciarse del pacto de preferencia de acuerdo a la sanción impuesta por los contrayentes para el caso de incumplimiento.

27.- Los retractos consuetudinarios casi han desaparecido y sólo se conserva en algunas provincias de España el retracto gentilicio como costumbre.

28.- Los autores españoles tratan al retracto de créditos litigiosos o de anatosismo como una forma de retracto legal la cual no se prevé en nuestra legislación.

29.- Así mismo consideran la existencia de retractos administrativos en los que el Estado se reserva el derecho para adquirir con preferencia ciertos objetos frente

a terceros lo cual no ocurre en México con la existencia de la figura de la expropiación en donde el Gobierno enajena a cambio de una indemnización.

30.- Las instituciones jurídicas de la prescripción y de la caducidad no son lo mismo apesar de que tienen ciertas semejanzas. Sus diferencias más importantes son: que la caducidad puede ser legal o convencional, mientras que la prescripción siempre es legal; que la caducidad puede correr en contra de personas incapaces, la prescripción no; la caducidad opera en derechos sustantivos y adjetivos, civil y procesalmente, mientras que la prescripción sólo opera respecto a derechos procesales. La caducidad por regla general no extingue la acción; la prescripción si extingue la acción.

31.- La duración del derecho del tanto es de ocho dias por disposición de la Ley, mientras que para la acción de retracto no se encuentra determinada específicamente y por ejecutoria de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha determinado por regla general que prescribe en diez años por aplicación del artículo 1159 del Código Civil para el Distrito Federal.

32.- Los efectos que produce la acción de retracto son: Que el retrayente se subroga en los derechos y obligaciones del adquirente, las condiciones de la

enajenación son 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 ocasionen al adquirente. 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 fué respetado. Con la subrogación en los derechos del adquirente, el retrayente va a gozar de esa preferencia en la adquisición del bien a cambio del pago del precio. Por lo tanto el retrayente debe pagar el precio que aparezca pactado al adquirente así como los gastos imprescindibles que se comprueben se efectuaron respecto a la cosa en litigio. El precio se debe consignar o garantizar en el momento en que se presente la demanda en la que se ejercite la acción de retracto.

32.- En México sólo se encuentra perfectamente regulado el retracto de condóminos y en forma imperfecta los retractos arrenditicio tratándose de inmuebles destinados a casa-habitación y de colindantes. Los demás no aparecen reglamentados y se rigen por las reglas que derivan de la reglamentación expresa del derecho del tanto.

33.- En los países de América Latina se considera al retracto como un pacto de retroventa y no se regula a excepción de las legislaciones de Perú y Venezuela, lo mismo que en España en donde existe una regulación expresa.

34.- El criterio de la Suprema Corte de Justicia en México se plasma en tesis de Jurisprudencias y ejecutorias a las que por disposición legal deben apegarse los funcionarios encargados de administrar Justicia, y son las únicas formulas plenamente constituidas y de estricto imperio existentes para la reglamentación de esta institución en Nuestro País.

35.- La falta de reglamentación de la acción de retracto provoca que se desconozcan las reglas jurídicas aplicables en lo particular e implica que para 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 deformaciones del exacto sentido de la acción de retracto.

36.- Difiero del criterio de que la duración de la acción de retracto sea de DIEZ AÑOS, porque es muy extenso, atendiendo a que en la actualidad los medios de comunicación

son muy avanzados, que hay más acceso a dependencias como el Registro Público de la Propiedad y el Comercio, además porque no se contempla una actualización del precio y porque la administración de Justicia debe ser pronta y expedita, sin estar sujeta a plazos tan largos.

37.- Propongo la creación de un artículo en el Código Civil para que se unifique el criterio aplicable respecto a la institución del retracto en México, el cual considero sería del tenor siguiente:

Artículo 973 bis.- Si la cosa indivisa se enajenara con infracción a lo dispuesto por el artículo anterior, 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. Los notarios o los que hagan sus veces, se abstendrán de autorizar una escritura de compraventa de esa naturaleza si antes no se cercioran de que el vendedor ha respetado el derecho del tanto. Gozan de esta acción 1o. el comunero, en la venta de porciones indivisas o de la cosa, 2o. El socio, en la venta de las cosas de la sociedad, 3o. El dueño del dominio directo, en la venta del dominio útil, y al contrario, 4o. El propietario, en la venta del usufructo, y al contrario, 5o. El propietario del predio colindante; en caso de concurrencia de varios se estará al orden arriba establecido. Esta acción prescribe a los seis meses posteriores a la inscripción de esa transmisión en el Registro Público de la Propiedad.

38.- Por último concluyo que la acción de 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.

I N D I C E

PROLOGO.

INTRODUCCION.

CAPITULO I.- NOCIONES GENERALES.

1.- DEL DERECHO CIVIL.

Evolución histórica.....	4
Concepto.....	6
Subdivisión.....	8

2.- DE LA ACCION DE RETRACTO.

a).- Concepto Etimológico.....	10
b).- Concepto Gramatical.....	10
c).- Concepto Jurídico.....	11

3.- DEL DERECHO DEL TANTO.

Definición y concepto.....	13
Diferenciación entre el derecho del tanto y el Derecho de Preferencia por el tanto....	14

CAPITULO II.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA ACCION DE
RETRACTO.

En el Mundo.....	17
En México.....	24

CAPITULO III.- LA PROPIEDAD Y LA COPROPIEDAD.

1.- Conceptos jurídicos..... 27

2.- Antecedentes históricos

En el Mundo..... 29

En México..... 36

Naturaleza jurídica de la copropiedad.

Teorías..... 40

a).- Tradicional..... 40

b).- Moderna..... 40

c).- Germánica..... 40

3.- Modalidades.

En el artículo 27 Constitucional..... 42

En el Código Civil..... 43

EL USUFRUCTO..... 47

EL USO..... 47

LA HABITACION..... 47

LA SERVIDUMBRE..... 47

EL CONDOMINIO..... 48

4.- La Propiedad y la Copropiedad en nuestro sistema jurídico.

La Propiedad..... 50

La Copropiedad.....	51
Derechos de los copropietarios.....	52
Obligaciones de los copropietarios.....	53
Clasificación de los tipos de Copropiedad.....	53
Extinción de la copropiedad.....	56

CAPITULO IV.- NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE RETRACTO.

1.- Análisis de la naturaleza jurídica de la acción de retracto.

Tendencias doctrinales.

A.- Las que consideran al retracto como un derecho real.....	57
B.- Las que consideran al retracto como un derecho personal.....	58
C.- Las que consideran al retracto como un derecho de prelación.....	59
D.- Las que consideran al retracto como un derecho de adquisición.....	60
E.- Las que consideran al retracto como un derecho potestativo.....	60

2.- Diferencias y semejanzas de la acción de retracto con el derecho del tanto.

Posturas doctrinales.....	62
Semejanzas.....	64
Diferencias.....	65

3.- Estudio Dogmático-jurídico de la acción de retracto.	
a).- Elementos reales	
Objeto Directo.....	67
Objeto Indirecto.....	70
b).- Elementos personales.	
El retrayente.....	71
Conflictos que derivan de la concurrencia de retrayentes.	
Prelación de retrayentes.....	72
Colisión de retrayentes por una misma causa.....	73
El adquirente.....	75
El enajenante.....	76
c).- Especies de la acción de retracto.	
1.- Retratos legales:.....	77
A.- Retracto de Comeneros.....	77
a).- Retracto de coherederos.....	78
b).- Retracto de condóminos.....	79
c).- Retracto arrenditicio	
1.- Cuando se trata de fincas destinadas a casa-habitación.....	80
2.- Cuando se trata de fincas destinadas a usos diversos al de arrendamiento de casa destinada a la habitación.....	81
d).- Retracto de usufructuarios.....	81
e)- Retracto de derechos sociales.....	82

f).- Retracto de aparceros.....	82
g).- Retracto eufitético.....	83
B.- Retracto de colindantes.....	84
2.- Retractos convencionales.....	84
Pacto de retroventa.....	85
3.- Retracto consuetudinario.....	86
Retrato gentilicio.....	86
Retrato de créditos litigiosos.....	87
Retratos administrativos.....	87
d).- Prescripción de la acción de retracto.	
Diferenciación entre la prescripción y la caducidad.....	88
Comparación entre la caducidad y la prescripción.	
Semejanzas.....	89
Diferencias.....	90
Duración de la acción de retracto y del derecho del tanto.....	91
e).- Efectos de la acción de retracto.....	96
4.- Regulación jurídica de la acción de retracto.	
En México.....	98
En el Derecho Comparado.....	99
5.- Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	103
6.- CRITICA AL TERMINO DE DURACION Y FALTA DE REGLAMENTACION.....	108

CAPITULO V.- CONCLUSIONES..... 110

INDICE 125

BIBLIOGRAFIA.....131

B I B L I O G R A F I A

OBRAS JURIDICAS:

- AGUILAR CARBAJAL Leopoldo, "SEGUNDO CURSO DE DERECHO CIVIL",
Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, D.F.
1980.
- ARAUJO VALDIVIA Luis, "DERECHO DE LAS COSAS Y DERECHO DE LAS
SUCESIONES", Editorial Cájica, Cuarta edición, Puebla,
Méx. 1965.
- BONNECASE Julien, "ELEMENTOS DEL DERECHO CIVIL", Cardenas,
Editor y Distribuidor, Tomo II, Traducción de José
M. Cájica Jr. México 1965.
- CALVA Esteban, "INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL, según el
Código del Distrito y Territorio Federal de Baja
California", Tomo I, Diaz de León White, México, 1875.
- CASTAN TOBEMAS José, "DERECHO CIVIL Y FORAL", Tomo II,
Editorial Reus, Madrid, España, 1956.
- CANDIAN Aurelio, " INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO",
Editorial Hispano Americana, México, 1961.
- DE DIEGO Clemente, "INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL
ESPAÑOL", Madrid Esp., Tomo I.
- DOMINGUEZ MARTINEZ Jorge Alfredo, "DERECHO CIVIL" Editorial
Porrúa S.A. Segunda Edición, México, D.F. 1990.
- FLORES BARRETA Benjamin, "LECCIONES DE PRIMER CURSO DE
DERECHO CIVIL" Universidad Iberoamericana, México, D.F.
1965.
- GARCIA MAYNEZ Eduardo, "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL
DERECHO", Editorial Porrúa, S.A., Trigésimo Sexta
Edición, México D.F. 1984.

- GONZALEZ Jesús Antonio, "ELEMENTOS DEL DERECHO CIVIL"
Editorial Trillas, Sexta edición, México, 1990.
- IBARROLA Antonio de, "COSAS Y SUCESIONES", Editorial Porrúa,
S.A. México, 1957.
- MARGADANT FLORIS S. Guillermo, "DERECHO ROMANO", Editorial
Esfinge, S.A. Primera Edición, México, D.F. 1969.
- MATEOS ALARCON Manuel, "ESTUDIOS DEL CODIGO CIVIL DEL D.F."
Diaz de León, S.A. México, 1893.
- MAZEUD Henri y León & Jean MAZEUD, "LECCIONES DE DERECHO
CIVIL" Tercera Parte, Volúmenes III y IV, Editorial
EJEA, Buenos Aires, Argentina.
- MESSINEO Francesco, "MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL"
Editorial EJEA, Traducción de Santiago Santies Melendo
Tomo III, Buenos Aires, Arg. 1979.
- MUÑOZ Luis, "DERECHO CIVIL MEXICANO" Editorial Modelo,
Tomo II, México 1971.
- MUÑOZ Luis y J. Sabino MORALES CAMACHO, "COMENTARIOS AL
CODIGO CIVIL DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES"
Publicaciones Judiciales Oficiales, México, D.F., 1972.
- ORTIZ URQUIDI Raúl, "DERECHO CIVIL" Parte General, Editorial
Porrúa, S.A., Tercera Edición, México D.F. 1986.
- PETIT Eugene, "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO",
Editorial Porrúa, S.A., Quinta Edición, México, 1989.
- PINA Rafael de, "ELEMENTOS DEL DERECHO CIVIL MEXICANO"
Editorial Porrúa, S.A., Tomo II, México, 1987.
- PLANIOL Y RIPERT, "TRATADO PRACTICO DEL DERECHO CIVIL
FRANCES" Tomo III,
- PUIG PEÑA Federico, "TRATADO DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL"
Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo III,
Madrid, Esp.

- RIPERT George y Jean Bolanger, "TRATADO DE DERECHO CIVIL según el TRATADO DE M. PLANIOL", Editorial Ley, Tomos VI y VII LOS DERECHOS REALES, Buenos Aires, Arg. 1965.
- ROJINA VILLEGAS Rafael, "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL", Editorial Porrúa, S.A., Vigésima Edición, México, D.F. 1984.
- RECASENS SICHES Luis, "TRATADO GENERAL DE SOCIOLOGIA", Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 1970.
- SENIOR F. Alberto, "SOCIOLOGIA", Editorial Francisco Mendez Oteo, Novena Edición, México 1983.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS:

- CABANELLAS Guillermo, "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL", Tomos II y VIII, Editorial Heliasta, S.R.L., Vigésima Primera edición, Buenos Aires, Arg. 1969
- ESCRICHE Joaquín, "DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA" Editorial Hermanos Garnier, París,
- Enciclopedia Universal Ilustrada Europea Americana, Espasa Calpe Editores, Madrid 1971,
- Enciclopedia Jurídica de la OMEBA, Ediciones Bibliográficas Argentinas, Buenos Aires, Argentina, 1959.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, "DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO", Editorial Porrúa, S.A., México 1987.
- PINA Rafael y DE PINA VARA Rafael, "DICCIONARIO DE DERECHO", Editorial Porrúa, S.A., Décimo Segunda Edición, México, D.F. 1984.

PUBLICACIONES

PODER JUDICIAL FEDERAL, "APENDICE 1917-1975 AL SEMANARIO
JUDICIAL DE LA FEDERACION"

PODER JUDICIAL FEDERAL, " SEMANARIO JUDICIAL DE LA
FEDERACION"

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL D. F., ANALES DE
JURISPRUDENCIA, TOMO 200, AÑO I, TERCERA EPOCA,
ABRIL, MAYO Y JUNIO DE 1990.

LEGISLACION.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y
para toda la República en Materia Federal.

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de
1870.

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de
1884.