

24. 321

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO DE LA U.N.A.M.



TESIS DONADA POR
D. G. B. - UNAM

LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICION

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE

A B O G A D O

P R E S E N T A :

J. JESUS MADRIGAL ZAVALA

MEXICO, D. F.

1981



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

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

El tema para esta tesis me lo sugirió la práctica en una profesión que primero aprendí en la escuela - y que después he conocido, aún antes de la formalidad - del título, bajo la dirección y orientación del licenciado Ramón Sánchez Medal.

La tardanza de varios años en someter mi preparación teórica y práctica a la prueba del examen de --- graduación, no ha sido un desperdicio de tiempo, porque me ha permitido madurar el criterio jurídico al contacto con los problemas vivos del derecho.

Es mi propósito que este ensayo de ahora pueda - aportar elementos que me sirvan en el futuro de punto - de partida o de apoyo para una posterior investigación - más amplia y más profunda, por ello espero el juicio -- benigno de la crítica para este trabajo.

I N D I C E .

	Pág.
CAPITULO I. - Derechos de crédito y derechos reales.	<u>1</u>
CAPITULO II.- Obligaciones de no enajenar.	<u>3</u>
CAPITULO III.- Derechos reales de adquisición.	<u>18</u>
CAPITULO IV. - Derecho de preferencia.	<u>34</u>
CAPITULO V. - Derecho del tanto.	<u>47</u>
CAPITULO VI. - Derecho de retracto.	<u>76</u>
CONCLUSIONES.	<u>103</u>
BIBLIOGRAFIA.	<u>105</u>

C A P I T U L O I .

DERECHOS DE CREDITO Y

DERECHOS REALES.

El origen histórico de la distinción entre derechos reales y derechos de crédito se remonta a la diferencia que el Derecho Romano establecía entre dos diversos tipos de acciones; a saber: las "acciones in rem" y las "acciones in personam".

Por virtud de la primera, el actor dirigía su pretensión contra una cosa determinada, afirmando "yo digo que esta cosa es mía", "meum esse aio", y no tenía, por consiguiente, que enderezar su acción contra una persona en concreto, sino que bastaba la reclamación escueta de la cosa, sirviendo de ejemplo típico la acción reivindicatoria, mediante la cual un propietario que no se encontraba en posesión de la cosa, reclama la entrega de ésta que indebidamente es detenida por un tercero.

El concepto de las "acciones in personam" lo proporcionó GAYO al señalar que una "actio in personam" es aquella que se ejercita por el actor al demandar a otra persona - algo que le deba en virtud de un contrato o de un delito, como por ejemplo, la devolución de una suma prestada, el pago del precio de la cosa vendida, o el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios.

En consecuencia, la distinción de que se trata tiene en su origen un carácter netamente procesal y se refiere más bien al tipo de las acciones y no a los derechos sustantivos que se tutelan.

Más tarde, los glosadores trasladaron el problema de un campo a otro, al indagar cuál era la causa del nacimiento de una u otra acción y concluir que toda acción nace siem-

pre de un derecho sustantivo. Al efecto, la "actio in rem"- tiene su fundamento en un "ius in re" en tanto que la "actio in personam" dimana de un "ius in personam". Los conceptos de derecho real y de derecho personal o de crédito se ubican de esta manera en dos zonas perfectamente delimitadas; a saber, la zona de los derechos reales donde se agrupan todas - aquellas relaciones jurídicas que generan una acción reivindicatoria, negatoria o confesoria, como son la propiedad, el usufructo y las servidumbres, que son derechos reales; mientras que en la segunda zona se reúnen todos los derechos derivados de los contratos y más concretamente el derecho del contratante acreedor para reclamar del otro contratante-deudor el cumplimiento de lo debido por virtud del contrato (1).

Tiene importancia práctica en nuestro Derecho positivo esta doble distinción de la doctrina, si se toma en cuenta que el Código de Procedimientos Civiles señala y enumera - en general las acciones reales en su artículo 3º y a su vez - en el artículo 25 describe el contenido de las acciones personales, y esta misma clasificación se adopta más adelante como criterio por el legislador para reglamentar la competencia de los jueces, toda vez que en la fracción III del artículo 156- se atribuye competencia al juez del lugar de ubicación de la cosa para el ejercicio de las acciones reales, y a su vez en la fracción IV del mismo precepto se establece la competencia del juez del domicilio del demandado cuando del ejercicio de acciones personales se trata.

(1) Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, Sistema de Derecho Civil, Vol. III, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, pág. 38.

La teoría clásica que se elaboró principalmente por autores franceses e italianos del siglo pasado establece una antítesis, por un lado, entre el derecho real como relación entre persona y cosa, o sea la situación de una cosa que se encuentra sometida total o parcialmente al poder directo de una persona en virtud de una relación inmediata oponible a cualquier otra persona, y, a su vez, el derecho personal como relación entre persona y persona, puesto que el deudor desempeña el papel de intermediario entre el titular del derecho de crédito y el objeto del mismo.

De acuerdo con esta comparación que se aplica a los derechos patrimoniales, la distinción entre derechos reales y derechos de crédito consiste en el carácter inmediato de la relación jurídica en que se encuentra el titular del derecho respecto al objeto del mismo, ya que en el derecho real todo se reduce a estos dos únicos elementos, a saber, una persona, que es el sujeto activo del derecho, y una cosa, que es el objeto del derecho, sin que se interponga ningún intermediario entre el titular del derecho y la cosa objeto del derecho, por lo que la mencionada distinción conduce a la conclusión de que en el derecho real existe la apropiación material y directa de una riqueza, mientras que en el derecho de crédito se trata de un servicio, consistente en un acto positivo o en una abstención que en uno y en otro caso tienen un alcance social.

Como reacción y crítica a la teoría clásica surgió la concepción obligatoria o personalista de los derechos-

reales, que sostiene que todo derecho, incluyendo también los derechos reales, es siempre una relación entre personas y que no puede concebirse una relación jurídica directa entre una persona y una cosa, puesto que aún en los derechos reales --- existe el sujeto activo o titular del derecho y frente a él - el conjunto de todas las demás personas, obligadas a no per-- turbar y a dejar actuar con libertad al titular del derecho, - si bien se reconoce que esta última obligación general y co-- lectiva que se presenta en toda clase de derechos, es el úni-- co vínculo jurídico que existe en los derechos reales para -- permitir que el sujeto activo o titular del derecho pueda ob-- tener libremente y en forma directa la utilidad de una cosa, - sin otra obligación de los demás que simplemente la de no --- impedirselo. La supresión de esta obligación general o pasiva a cargo de todos los demás y dejar solos frente a frente al - titular del derecho real y en la cosa objeto de éste, conver-- tiría al derecho real en una mera relación de hecho y concre-- tamente transformaría la propiedad en una simple posesión de-- hecho.

En cambio, cuando el sujeto activo tiene la fa--- cultad de exigir a una persona en concreto una determinada -- actividad o una cierta abstención se da la figura de la obli-- gación o del derecho de crédito.

En suma, a la luz de esta segunda teoría los de-- rechos reales son derechos patrimoniales absolutos, y a su vez los derechos de crédito u obligaciones son derechos patrimoniales relativos, por cuanto que el derecho real supone solamente

un deber general negativo de respeto a favor del titular, en-
tanto que el derecho de crédito u obligación supone el deber-
concreto de una persona individualizada de procurar una deter-
minada utilidad al acreedor, a través de una acción positiva
o de una abstención, según el caso (2).

En consonancia también con esta misma teoría, los
derechos se clasifican por el diferente tipo del poder jurí-
dico que confieren a su titular, ya que se subdividen los de-
rechos subjetivos en absolutos y relativos, definiéndose los
derechos subjetivos absolutos en función del carácter directo
de ciertos derechos que conceden un poder inmediato sobre una
persona o sobre una cosa, creándose con tales derechos una si-
tuación dominical que se traduce en la realización de actos -
legítimos por el titular sobre el objeto y a la vez en la con-
cesión de un monopolio para su ejercicio dentro de la exten-
sión permitida por su objeto, prohibiéndose a los demás inva-
dir su esfera jurídica y concediéndose al titular los medios-
eficaces para rechazar los ataques u obstáculos indebidos (3).

La concepción personalista concede una importan-
cia exagerada a la obligación al sostener que basta ésta por-
sí misma para constituir y caracterizar al derecho real, pero
es lo cierto que la escueta obligación no basta para identifi

(2) Manuel Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones,
Tomo I, 2a. edición, Porrúa, México, 1953, Nos. 18 a 24,
págs. 87 a 90.

(3) Federico de Castro y Bravo, Derecho Civil de España, Par-
te General, Tomo I, edición Instituto de Estudios Polí-
ticos, Madrid, 1955, pág. 658 a 664.

car el contenido del derecho real, si se prescinde de su objeto, y no se hace referencia alguna al poder jurídico que el derecho real otorga a su titular, puesto que para definir los derechos reales en particular, no se menciona esta obligación pasiva universal sino que se atiende solo al poder o facultades que concede cada derecho en particular; por lo que para definir cada derecho real en concreto se requiere tomar en cuenta los dos aspectos; a saber: el aspecto interno del derecho real en cuanto poder jurídico directo sobre la cosa, y a la vez el aspecto externo consistente en la obligación general y de carácter negativo para hacer respetar la situación de monopolio o de privilegio en favor del titular respecto de la cosa, ^{y cuya} obligación pasiva no se puede confundir con la obligación individual propia del derecho personal o de crédito (4).

(4) M. Borja Soriano, ob. cit., ibidem.

C A P I T U L O I I

OBLIGACIONES DE NO ENSEÑAR

También en el Derecho Romano, en un fragmento de -- Paulo en el Digesto se encuentra la división tripartita de las obligaciones en razón de su objeto: "Obligationum ---- substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis ostringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum" (3, pr. Dig., De Obligat. et act., XLIV,7) (La substancia de las - obligaciones consiste no en que haga nuestra alguna cosa - corporea o una servidumbre, sino en que contriña a otro a- darnos, a hacernos, o a prestarnos alguna cosa).

Nuestra legislación positiva, al igual que la doc-- trina y el derecho comparado, ha recogido este antecedente romano, pues el vigente Código civil reconoce que son tres los posibles objetos de la obligación, ya que en los arts. 2011 y 2013 regula las "obligaciones de dar" y en los arts. 2027 y 2028 se ocupa de las "obligaciones de hacer y de no hacer", respectivamente, y esta misma triple clasificación se encuentra admitida en el art. 1824 del propio ordena--- miento substantivo.

El campo de aplicación de las obligaciones de no ha- cer es muy amplio en el Derecho, pero es necesario circuns- cribir esta exposición al área del Derecho privado, porque dentro del Derecho público tiene presupuestos significación y alcances que desbordan los límites del presente estudio.

Reducidas al Derecho privado las observaciones y -- consideraciones que se hacen en este trabajo, cabe señalar desde luego que es en el fondo una obligación de no hacer, la de carácter general y negativo que se descubre en los de- rechos reales y a que se hizo referencia en el capítulo ant~~erior~~

dado que hay en todo derecho real una obligación de abstención aunque ordinariamente no se advierta su presencia por tener-- un sujeto pasivo de número ilimitado y por ser indefinido --- o esfumado el contenido de esa obligación, salvo en ciertos derechos reales como acontece en algunas servidumbres que permiten identificar al sujeto pasivo y al contenido de esa obligación, como acontece con las servidumbres negativas que imponen al dueño del predio sirviente el deber de abstenerse de determinados actos en beneficio del predio dominante que es - el caso, por ejemplo, de la servidumbre voluntaria y continua de no construir más arriba de cierto nivel "altius non tollendi" servidumbre que "consiste en no hacer", según lo hace notar el artículo 1058 del Código civil.

Por otra parte, en el derecho de las obligaciones es prácticamente ilimitado el número posible de obligaciones de no hacer que pueden establecerse, porque en esta zona del Derecho privado no existe el "numerus clausus" que rige para los derechos reales, dado que para las obligaciones existe el "numerus apertus" que deja la más amplia libertad para crear las más distintas prestaciones a cargo del deudor, con tal -- que no sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres, de acuerdo con los artículos 1795, fracción III, 1827, fracción II, 1830 y 1831 del Código civil que exigen que el hecho negativo que es objeto de un contrato tiene que ser lícito y que cuando ese objeto es contrario al orden público o a las buenas costumbres dicho objeto es ilícito y produce la nulidad del respectivo contrato.

Dentro del ámbito de las obligaciones de no hacer se presentan problemas jurídicos por lo que se refiere a la obligación que se impone al propietario de un determinado bien o titular de cierto derecho de no enajenar ese bien o derecho y que, por tanto, se puede traducir semejante obligación en convertir a dicho bien o derecho en inalienable mientras exista el propietario o titular del mismo.

Esta inalienabilidad del bien o derecho y, por consiguiente, la obligación de no enajenar uno u otro pueden tener su origen y encontrar su fundamento, o en una disposición de la ley, o también en una resolución judicial, o finalmente en un pacto entre particulares.

Como ejemplos de casos en que la ley impone la obligación de no enajenar pueden citarse, en lo tocante a los derechos de crédito, la derivada del artículo 321 del Código civil que impide al acreedor alimentista la enajenación de su derecho a percibir alimentos, y en lo referente a los derechos reales, la obligación del titular de un derecho real de uso o de un derecho real de habitación que establece el artículo 1051 del mismo Código civil de no enajenar esos.

Sin embargo, en todos los supuestos en que la ley impone la obligación de no enajenar, se trata más bien de una verdadera prohibición legal, cuyo desacato acarrea la nulidad del acto traslativo, por aplicación del artículo 8º del propio Código civil que sanciona con la nulidad la infracción a una ley prohibitiva o de interés público. También

en estos casos en que la ley impide a una persona la enajenación de un bien o de un derecho, se configura la falta de --- legitimación de esa persona para realizar el acto traslativo- y hace a éste ineficaz jurídicamente, aunque existan en la -- especie los cuatro elementos consabidos de validez del con--- trato previstos en el artículo 1795 del propio Código civil, - a saber: capacidad de las partes, ausencia en ella de vicios del consentimiento, objeto y motivo lícitos y revestimiento - de formalidad exigida por la ley.

Pero no solo el legislador, sino también la auto- ridad judicial puede decretar en un caso concreto que un de-- terminado bien o derecho no sea enajenado por su propietario- o titular e imponer de esta manera a éstos la obligación de - no enajenar. Esta situación se contempla por el artículo 1787 del Código civil en el caso particular de un heredero a quien el juez de la sucesión, una vez hecha la adjudicación de los bienes relictos, le prohíbe enajenar los bienes que se adju- dicaron en la partición y esa prohibición obedece a que a -- otro coheredero en la misma sucesión, por causas o relacio-- nes jurídicas que atañen al autor de la herencia, se le ha em- bargado o privado de un bien que también le fué adjudicado -- en dicha sucesión.

Con todo, no solo en esa hipótesis concreta está facultado un juez para imponer a un propietario o titular de derecho la obligación de no enajenar, puesto que el artículo 3043, fracción IV, del Código civil y en concordancia con -- él la disposición del artículo 109 del Reglamento del Regis- tro Público de la Propiedad autorizan expresamente esta cla-

se de resoluciones judiciales y permiten a la vez para su plena eficacia la inscripción preventiva en el Registro Público de la Propiedad para que produzcan efectos contra terceros.

A diferencia de lo que ocurre cuando se trata de una obligación legal de no enajenar, no hay una sanción uniforme para la violación a las resoluciones judiciales que ordenan la no enajenación de un bien o de un derecho, ante la necesidad de proteger la buena fe de los terceros o el respeto al principio de la apariencia jurídica.

Al efecto, por aplicación analógica de los artículos 2164, 2165 y 2247 del Código Civil, la enajenación violatoria que se haga a título oneroso en favor de un tercero de buena fe no hiere de nulidad la adquisición por éste, sino solo hace responsable al enajenante-infractor por los daños y perjuicios, en la inteligencia de que la inscripción preventiva de la referida orden judicial anotada con anterioridad en la tercera parte del folio real del inmueble de que se trate, hace que al tercero no se le pueda considerar como adquirente de buena fe, sino como adquirente de mala fe.

En cambio, cuando la enajenación violatoria de la prohibición judicial se ha llevado a cabo a título gratuito o a favor de un tercero de mala fe, es indudable que el acto traslativo no debe producir efectos y su nulidad puede ser declarada a petición del perjudicado.

Por lo demás, haya buena o mala fe en el adquirente y sin importar que se trata de una enajenación a título oneroso o a título gratuito, es lo cierto que la infracción por el enajenante en todos los casos a la obligación de no

enajenar que por orden de juez se le hubiere impuesto, hace -- responsable penalmente a dicho infractor porque incurre en el delito de desobediencia a un mandato judicial que tipifica el artículo 178 del Código Penal.

En cuanto a la obligación de no enajenar que se establezca a virtud de un pacto especial, no pueden formularse pronunciamientos generales o uniformes, sino que es menester introducir distinciones que sirvan de base a conclusiones diferentes.

En primer lugar, carecería de toda validez jurídica el pacto que vedara de manera irrestricta al propietario de un bien o titular de un derecho la enajenación de uno u -- otro, porque un pacto de esta naturaleza haría inalienable -- el bien o derecho en cuestión y lo pondría por ese motivo -- fuera del comercio. En consecuencia, la obligación absoluta de no enajenar entraña la nulidad del pacto que pretendiere -- establecerla.

Por el contrario, la obligación contractual de no enajenar a determinada persona y dentro de un cierto plazo es una cláusula perfectamente válida, porque esa obligación -- relativa de no enajenar no constituye en forma alguna la creación de una inalienabilidad irrestricta y no pone fuera del -- comercio al bien o derecho de referencia.

A esta conclusión se llega a la vista de los artículos 2301 y 2246 del Código civil, de los cuales autoriza -- el primero el pacto de no vender a determinada persona, y el -- segundo exige para la validez de la promesa de celebrar un -- contrato futuro y por consiguiente de no celebrarlo con otra --

persona, que por fuerza se fije un plazo para la duración de esta obligación, misma que tratándose de un contrato futuro -- de carácter traslativo entraña la consiguiente obligación de no enajenar a otra persona y por un cierto término fijarlo al respecto.

Sin embargo, el quebrantamiento de la cláusula --- contractual que establece a cargo de una de las partes la obligación de no enajenar un determinado bien o derecho no trae -- como consecuencia la nulidad del acto traslativo que infrinja tal obligación, porque solamente la ley y nunca un acuerdo de voluntades puede crear una incapacidad, o privar de legitimación a una de las partes en un contrato, y únicamente también la ley y no así la voluntad de los particulares puede sancionar con la nulidad la violación de una obligación contractual de no hacer, a cuyo género corresponde como especie la obligación de no enajenar.

Esta violación tiene prevista la sanción correspondiente en el artículo 2028 del Código civil: "El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención", y así lo confirma en especial la misma sanción que establece la ley cuando en una compraventa de una cosa o derecho, en la que por pacto expreso se ha obligado el comprador a dar preferencia al vendedor en caso de venta de esa cosa o derecho, incumple dicho comprador la obligación a su cargo y sin dar aviso alguno al vendedor procede a la venta de la cosa o derecho en cuestión -- en favor de un tercero, puesto que en este caso concreto determina el Código civil en su artículo 2305: "la venta es vá-

lida, pero el vendedor responderá de los daños y perjuicios -
causados".

La doctrina nacional y la más autorizada doctri-
na extranjera sustentan sobre el particular idéntico crite-
rio.

Borja Soriano hace notar que la cláusula inserta
en un contrato que impone la obligación de no enajenar a per-
sona alguna y con una duración sin límite de tiempo es nula,-
porque así lo dispone el citado artículo 2301, in fine, del -
Código civil: "es nula la cláusula en que se estipule que no
puede venderse a persona alguna", y fundamenta la existencia-
de tal nulidad en que semejante estipulación "trata de hacer-
la cosa inalienable" y "la voluntad del hombre no puede impri-
mir a las cosas la calidad de inalienables", pues "sería con-
trario a la libre circulación de los bienes", cosa que no per-
mite nuestro Código civil como lo demuestra la prohibición de
las cláusulas fideicomisarias en un testamento y la prohibición
de imponer al heredero la obligación de no enajenar (artículos
1473 y 1482), y el hecho mismo de que una obligación perpetua-
de no enajenar acabaría con la esencia del derecho de propie-
dad, privando a su titular en forma absoluta del derecho de dis-
poner de la cosa, en contra del artículo 830 del mismo Código-
civil que define así el dominio: "El propietario de una cosa-
puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modali-
des que fijan las leyes" (5).

(5) M. Borja Soriano, op. cit. págs. 179 a 182.

Con magistral precisión resume y corrobora las mismas ideas el pensamiento de Francisco Ferrara al respecto:

"No es de dudarse que una prohibición absoluta y permanente de enajenar constituye una restricción demasiado grave al ejercicio de los derechos, verdadera abdicación de una facultad jurídica que no puede ser sancionada por el Derecho. Por lo mismo todos los pactos o cláusulas en los cuales se impone a perpetuidad no ejecutar actos de enajenación de determinado bien, deberán considerarse nulos. No es así, por el contrario cuando se trata de prohibiciones relativas o temporales, las que restringen sin abolir el ejercicio de la facultad de enajenar. En tal caso, la libertad individual no es ofendida o suprimida, sino condicionada y delimitada, y falta razón para negar eficacia a semejantes restricciones, ya que no es verdad que la economía exija el movimiento perpetuo de los bienes". "En efecto, solo para las cláusulas relativas y temporales se admite la eficacia; mientras que las prohibiciones de enajenación, perpetuas o por un tiempo bastante largo según la apreciación del juez, son consideradas nulas". (6).

(6) Francisco Ferrara, Teoría del Acto Ilícito en el Derecho Civil Italiano, pág. 253, Tratado de Derecho Civil Italiano, Tomo I, pág. 770, Nota).

C A P I T U L O I I I

D E R E C H O S R E A L E S D E A D Q U I S I C I O N

Siguiendo las ideas del jurista alemán Martín Wolf (7), en razón de su contenido, es decir, atendiendo a la mayor o menor amplitud de poderes que atribuyan al sujeto sobre una cosa, los derechos reales se clasifican en dos grandes grupos:

1º) Derechos reales plenos o totales, que confieren al titular la totalidad de poderes, al menos en principio, sobre una cosa, que es el caso de la propiedad o dominio y al que por esa razón definieron las Institutas de Justiniano con la precisión romana de esta fórmula latina: "plena in re potestas". La regla general en esta primera categoría de derechos reales es lo ilimitado o irrestricto de los poderes que confieren al sujeto sobre una cosa, pues las limitaciones o restricciones que siempre se han impuesto a los mismos han sido la excepción. Estos primeros derechos reales tienen por esa misma razón otra característica especial, porque cuanto que su duración no es temporal, sino perpetua de acuerdo al viejo principio romano "ad tempus proprietatis transferre nequit".

2º) Derechos reales limitados, que otorgan al sujeto solo determinados y específicos poderes sobre una cosa. Aquí la regla general no es la amplitud o la totalidad de poderes, sino los poderes concretos y precisos que se confieren a su titular, lo que hace que estos derechos reales -

(7) L. Enneccerus, T. Kipp y M. Wolf, Tratado de Derecho Civil, tomo 3º, vol. I, Derecho de las Cosas, Martín Wolf, traducción, Bosch, Barcelona, 1936, núm. 2, págs. 7 a 9.

sean temporales y no perpetuos, con la única excepción de --- las servidumbres reales, las que a virtud de que su función -- es enriquecer o ampliar la propiedad o utilidad del predio -- dominante, participan por esa razón del carácter perpetuo --- de la propiedad.

En esta segunda clase se desintegra el haz totali-- tario de facultades inherentes a la propiedad o dominio, para atribuir solo una porción de esas facultades a un sujeto di-- ferente y crear con ellas un derecho real autónomo a favor de este último.

Esta segregación de facultades dominicales puede a - su vez ser de dos órdenes, ya que puede afectar las facultades de uso o de disfrute sobre la cosa, que es el caso del usufruc^{to}, del uso, de la habitación, de las servidumbres reales, de la superficie, etc.; o bien tal segregación puede recaer sobre la facultad de disposición de la cosa, en uno de estos dos --- sentidos, o bien para que otra persona pueda hacer que sea --- enajenada la cosa del propietario de ella, el "jus distrahendi" a fin de obtener una cantidad en dinero y cubrir con su impor- ta un determinado crédito, que son los derechos reales de ga-- rantía; o bien para que la cosa del propietario sea adquirida- por otra persona, que son los derechos reales de adquisición, - sea para que esa otra persona, a voluntad de ella sola pueda - adquirir la cosa en cuestión, que es lo que acontece en la ---

opción o promesa de venta, en la que de la unilateral decisión del promisorio depende la celebración forzosa del contrato de compraventa por el que dicho beneficiario adquiera la propiedad de la cosa, o bien para que esa otra persona adquiera la cosa solo con preferencia a terceras personas, lo que significa que para esa adquisición preferencial se requiere la voluntad conjunta del propietario que quiera vender y a la vez la voluntad del titular del derecho real de adquisición que quiera adquirir, situación que puede presentarse en dos momentos diferentes, a saber: cuando el propietario apenas ha --- decidido vender la cosa a un tercero, pero todavía no lo ha hecho, que es el caso del derecho del tanto, o cuando el propietario no solo acordó vender la cosa a un tercero, sino que ya efectuó la venta de la cosa a ese tercero, que es lo que ocurre en la hipótesis del derecho de retracto. La protección que el Derecho otorga o puede otorgar en estos distintos derechos de adquisición es frente a cualquiera otra persona distinta del titular y es ésta característica de su extensión "erga omnes" lo que confirma la naturaleza real de esta clase de derechos.

En suma, puede definirse con el mencionado autor alemán que "Los derechos reales de adquisición son los gravámenes de una cosa, que dan al titular el derecho de convertirse en propietario".

Tres son los elementos que integran el derecho real

de adquisición, a saber: 1ª) un sujeto que es el titular del poder de adquirir; 2ª) una cosa que está facultado a adquirir dicho titular; y 3ª) el poder mismo del citado titular sobre la cosa de referencia. Es te poder, que es la esencia del derecho real en cuestión, consiste — en la facultad de hacerse transmitir la titularidad dominical sobre — una cosa determinada, siempre que concurren los requisitos y se satis — fagan las contraprestaciones correspondientes, en la inteligencia de — que esta facultad afecta al poder de disposición comprendido dentro — del derecho de propiedad de un tercero, y entraña una clara limita — ción de esta propiedad, porque restringe a dicho tercero su libertad — de escoger al posible adquirente o aún le impone la enajenación inde — pendiente de su voluntad.

“Sin obligar a vender o a no vender, dice Mazeaud, el legis — lador le reserva a veces a ciertas personas el derecho de comprar. El propietario, por su voluntad, venderá o no venderá; pero, si vende, — no le pertenecerá elegir comprador. Ocurre así cuando el legislador — ha concedido un derecho de adquisición preferente o una facultad de — retracto.

“Cuando una persona se beneficia de un derecho de adquisición preferente, el propietario que quiera vender está obligado a hacerle — un ofrecimiento de venta a aquella; no recobra su libertad de elegir — comprador más que si es rechazada la oferta” (8).

La facultad que concede a su titular este derecho de adquisición es de carácter real, en virtud de que recae directamen — te, sin ninguna persona de intermediaria, sobre una cosa que concreta o identifica la ley o un negocio jurídico determinado, y en virtud de — que también excluye a cualquier otro de su adquisición, en forma tan — general y absoluta, que prevalece o se hace valer aunque indebidamente se haya enajenado a terceros. Confirma también el carácter real de — esta derecho de adquisición la posible inscripción en el Registro

(8) Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, Parte Tercera, vol. III, Los Principales Contratos, traducción de Alcalá Zamora, Buenos Aires, 1962, núm. 764, págs. 33 y 34.

de la Propiedad, de acuerdo con la legislación de algunos -- Estados de la República, como Chihuahua, Nuevo León y Yuca-- tán, que permiten la inscripción registral de la promesa de -- venta.

Este derecho real de adquisición pertenece a la ca-- tegoría de los derechos reales limitativos del contenido nor-- mal de la propiedad, al igual que el usufructo y las servi-- dumbres, ya que limitan al propietario de una cosa su dere-- cho de propiedad, porque le privan de la libertad para ele-- gir la persona que, por compraventa u otro título traslati-- vo, pudiera adquirir su cosa. Consecuentemente el derecho -- real de adquisición se traduce en una preferencia adquisiti-- va, porque otorga un derecho de preferencia para subrogarse en el lugar de un tercero que indebidamente hubiera adquiri-- do la cosa en cuestión.

Asimismo, los derechos reales de adquisición como-- la generalidad de los derechos reales limitativos de propie-- dad, tienen carácter temporal, porque se extinguen por el -- transcurso del plazo de caducidad establecido en la ley o en el negocio jurídico en su caso que les dió origen.

En contra de una aislada opinión, que los considera como simples facultades de adquisición, que "no otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa", y niega a los derechos de adquisición el ca-- rácter de derechos reales y aún el de derechos subjetivos, (8 bis) se ex-- pone a continuación la tesis contraria.

(8 bis) L. Díez Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. -- II, Madrid, 1978, págs. 72 y 73.

Desde luego, cabe destacar que esta clase de derechos se presenta como auténticos derechos subjetivos, por --- cuanto que reúnen estos tres elementos esenciales, a saber: a) un titular señalado individualmente, en forma --- directa o indirecta; b) una cosa identificada, con toda claridad, como objeto de tales derechos, y c) tocante a su contenido, un poder de la voluntad respaldado por el ordenamiento jurídico (Windscheid), o un interés jurídica mente protegido (Ihering), o, en fin, un ámbito de libertad garantizado por la norma jurídica (Buchner y Barbe--ro), según las distintas concepciones doctrinales al --- respecto.

Asimismo, estos derechos subjetivos son de naturaleza real, porque, por una parte, recaen directa e inmediatamente sobre una cosa concreta y determinada, perfectamente identificada -la cosa común, la colindante, -- la arrendada- y, por otra parte, porque excluyen, con carácter general y absoluto, a cualquier tercero de su adquisición, y si otra persona consiguiera hacerse de la propiedad de la cosa sobre la que recaen, olvidando la existencia del derecho real de adquisición, el titular puede exigir su transmisión frente a aquélla. Sin embargo, es posible también constituir como solamente persona les tales derechos de adquisición, mediante un negocio jurídico, con base en el principio de la autonomía de la voluntad y siempre que se respeten los límites de ésta, lo que será examinado en el siguiente capítulo.

Existen varias figuras jurídicas, semejantes y -

afines a los derechos reales de adquisición, de las cuales es preciso descubrir las principales diferencias para no -incurrir en confusiones.

Primeramente, los demás derechos reales limitados o limitativos del dominio, o bien afectan a otra facultad del dominio -como son los derechos de goce-, o bien aunque afectan a la facultad de disposición, pero lo hacen en otro aspecto -que es el caso de los de garantía-. Los derechos de goce no menoscaban la facultad de disposición; los de garantía facultan a su titular para exigir que el dueño, en caso de impago de la obligación garantizada, -enajene su propiedad; en tanto que los derechos reales de adquisición dan derecho a que se transmita la propiedad del bien en cuestión precisamente a favor del titular de los mismos.

En segundo lugar, los derechos reales de adquisición se diferencian de las simples expectativas de adquisición, porque en estas últimas situaciones no hay todavía auténticos derechos subjetivos, pues la adquisición de la propiedad en tales casos, o no depende exclusivamente del titular o no es defendible por él "erga omnes".

Los derechos reales de adquisición pueden clasificarse bajo dos puntos de vista, a saber: atendiendo al --origen o fuente de que dimanar, o bien considerando el --papel específico que a la voluntad del titular del dominio afectado corresponde en el momento en que se ejercita el mencionado derecho real de adquisición.

De acuerdo con el primer criterio los derechos -

reales de adquisición se dividen en legales y en negociales, ya que hay algunos que nacen directamente de la ley, y otros que surgen a través de un negocio jurídico.

Cuando la ley los crea lo hace por lo regular en forma imperativa y a manera de parte integrante de ciertas figuras jurídicas, tales como la copropiedad, la herencia, el arrendamiento, la aparcería, la sociedad, etc., y toman por ello el nombre compuesto con el de dichas variadas figuras jurídicas. A su vez el negocio jurídico puede ser un testamento o bien un contrato y en este caso debe convenirse directamente entre los propios contratantes, es decir, el adquirente del derecho real de adquisición y el titular del dominio a que aquél afecta-, de acuerdo con la teoría general de los contratos. Para que estos negocios, tengan carácter de reales hay que inscribirlos en el Registro de la Propiedad, a fin de que en el futuro puedan perjudicar a los terceros.

Al margen de las clasificaciones anteriores, el derecho real de adquisiciónse puede presentar bajo tres manifestaciones, es decir como derecho del tanto, como derecho de opción o de preferencia, y como derecho de retracto, si bien los dos primeros se pueden identificar en razón de su significación y contenido, ya que ambos se ejercitan exclusivamente en contra de la persona del titular del dominio afectado y antes de la venta del bien a tercera persona, no así el tercero que se ejercita en contra de cualquier tercero adquirente y después de la venta del bien por el titular del dominio afectado.

La estructura de los derechos reales de adquisición, puede abordarse desde un punto de vista subjetivo, -- señalando que cada uno de los derechos reales de adquisi--- ción implica siempre, como cualquiera otro derecho real, un sujeto activo--si seguimos la teoría clásica, él sólo; si aceptamos la del sujeto pasivo universal, también la generalidad esta rá obligada frente al primero; en todo caso, aparece un --- obligado especial, precisamente por tratarse de derechos -- reales limitativos del dominio, es decir, de la propiedad - de un tercero.

La determinación del sujeto titular se hace según la fuente de donde proceden--o mediante negocio o por el le- gislador. La primera forma no plantea especiales problemas el testador, en su caso, o los contratantes atribuyen el de recho de adquisición a la persona beneficiada con el mismo. La segunda, por el contrario, presenta la peculiaridad de - que su titular se identifica por preferencia a la titulari- dad de otras situaciones jurídicas, acumulando ambas: en -- otras palabras, se trata de una determinación indirecta. - Tales situaciones jurídicas son múltiples y variadas, dando origen a la denominación particular de cada uno de los dere- chos reales de adquisición: el parentesco con el enajenante daba lugar antiguamente al retracto gentilicio; la situa--- ción de cotitularidad en el proindiviso origina el retracto

de comuneros; la vecindad o contigüidad de los fundos atribuye también en tiempos pasados a sus titulares el retracto de colindantes o la opción a la permuta forzosa; la situación de arrendatario da derecho al tanteo y al retracto arrendaticio; la posición de socio dará opción a suscribir las nuevas acciones o a adquirir con preferencia las participaciones sociales que se enajenen.

El sujeto pasivo de los derechos reales de adquisición, como en cualquier otro derecho real, o no existe según la teoría clásica o es el resto de los posibles titulares, es decir, la generalidad como requieren algunos autores modernos. Frente a estos terceros hay que resaltar la peculiaridad de que los derechos reales de adquisición, de origen legal, no necesitan, para serles oponibles, de ser inscritos en el Registro de la Propiedad, precisamente porque al provenir de la ley, ésta los supone suficientemente publicados y, en consecuencia, conocidos o debidos conocer por todos: cosa distinta ocurre con los negociales, que precisan de la inscripción registral para su oponibilidad a terceros.

Por lo demás, precisamente al tratarse de derechos reales limitados y limitativos del dominio de un tercero, aparece un especial sujeto pasivo: el titular de la propiedad cuya facultad de disposición está afectada por el dere-

cho real de adquisición; en el retracto, además, se presenta el problema del tercer adquirente. Por lo general, estos sujetos pasivos especiales se manifiestan también como titulares pasivos-frente al sujeto activo de ciertos deberes de conducta -no obligaciones en sentido técnico jurídico-: en particular, el deber de notificar al sujeto activo su intención de vender o la venta ya perfeccionada o consumada.

El objeto de los derechos reales de adquisición no plantea especiales problemas: es una cosa generalmente inmueble, pero que puede ser también perfectamente mueble: basta con que sea identificable -mediante registración.

El contenido de los derechos reales de adquisición se integra, fundamentalmente, por la facultad de adquirir la propiedad de una cosa, y cuya satisfacción se concreta en hacernos transmitir la cosa objeto del derecho. Ello supone, evidentemente, excluir a los demás de su adquisición, cuando nosotros decidimos ejercitar nuestro derecho; pero ello no quiere decir todavía que nadie más pueda adquirirla, ya que otros no usamos -o no lo hacemos correctamente -la facultad de adquirir. Por tanto, lo que realmente se contiene en nuestra figura es una preferencia adquisitiva.

Por lo demás, el conseguir esta preferencia --- adquisitiva, que nos garantizan los derechos reales de -- adquisición, puede tener lugar de forma onerosa o gratui- ta: los derechos reales de adquisición legales se atri--- buyen siempre de forma gratuita; los negociales de forma onerosa o gratuita. Resumiendo, el contenido de los dere- chos reales de adquisición se concreta en: a) La preten- sión de transmisión. b) Como contrapartida, la obliga--- ción de pagar el valor de la cosa cuya propiedad pasa --- a pertenernos; y c) La preferencia adquisitiva, con una- doble manifestación: a') frente a terceros, y b') fren-- te a otros posibles titulares de derechos reales de ad--- quisición.

En todo caso, es claro que los derechos reales- de adquisición puedan tener un valor patrimonial, en la-- medida en que, en el tráfico de los bienes económicos, -- suponga un mayor valor la titularidad dominical sobre el- bien objeto de los mismos, que la contraprestación debi-- da por su ejercicio.

Desde el momento que existen múltiples derechos reales de adquisición y teniendo en cuenta, de un lado, - que nuestros derechos son precisamente de adquisición y, - de otro, que siendo de tracto único sólo uno podrá ejer-- citarse cada vez, nos encontraremos con que la realiza--- ción de uno de ellos elimina la posibilidad de ejercitar- lo los demás. En consencuencia, cuando concurren varios,

se hace imprescindible establecer un orden de prioridad en su ejercicio y efectividad, ya que no para su existencia; o resolver de otro modo su posible concurrencia. -- Los criterios establecidos por el Derecho positivos son -- varios y casuísticos.

1.- La ley, cuando se da la situación en ella prevista.

2.- La coincidencia de titularidades relativas a la propiedad de la cosa y del derecho real de adquisición en la misma persona, cuando aquélla tenga lugar por una causa cualquiera distinta del ejercicio del derecho de adquisición; por herencia, donación, etc.

El ejercicio del derecho real de adquisición -- que le sea preferente; aunque no siempre la actuación de otro derecho preferente extingue a los preferidos, ya que puede seguir subsistiendo para ésto la situación básica -- en que se fundamenta: por ejemplo, si el comunero retrae para sí la cuota vendida sobre una finca arrendada, mientras subsista el arrendamiento permanecerá el retracto -- arrendaticio, que podrá actuarse si se hiciese una nueva enajenación.

3.- La renuncia hecha por su titular puede extinguir todos los derechos de adquisición.

Una vez nacidos los derechos reales de adquisición tienen un período de vida más o menos duradero, hasta que se extinguen por cualquiera de las causas que a -- continuación se señalan.

En la vida de los derechos reales de adquisición cabe distinguir dos períodos: uno, desde su nacimiento hasta que pueden ejercitarse, y, otro, constituido por el plazo de ejercicio -que, a su vez, lo es de caducidad -. En la opción, aunque pueden diferenciarse -depende de lo pactado -, generalmente no se distingue, es decir, que pueden ejercitarse desde su nacimiento en cualquier momento de su vida. La determinación del momento a partir del cual pueden ejercitarse los derechos de adquisición reviste una gran importancia, ya que tiene la virtualidad de que, a partir de él se fija el plazo de caducidad, pasado el cual el derecho se extingue -opción- o no es ejercitable para la enajenación que le sirve de referencia -tanteo y retracto -.

4.- La caducidad del plazo de ejercicio implica también la extinción de los derechos reales de adquisición.

5.- Finalmente, el agotamiento natural del derecho en cuestión por el ejercicio de los derechos reales de adquisición que es la forma más corriente y normal de su extinción, la que, en definitiva, logra la función económico social que explica su existencia. Es típico de ellos que se extingan por su ejercicio, precisamente porque se trata de derechos de tracto único. Lógicamente, este ejercicio tiene dos formas fundamentales de actuación: una, extrajudicial, judicial la otra, se-

gún que aquellos que han de colaborar jurídicamente con el titular de los derechos reales de adquisición que se ejerciten lo hagan voluntariamente o haya que obligarles a través de los Tribunales.

El ejercicio de los derechos reales de adquisición, por consistir fundamentalmente en la pretensión -- a la adquisición derivativa de la propiedad de una cosa, implica la intervención, como mínimo, de dos personas: -- el titular del derecho de adquisición y el dueño de la cosa sobre que aquél recae. Este dueño de la cosa es -- su propietario actual en todo caso, con independencia -- de que haya mediado o no transmisión durante el plazo -- de existencia o incluso de ejercicio del derecho de adquisición, y ello precisamente, porque estamos en presencia de derechos reales, a los que protege la acción erga omnes, pudiendo reivindicarla de cualquiera que sea su titular --salvo, claro está, la virtualidad del Registro de la Propiedad. (9).

(9) Manuel García-Amigo, Derechos Reales de -- Adquisición, Revista de Derecho Privado, febrero 1976, -- págs. 99 a 131. (Madrid).

CAPITULO IV

DERECHO DE PREFERENCIA

Puede en ocasiones la ley o un pacto especial - inserto en un determinado contrato otorgar a una persona prioridad para adquirir un bien o un derecho, sin que -- esta preferencia concedida a su titular frente a cual--- quier otra persona constituya un derecho real, sino solo un derecho de crédito para exigir de otra persona el --- cumplimiento de la obligación consistente en la enajenación de ese derecho o de ese bien a favor del referido - titular.

Como casos concretos en que el legislador concede este derecho de preferencia puede citarse el artículo 2447 del Código civil que a la letra dice:

"Art. 2447.- En los arrendamientos que han durado más de cinco años y cuando el arrendatario ha hecho mejoras de importancia en la finca arrendada, tiene éste derecho, si está al corriente en el pago de la renta, a- que, en igualdad de condiciones, se le prefiera a otro - interesado en el nuevo arrendamiento de la finca. Tam- bién gozará del derecho del tanto si el propietario quiere vender la finca arrendada, aplicándose en lo conducente lo dispuesto en los artículos 2304 y 2305".

El "reenvío" a los citados artículos 2304 y --- 2305 traslada el problema a los casos en que a través de- un pacto especial que se incluye en las cláusulas de una compraventa, se confiere al vendedor el derecho de preferencia para el caso en que el comprador quisiera vender- más adelante en favor de una tercera persona, la cosa --

que fué objeto de dicha compraventa, ya que cuando existe una estipulación de esta naturaleza, si bien es cierto que el comprador está obligado a notificar al vendedor la oferta que haya recibido del tercero, para vender a éste el bien o el derecho que fué objeto de la anterior compraventa, y se concede enseguida un plazo de tres días al mencionado vendedor para que ejerza, en igualdad de condiciones, el derecho de preferencia y se le respete prioridad frente al tercero que ofrece pagar el precio por el mismo monto y en iguales condiciones, lo cual hace que guarde semejanza con el derecho del tanto y su correspondiente retracto; sin embargo, la violación a aquel derecho de preferencia no entraña ni la nulidad de la venta que haga el comprador burlando al vendedor - el citado derecho de preferencia, ni tampoco se concede a dicho vendedor perjudicado la facultad de subrogarse o de substituirse al segundo comprador, mediante el pago del mismo precio que este pagó, para adquirir en lugar de éste la cosa o el bien de que se trata.

Al efecto, la violación de este pacto de preferencia constituida en el contrato a favor del vendedor, solo permite a éste cuando se le infringe su derecho de referencia, intentar una acción de ^{reparación de} daños y perjuicios -- por haber contravenido el deudor incumplido una obligación de no hacer, aplicándose para ello el ya mencionado artículo 2028 del Código civil cuyo texto es del tenor -

siguiente:

"Art. 2028.- El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención..."

Esta solución que directa y expresamente dá el legislador a la violación al citado derecho de crédito de preferencia, en caso de que tal prioridad tuviera -- como origen un pacto en una compraventa, es la misma solución que debe prevalecer en el caso de venta por un arrendador a una tercera persona, sin respetar al arrendatario el derecho legal de preferencia que le consagra el artículo 2447 del Código civil, precepto que es nuevo en nuestro vigente Derecho civil porque no existía en los códigos anteriores de 1870 y de 1884, y que requiere para su aplicación el cumplimiento de estos cuatro requisitos:

a) Que el arrendamiento haya durado más de -- cinco años, es decir, que a través de uno solo o de varios contratos sucesivos, sin solución de continuidad, haya estado el inquilino en el uso y goce de la finca arrendada.

b) Que el inquilino en cuestión se encuentre al corriente en el pago de sus rentas, o por lo menos, haya hecho la oferta y la consignación de ellas al arrendador ante la autoridad judicial.

c) Que el inquilino haya hecho en la finca arrendada algunas obras necesarias o mejoras útiles que

no le estén prohibidas expresamente en el contrato, o sea, que no se trate de simples reparaciones o de obras de ornato o de obras que sirvan ciertamente al inquilino a manera de adaptaciones para el uso específico a que él está dedicando la finca, y que no pueden ser aprovechadas para otro uso diferente que se dé a la finca arrendada. Además, es indispensable que tales mejoras sean de cierta consideración, pues han de entenderse por mejoras de importancia aquellas que guarden una cierta relación proporcional con el importe de la renta y con el valor de la finca, de manera que si las obras en cuestión, aún siendo útiles, son de cuantía inferior al monto de la renta, o tienen un valor desproporcionadamente inferior al valor de la finca, de ningún modo pueden servir de apoyo al ejercicio de esta acción personal de preferencia. Por ejemplo, en el caso de una finca que tiene un valor de cinco millones de pesos y por la cual se está pagando como renta la cantidad de cincuenta mil pesos mensuales, no puede sostenerse que sea una mejora de importancia la obra que se hubiere hecho para construir un pequeño baño en la finca y cuya obra hubiera tenido un costo total de solo cuarenta mil pesos, ya que esta cifra es inferior al monto de la renta y desproporcionadamente mínima en relación con el valor de la finca, cosa que no ocurriría si en la finca de referencia se hubieren sustituido los viejos pisos apolillados de madera por losetas de mármol en varias de las dependencias de la finca

TESIS DONADA POR D. G. B. - UNAM

- 39 -

y todo ésto con un valor de más de medio millón de pesos.

d) Finalmente, es condición indispensable para el ejercicio de este derecho que el inquilino tenga en arrendamiento la totalidad la finca y no solo una parte de ella, como sería uno de los locales comerciales o uno de los departamentos para habitación de un edificio, toda vez que el referido precepto expresa que se trate de un "nuevo arrendamiento de la finca" y de "venta de la finca arrendada", expresiones éstas que obligan a interpretar en forma restrictiva la norma de referencia por ser una disposición de carácter excepcional y por no haber establecido y reglamentado el legislador el concurso de varios cotitulares como lo hizo al respecto en el caso del derecho al tanto en favor de los copropietarios.

Este mismo derecho personal de preferencia puede reglamentarse, modificarse o ampliarse por las partes mediante un pacto expreso, otorgando por ejemplo, la preferencia en cuestión a favor de un arrendatario parcial, o especificando cuáles se consideran como mejoras de importancia, o bien exigiendo una duración mayor o menor de los cinco años. (9 bis).

Es más, este derecho personal de preferencia -- es susceptible renunciarse anticipadamente por las partes en un contrato de arrendamiento, puesto que en materia de arrendamiento la irrenunciabilidad general de todas las normas favorables al inquilino que se proponía -

(9 bis) Ramón Sánchez Medel, De los Contratos Civiles, 5a. edición, Porrúa, México, 1980, pág. 209.

en el artículo 2426 del proyecto Código civil de 1928, - no se aceptó en el texto definitivo de tal ordenamiento- en homenaje a las observaciones de Manuel Borja Soriano- (10) y además, cuando el legislador quiso hacer irrenun- ciables algunas normas concretas de protección al inquilino, expresamente lo hizo constar así, como aparece en los artículos 2433 y 2451 del Código civil, circunstan- cia ésta que no ocurre en el caso de la disposición rela- tiva al mencionado derecho de preferencia consagrado en el citado artículo 2447 del Código civil (10)bis).

Este derecho personal de preferencia de origen- legal a favor del inquilino en un contrato de arrenda- miento en general, cuando concurren los requisitos antes apuntados, no puede confundirse con el derecho real de - adquisición, o sea con el verdadero derecho del tanto y - su respectivo derecho de retracto a que después se hará - alusión, cuando se trata del inquilino en un arrendamien- to de un departamento, vivienda, casa o local constituí- do bajo régimen de condominio, habida cuenta de que los - artículos 19 y 20 de la Ley sobre el Régimen de Propie- dad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal- otorgan ese derecho del tanto y el correspondiente re- tracto en favor del inquilino de un departamento, vivien- da, casa o local constituido bajo régimen de condominio,

(10) Revista El Foro, Barra Mexicana de Abogados, Tomo IX, número 2, abril a junio de 1928, pág. 204.

(10 bis) Ramón Sánchez Medal, obra citada, pág. 222.

puesto que cuando el propietario de cualquiera de estos inmuebles pretenda venderlo a una tercera persona deberá notificarlo a dicho inquilino por medio de Notario o en forma judicial, aclarando cuál es el precio convenido y las demás condiciones de la operación, para que dentro de los tres días siguientes a la notificación -- manifieste el inquilino si hace uso del derecho del tanto, en la inteligencia de que si se omite tal notificación el mencionado inquilino "podrá subrogarse en lugar del adquirente, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de compraventa, siempre que haga uso del derecho de retracto, con exhibición del precio, dentro de los quince días siguientes al en que haya tenido conocimiento de la enajenación".

Debe también reconocerse como un verdadero -- derecho real el otorgado al promisorio en una promesa de compraventa, porque cuando a dicho beneficiario se le -- viola el derecho que tiene para adquirir el bien de que se trata, en virtud de que el promitente o deudor en lugar de vender el bien de referencia al mencionado promisorio, lo enajena a una tercera persona.

Aparentemente el promisorio en cuestión carece de un derecho real para adquirir la cosa que ha sido --- enajenada indebidamente a una tercera persona por el promitente o deudor, y se está en presencia solo de un derecho personal o derecho de crédito que solo impone al infractor la obligación de preferir al promisorio en caso-

de venta del bien de referencia y la responsabilidad --- de resarcimientos de los correspondientes daños y perjuicios en caso de incumplimiento, pero sin anular la -- venta que indebidamente hubiera llevado a cabo el promitente o deudor a favor del tercero, en lugar de consumir la venta a favor del promisario que tenía conforme a la opción o promesa de compraventa el derecho para adquirir el inmueble en cuestión.

Sin embargo, no ocurre así, porque el artículo- 2247 del Código civil redactado en la forma siguiente -- expresa lo contrario:

"Art. 2247. - Si el promitente rehúsa firmar - los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez, salvo el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título - oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, pues entonces la promesa quedará sin efecto, siendo responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan- originado a la otra parte".

Este precepto dá a entender que si la venta se- hace a un comprador de mala fe o si la enajenación ----- se lleva a cabo a título gratuito, la venta en el primer caso y la donación en el segundo caso no producen efec-- tos, es decir, son actos nulos.

Con todo, aún en estos dos últimos supuestos, a saber, el de la venta a un tercero de mala fe y el de la donación a un tercero, sea de buena o de mala fe, de la-

cosa que fué objeto de la promesa anterior y que se enajenó después por el promitente al tercero en perjuicio del promisario, sin respetar a éste el derecho que tenía para la compra de la cosa en cuestión, no se está en presencia de un derecho del tanto; pero ciertamente se trata de un verdadero derecho real de adquisición.

En efecto, aunque es verdad que el promisario puede hacer que se cumpla la promesa hecha en su favor en cualquiera de aquellos dos supuestos; sin embargo, tal enajenación a favor del promisario debe hacerse al precio y en las condiciones pactadas en la propia promesa, independientemente de que la donación o en su caso la venta que se hubiera hecho al tercero de mala fe se hubiera llevado a cabo a un precio diferente. En otras palabras, el promisario en una promesa de venta no tiene a su favor el derecho del tanto con el correspondiente retracto; pero es titular de un derecho real de adquisición, puesto que el comprador de mala fe o el donatario del bien objeto de una promesa anterior no adquiere válidamente la cosa, sino que es nula esa compra y nula también la donación y, sobre todo, titular del mencionado derecho real de adquisición se le reconoce el derecho de perseguir la cosa en manos de tercero, o sea se le otorga un derecho reipersecutorio propio solo de los derechos reales.

Es más, a pesar de que efectivamente prevalece la venta que se haya hecho por el promitente a favor de

un comprador de buena fe, violando el derecho que tenía al respecto el promisorio, esta circunstancia no desmiente o destruye la tesis de que la promesa de venta genera un verdadero derecho real de adquisición, puesto que en tal caso se trata solo de una colisión o conflicto de derechos, a saber, por una parte, el promisorio que tiene el mencionado derecho real a que se le venda la cosa por el promitente en las condiciones establecidas en el contrato preparatorio de promesa, y, por otra parte, se encuentra el tercero que ignorando la existencia de tal promesa, adquiere mediante una compraventa también un derecho real como lo es la propiedad sobre el bien de que se trata. Frente a esta colisión o conflicto de derechos, opta el legislador por dar prioridad o preferencia al derecho real de propiedad que tiene el tercero de buena fe, pero no porque no sea un derecho real de adquisición el que corresponde al promisorio, sino porque frente a los dos mencionados derechos reales, o sea el de propiedad del tercero comprador de buena fe y el de adquisición del promisorio, prefiere al primero en homenaje a la buena fe y, sobre todo, para mantener el respeto o acatamiento debido a la apariencia jurídica. Esta situación no se presenta en el caso de que el promisorio hubiera tenido la precaución de inscribir en el Registro Público de la Propiedad, a través de una anotación preventiva, la demanda judicial presentada por él para que se le otorgue

la correspondiente escritura o el respectivo contrato de compraventa por parte del promitente deudor, pero esta inscripción registral no puede practicarse sin que exista un juicio de por medio, y en tal caso además el comprador en cuestión debió tener conocimiento, por virtud de esa misma inscripción, de la existencia de la promesa constituida a favor del promisorio, lo cual haría desaparecer la figura del comprador de buena fe.

Esta interpretación del citado artículo 2247 -- del Código civil, a propósito de la promesa de compraventa, y concretamente cuando al promisorio le ha sido violado su derecho a virtud de que el promitente ha procedido a vender a un comprador de mala fe y la compra respectiva está herida de nulidad, plantea el problema de la posibilidad de aplicar analógicamente el referido precepto al antes mencionado caso del arrendatario a quien le ha sido violado su derecho por el arrendador, por haber vendido éste a un comprador de mala fe el bien arrendado, a pesar de que dicho inquilino había realizado en la finca arrendada mejoras de importancia y su arrendamiento había durado por más de cinco años y se hallaba al corriente en el pago de sus rentas.

A todas luces no es posible la aplicación analógica en cuestión del supuesto previsto en el artículo -- 2247 del comprador de mala fe, al caso del supuesto contemplado en el artículo 2447 del Código civil para el -- caso de venta hecha a un comprador de mala fe de la finca

arrendada, porque expresamente este último precepto --- remite a los artículos 2304 y 2305 del Código civil los cuales de una manera clara y directa expresan que la -- venta no será nula cuando se hace con violación del pagto de preferencia, sino que únicamente genera la acción de reparación de daños y perjuicios, y es ésta también la única sanción de la infracción a la preferencia consagrada en el artículo 2447 a favor del arrendatario y no la nulidad de la venta como ocurre en el caso de la violación al derecho del promisario prevista en la última parte del artículo 2247.

C A P I T U L O V

DERECHO DEL TANTO

El derecho del tanto se conserva en nuestra -- legislación positiva reiterando la tradición de la legislación española más antigua que estuvo en vigor en nuestro país.

En efecto las leyes españolas estuvieron en -- vigor en México antes de que entraran a regir sucesivamente los Códigos civiles de 1870, de 1884 y de 1928.

El derecho del tanto en favor de los copropietarios aparece por primera vez en las leyes de Partidas, según consta en la quinta Partida, Ley 42, Título 3o., -- en las cuales aparece no como un derecho de retracto, -- sino simplemente como un derecho de compra preferente.

Este mismo derecho de preferencia se encuentra posteriormente configurado ya en forma de retracto en las leyes 74, 75, de las Leyes del Toro y de ahí pasó a la Novísima Recopilación, concretamente al libro -- 10, título 13, leyes 8a. y 9a.

El proyecto de don Florencio García Goyena del Código Civil Español de 1851, que tanto influyó en la -- redacción de nuestro primer Código civil de 1870, también consignó este derecho del tanto en favor de los comuneros.

Al efecto, el artículo 1450 de dicho proyecto del Código civil español de 1851 establecía lo siguiente: "el retracto legal es el derecho que tiene alguno -

por la ley de subrogarse en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato". Hace notar el mismo --- García Goyena que este retracto legal existía en el antiguo retracto legal de sangre, de abolengo o gentilicio, - que existió primero en el Derecho romano, pero que al fin fué abolido en la Ley 14, Título 38, libro 4o. del Código de Justiniano que literalmente dice: "En otro tiempo se había concedido a los próximos pariente y a los consortes, que excluyesen de una venta a los extraños, y que los hombres no enajenasen a su arbitrio lo que hubiesen de vender. Mas como parece grave esta injuria que se vela con el vano pretexto de decoro (gravis injuria inani honestatis colore velata), para obligar a los hombres a que contra su voluntad hagan determinada cosa con sus bienes, -- pueda cada cual, quedando abolida la anterior ley, buscar o aceptar a su arbitrio comprador, si especialmente no -- hubiese prohibido la ley que ciertas, personas hagan esto".

Otro caso que señala el mismo autor español es el retracto de los comuneros fundado en la invalidez del pacto de no poderse pedir indefinidamente la división de la cosa común; otro caso la del retracto litigioso previsto en el artículo 1466 del mismo proyecto, que consagraba también el Código de Justiniano en el libro IV, Título -- 35, Ley 23, en la que se elogia una Constitución anterior

del emperador Anastacio fundada en razones tanto de huma-
nidad como de benevolencia (tam humanitatis quam benevo-
lentiae plena), y cuyo objeto era, como decía García Go-
yena, "cortar los pleitos y refrenar la codicia o maligni-
dad de los que con la compra o cesión de derechos, se-
proponen enriquecerse a expensas de otro, o atormentar--
lo, puesto que según la citada Constitución del empera--
dor Anastacio mencionada en la Ley 22, Título 35, libro-
40., del Código Justiniano, se decía "por diversos recur-
sos que se nos han dirigido hemos averiguado que algu---
nos, que ansían las cosas y los bienes de otros, se apre-
suran a que se extiendan a favor de ellos mismos las ce-
siones de las acciones que a otros les competen, y abru-
man de este modo con vejaciones a las diversas personas-
de los litigantes" (11).

El reconocimiento y la reglamentación del dere-
cho del tanto se encuentran formulados de manera muy su-
maria en dos artículos del Código Civil de 1870 de acuer-
do con el texto siguiente:

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

(11) Florencio García Goyena, Concordancias,-
Motivos, y Comentarios del Código Civil Español, Madrid,
1852, págs. 425 y 426.

"Art. 2974.- En caso de contravención a lo --
dispuesto en el artículo anterior, podrá el copropieta--
rio preterido pedir la rescisión del contrato; pero sola--
mente dentro de seis meses contados desde la celebración
de la venta".

Nada explicativa es en torno a este tema la --
exposición de motivos del Código Civil de 1870, pues se--
conformó expresar al respecto: "Se ha conservado en los
artículos 2973 y 2974 de la doctrina relativa al retrac--
to de comuneros, asegurándoles el derecho del tanto, y --
para el caso de preterición la acción rescisoria por el--
término de seis meses".

Nuestro tratadistas de la época comentaron así
los artículos 2973 y 2974 del Código civil de 1870:

"Existen otras limitaciones referente a los co--
propietarios de cosa indivisible, los cuales no pueden --
vender a extraños su parte respectiva, si el partícipe --
quiere hacer uso del derecho del tanto, que era lo que --
se conocía en nuestra legislación anterior con el nombre
de retracto de sociedad, retracto de comuneros. Al ase--
gurarles el derecho del tanto, que consiste en que sea --
preferido el copropietario si da igual precio que un ex--
traño, el legislador ha tenido en cuenta, por una parte,
que no se sigue perjuicio al que pretenda vender, porque
percibe el precio que ha fijado a su cosa, consiguiendo--
así su objeto; y, por otra, porque el partícipe tiene --
derechos indisputables y anteriores a parte de la cosa, --

y no sería justo darle un compañero y asociarle una persona con quien acaso tendría desavenencias que siempre deben evitarse. Y si cuando hay conflicto es decir, --- cuando alguno puede resultar perjudicado, deben atenderse, según los rectos principios de justicia, más al que trata de evitarse perjuicios que al que procura sus intereses, con más razón en este caso, en el que el copropietario que vende obtiene lo que desea, y el que compra trata sin duda de evitarse los perjuicios e inconvenientes de la comunión de bienes. Por eso en caso de contravención a lo dispuesto por la ley se da al copropietario preterido, acción para pedir la rescisión del contrato, dentro de seis meses contados desde la celebración de la venta, durante cuyo tiempo puede saber perfectamente si conviene a sus intereses hacer uso de ese derecho" (11 bis).

Las dos disposiciones transcritas del Código civil de 1870, eran sumamente lacónicas, porque no reglamentaban la forma de notificar al titular del derecho -- del tanto al otro u otros condueños su propósito de hacer la venta de su parte alícuota de copropiedad a favor de un tercero. Asimismo, los dos preceptos de referencia del extinto código civil de 1870 sancionaban con una

(11 bis) Esteban Calva y Francisco de P. Segura, - Instituciones de Derecho Civil según el Código del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Tomo III, - De los Contratos, México, 1884, págs. 642 y 643).

acción de rescisión, sin expresar que se hubiera tenido -- que exhibir el precio por la persona que había sufrido -- en su perjuicio la violación del derecho del tanto porque el condueño hubiera vendido su parte alcuota de copropiedad a una tercera persona sin hacerle saber su propósito de llevar a cabo esta venta, o sin esperar para hacerlo -- que transcurriera después de ese aviso el plazo legal fijado para el efecto.

Estas dos cuestiones, o sea el laconismo de los dos preceptos transcritos del Código civil de 1870; por -- cuanto que no indicaban la forma de hacer saber al titu-- lar del derecho del tanto el propósito de llevar a cabo -- la venta, y por otra parte, la sanción consistente en una acción de rescisión fueron objeto de modificación por parte del siguiente código civil, es decir, por parte del -- Código civil de 1884.

Al efecto, el Código civil de 1884 complementó y enmendó al Código de 1870, mediante estas dos disposiciones que a la letra dicen:

"Art. 2843.- Los propietarios de cosa indivisa no pueden vender a extraños su parte respectiva si un partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este -- 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 solo lapso del término se pierde este dere-- cho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta

no producirá efecto legal alguno".

"Art. 2884.- Si varios copropietarios de cosa -- indivisa hicieren uso del derecho del tanto, será preferido el que represente mayor parte, y siendo iguales, el designado por la suerte salvo convenio en contrario".

En relación con el artículo 2483 del Código civil de 1884 hizo notar uno de los tres miembros de la comisión redactora de ese ordenamiento substantivo lo siguiente:

"Se conservó el precepto de que los partícipes -- tengan el derecho del tanto en caso de venta de una porción de la cosa; pero ese derecho fué reglamentado fijando la forma en que haya de hacerse la notificación de la venta, el término en que deba ejercitarse el derecho del tanto y por último, que mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal, pudiendo hacerse uso del derecho en cualquier tiempo. La disposición del artículo, que se refería solamente a cosas indivisibles, fué -- ampliada a todas las cosas indivisas de hecho, sean o no -- indivisibles".

En cuanto al artículo 2484 se dijo por el mismo -- autor que era un artículo nuevo (12), sin agregar a esta -- escueta observación ningún otro comentario, como lo hizo, -- en cambio, el Código de 1884 a propósito de otras innova -- ciones introducidas en nuestro Derecho civil.

(12) Miguel S. Macedo, Datos para el Estudio del Nuevo -- Código civil del Distrito Federal y Territorio de -- la Baja California, México, 1884, págs. 112 y 113.

Cuatro diferencias o innovaciones podemos señalar en el Código Civil de 1884/al Código Civil de 1870, a saber:

a) Primeramente, en el Código civil de 1870 -- no se reglamentaba la forma de hacer saber al titular -- del derecho del tanto, el propósito que tenía el condueño de vender su parte alícuota de copropiedad a favor de un tercero. Esta omisión es subsanada en el Código civil de 1884, puesto que en esta legislación posterior se establecía que el titular de la copropiedad que quisiera vender a un tercero su parte alícuota de copropiedad debía de notificar a los demás condueños por medio de Notario o judicialmente los términos de la venta que hubiere propalado con el tercero, a efecto de que en el plazo de ocho días siguientes a esa notificación pudieran los titulares del derecho del tanto hacer uso de tal derecho, en la inteligencia de que una vez fenecido ese lapso sin haberse hecho uso del derecho tenía que declararse extinguido el propio derecho.

b) En el Código civil de 1870 se sancionaba -- con una acción de rescisión la violación al derecho del tanto. En cambio, en el Código civil de 1884 se establece que la violación del derecho del tanto hace que si no se ha hecho la notificación a los titulares del derecho -- del tanto, la venta que se hubiere efectuado en favor --

de un tercero no produciría efecto legal alguno. Esta declaración al parecer extrañaba una especie de inexistencia, lo cual en el fondo no es admisible, porque efectivamente la venta que se hace a un tercero es una venta que tiene consentimiento y que tiene objeto, que son los dos únicos elementos que se requieren para la existencia de un contrato, de tal manera que tendría que interpretarse que más bien que una declaración de inexistencia cabría en el caso de violación al derecho del tanto, el ejercicio de una verdadera acción de nulidad.

c) Por otra parte, en el Código civil de 1870 no se reglamentó nada cuando hubiere una serie de personas que quisieran, por ser titulares de copropiedad, ejercitar el derecho del tanto, cosa que en cambio sí está prevista y reglamentada en el Código civil de 1884, por cuanto que en este ordenamiento se establecía que si varios copropietarios de cosa indivisa hacían uso del derecho del tanto, sería preferido el que representaba la mayor parte y que si eran iguales los derechos de copropiedad, sería preferido a aquél que designara la suerte a menos que hubiera convenido en contrario.

d) Puede señalarse una última diferencia entre el Código civil de 1870 y el Código civil de 1884, porque en el primero se establecía un plazo de seis meses para hacer valer la acción de rescisión concedida al copropietario a quien se le hubiere violado el derecho del

tanto, cosa que en cambio no existe en el Código civil de 1884, porque en él no se dice qué plazo tiene el copropietario a quien se le ha violado su derecho del tanto para ejercitar la acción que hemos dicho que se trata de una acción de nulidad para privar de efecto a la enajenación hecha a un tercero con violación del derecho -- del tanto.

En su comentario actualizado al Código civil de 1884 en torno a los dos preceptos de referencia, Manuel-Mateos Alarcón, expresa lo siguiente:

"El Código civil ha conservado el retracto entre comuneros, establecido y reglamentado por nuestra antigua legislación, por el beneficio público que produce, pues -- la propiedad en común, que es imperfecta y el origen de -- discusiones y contiendas entre los propietarios, se convierte por él en singular y perfecta, que es y debe ser el estado normal de ella.

"Pero esta prohibición no es absoluta sino condicional, esto es, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto, adquirir la parte del otro copropietario dando el precio ofrecido por el comprador.

"En caso de contravenirse tal prohibición, puede el copropietario, según el artículo 2974 del Código, pedir la rescisión del contrato, pero solamente dentro ---- de seis meses contados desde la celebración de la venta.

"La sanción que contiene este precepto es de todo

punto necesaria, pues de otra manera sería inútil -- la concesión del derecho del tanto al copropietario; pero debía contenerse dentro de ciertos límites, --- porque el interés público demanda que no permanezca incierta la propiedad; y éste el motivo por el cual declara el precepto citado que el copropietario preterido puede pedir la rescisión solamente dentro --- de seis meses contados desde la celebración de la -- venta.

"En consecuencia, pasado ese plazo, se extingue, prescribe el derecho del copropietario preterido, y no puede pretender la rescisión del contrato - de compraventa que de su parte hubiera celebrado el otro propietario con tercera persona.

"La ley no lo dice, pero la razón lo indica, que al pretender el copropietario la rescisión del - contrato celebrado con tercero debe de exhibir el -- precio pagado por éste, a fin de acreditar su apti-- tud para uso del derecho del cual deriva su acción".
(13).

(13) Estudios sobre el Código civil del Distrito Federal, por Manuel Mateos Alarcón, Tomo V, México, 1896, págs. 312 y 313.-

El Código civil de 1928 repitió casi textualmente en sus artículos 973 y 974 lo que al respecto establecía los artículos antes transcritos 2843 y 2844 -- del Código Civil de 1884, con la única diferencia que -- en el artículo 973 se habla en la primera parte de los copropietarios de cosa indivisa que no pueden "enajenar" a extraños su parte alícuota respectiva, en tanto que -- en el artículo 2843 del Código Civil de 1884 establecía que los propietarios de cosa indivisa no podían "vender" a extraños su parte alícuota, etc. Sin embargo, esta -- aislada diferencia de terminología no tienen ninguna -- importancia porque el resto del citado artículo 973 se -- refiere exclusivamente al caso de venta. Además, en el documentado y concluyente estudio de Arce y Cervantes -- (14) se demuestra que efectivamente solo en caso de venta y no en caso de otro tipo de enajenación, a menos -- que se trate de una dación en pago, tiene derecho del -- tanto el copropietario, porque si la enajenación se hace por ejemplo a título de donación o por aportación -- a una sociedad anónima por ejemplo, no hay la posibilidad de ejercitar el derecho del tanto, al igual que tampoco en el caso de una adquisición por herencia al morir el copropietario y pasar sus derechos a sus herederos.

(14) José Arce y Cervantes, Derecho del tanto de los copropietarios, Revista de Derecho Notarial, año XII, No. 33, octubre de 1968, págs. 19 a 40.

Pero el Código de 1928 estableció, además de los mencionados artículos, un precepto más que en realidad viene a esclarecer el alcance o la significación de lo que debe entenderse por la sanción de que la venta no producirá efecto legal alguno cuando se ha hecho con violación al derecho del tanto, según lo establece el citado artículo 973 del Código Civil de 1928 y lo disponía asimismo el artículo 2843 del Código Civil de 1884.

Al respecto en el artículo 2279 del Código Civil en vigor de 1928 establece el legislador lo siguiente:

"Art. 2279.- Los propietarios de cosa indivisa no pueden vender su parte respectiva a extraños, --- sino cumpliendo lo dispuesto a los artículos 973 y 974".

Esta nueva disposición del Código civil de --- 1928 señaló en forma directa que la sanción no era propiamente una acción de rescisión como decía el viejo Código civil de 1870, sino que es en realidad una acción de nulidad, ya que en el citado artículo 2279 del Código civil se nos precisa que está prohibida la enajenación de parte alícuota sin respetar el derecho del tanto, por lo que la violación a esta prohibición acarrea la nulidad que establece el artículo 80. del Código civil en el sentido de que son nulos los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas.

En relación con la diferencia entre acción --- rescisoria y acción de nulidad, es indudablemente más - clara la disposición del vigente Código civil de 1928, - porque en rigor la acción de rescisión que se podía in- tentar de conformidad con el texto literal de los pre- ceptos antes transcritos del código civil de 1870, úni- camente hacía que la enajenación que se hiciera con vio- lación del derecho del tanto a favor de un tercero que- dara sin efecto; en cambio, el derecho del retracto no- implica solamente dejar sin efecto la venta que se ha- hecho a un tercero con violación al derecho del tanto, - sino que a continuación después de la rescisión de esa- venta indebidamente realizada, si se sostiene que efec- tivamente se produce una rescisión, tendría que sustituir se el copropietario perjudicado por habersele violado - el derecho del tanto y vendría a sustituirse al tercero adquirente para comprar en el mismo precio o en las mis- mas condiciones al copropietario que hubiere vendido -- la parte alícuota enajenada con violación del citado -- derecho del tanto, lo que demuestra que efectivamente - hay una diferencia en este caso entre la escueta acción de rescisión que concedía el Código Civil de 1870 y la- acción de nulidad que consagran los artículos relativos del Código civil de 1884 y del Código Civil de 1928, -- si bien es cierto que en ninguno de los tres ordenamien- tos positivos se habla propiamente de retracto.

Por otra parte, la acción de nulidad implica conforme al artículo 2239 del Código civil en vigor - escuetamente la restitución recíproca de prestaciones que se hubieran hecho las partes de acuerdo con el -- acto que ha sido anulado. Por el contrario, cuando - se trata de una acción de rescisión, además de la devolución recíproca de prestaciones que las partes se hubieran otorgado con arreglo al acto rescindido, --- tiene derecho la parte perjudicada a exigir el pago - de daños y perjuicios, según lo establece el artículo 1949 del Código civil.

La nulidad que decretan los citados preceptos del Código civil impiden que los gravámenes, al igual que las posteriores o sucesivas enajenaciones que el - adquirente haga en favor de terceros, aunque sean de - buena fe, puedan oponerse a parar perjuicio al titular del derecho del tanto a quien no se le notificó previa mente la venta que iba a efectuar el condueño incumplido.

Otro caso del derecho del tanto en nuestra legislación patria a través de los tres Códigos civiles - que han regido en el Distrito Federal lo es el derecho del tanto del coheredero para el caso de que alguno de los otros coherederos quisiera ceder a tercera persona sus derechos hereditarios.

Al respecto, el Código civil de 1870 contenía

estas tres disposiciones:

"Art. 4106.- Si hubiere otros herederos, el que la quiera enajenar (se refiera su parte en la herencia) deberá instruirlos de la enajenación y de sus condiciones.

"Art. 4107.- Los coherederos serán preferidos por el tanto, si usan de este derecho dentro de los tres días siguientes al aviso y cumplen las demás condiciones impuestas al cesionario extraño.

"Art. 4108.- El derecho concedido en el artículo anterior, cesa si la enajenación se hace a un coheredero o se hace a un extraño por donación".

En forma literal fueron repetidas las anteriores disposiciones del Código civil de 1870 en los artículos 3903, 3904 y 3905 del Código civil de 1884.

En sus comentarios Mateos Alarcón a los preceptos antes transcritos del Código civil de 1870 y que -- por su completa identidad con los correlativos del Código civil de 1884, son aplicables a este último ordenamiento legal, hace notar dicho autor nacional lo siguiente:

"Reproduciendo los artículos 4106 y 4107 del Código civil, el principio contenido en el artículo --- 2843 declaran que si hubiera varios herederos, el que quiera enajenar sus derechos hereditarios debe instruir a los demás de su enajenación de sus condiciones; y que los coherederos serán preferidos por el tanto, si usan-

de este derecho dentro de los tres días siguientes al -
aviso y cumplen las demás condiciones impuestas al ce--
sionario extraño.

"Los comentaristas del Código francés, cuyo --
artículo 841 establece el mismo principio lo fundan y -
explican diciendo que cuando un heredero cede sus dere-
chos a un extraño, éste tendría como aquél, derecho de-
inmiscuirse en todos los negocios de la sucesión, de en-
terarse de todos los títulos y papeles de todos los se-
cretos de familia; y por lo mismo es muy importante pa-
ra los otros herederos poder alejar a este extraño a --
quien la cupidéz o el deseo de perjudicar, ha podido so-
lamente determinarlo a comprar los derechos heredita---
rios, y que produciría la disención en todas las opera-
ciones de la sucesión.

"Todos los comentaristas del Código francés --
censuran el retracto creado por el artículo 841, como -
perjudicial a los intereses de los coherederos, que mer-
ced a él no encuentran a quien vender sus derechos sino
a vil precio, y porque dicho precepto es muy fácil de -
eludir, ya dándole a la cesión un precio superior al en
realidad pagado, ya simulando una cesión a título gra--
tuito, ya, finalmente, teniéndola oculta mediante el --
otorgamiento de un mandato al cesionario, para que in--
tervenga en las operaciones de la sucesión.

"De los términos de los artículos 4106 y siguientes del Código civil, que establecen el retracto de que hemos hecho mérito, se infiere que para su ejercicio es indispensable que se llenen los requisitos siguientes:

"1ª Que se trate de una verdadera enajenación o cesión de derechos hereditarios del cedente, ya se trate de la totalidad o de una parte de ellos

"2ª Que la cesión se haga por uno de los coherederos en favor de un extraño.

"Es de advertir que este requisito es indispensable ya se trate de los propios derechos del coheredero, ya de los que hubiere adquirido de alguno de los demás herederos que concurran con él a la misma herencia.

"3ª Que la cesión se haga en favor de una persona enteramente extraña a la sucesión, esto es, que no tenga la calidad de heredero o legatario;

"4ª Que la cesión se haga a título oneroso, pues si se hace a título gratuito no hay lugar al retracto.

"Todos estos requisitos son necesarios no solo porque su concurrencia se infiere de una manera lógica e incontrastable de los preceptos antes citados, sino porque el artículo 4108 del Código, declara expresamente que el derecho del retracto a que se refieren los artículos precedentes, cesa si la enajenación se hace a un coheredero o cuando se hace a un extraño por donación.

"Estos dos casos de excepción se han establecido porque en ellos cesa la causa por la cual se creó el derecho de retracto. El coheredero no es un extraño para la sucesión, y la donación hecha por él destruye la presunción de cupidez o el deseo de perjudicar a los demás herederos, por la investigación de secretos de familia.

"Por virtud del retracto, el heredero o herederos que lo consuman, se subrogan en los derechos del cesionario, pero a condición de reemplazar a éste previamente de las cantidades que haya pagado o prometido pagar el cedente.

Desde luego se comprende que subrogándose los herederos en lugar del cesionario, se transmiten a ellos los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por éste, y en consecuencia, que se estipule un plazo para el pago del precio de la cesión, los herederos gozarán del mismo plazo" (15).

No todos los autores franceses aprueban la persistencia en el Código civil del derecho del tanto de los coherederos, pues, por una parte, se niega que tal institución provenga del Derecho romano en virtud de las constituciones de Anastasio y de Justiniano que se invocan al respecto, sólo establecieron que el cesionario de un derecho litigioso, podía ejercitar la acción contra el deudor

(15) Manuel Mateos Alarcón, Estudio sobre el Código civil del Distrito Federal, tomo VI, México, 1900, -- págs. 550 a 552.

hasta por el importe del precio de la cesión, y- por otra parte, los mismos autores refutan los motivos antes invocados para la admisión del retracto sucesorio haciendo notar que los supuestos motivos que se han aducido para justificar el retracto sucesorio son muy objetables. Se dice -- que no se quiere admitir a los extraños a la partición, - para impedirles entrar en los secretos de familia. Pero, cabe preguntar ¿acaso es éste el móvil que guía a los --- compradores de los derechos sucesorios? Se hace a los -- hombres de nuestro tiempo el reproche de buscar la fortu-- na para procurarse los goces que ella dá. ¿No sería éste precisamente el verdadero móvil de aquellos que compran - una herencia? Ellos, se dice, introducen o promueven los conflictos y los disturbios en las familias. Esta segunda razón tampoco es probable como la primera. El comprador de derechos sucesorios obra por interés; ahora bien, - sería él un muy mal especulador si él suscitara contien-- das o diferencias familiares por el solo placer de litigar; el espíritu de codicia que se le supone, lo llevará, al - contrario, a evitar los juicios. Hay otras objeciones con-- tra el retracto sucesorio. El retracto es una verdadera expropiación del comprador: se le ha forzado a ceder su - compra al heredero que ejercite el retracto. Ahora bien, nadie puede ser expropiado sino por causas de utilidad -- pública, y ¿dónde está la utilidad pública cuando se presenta el retracto?. El retracto sucesorio está también - en oposición con otro principio de nuestras sociedades --

modernas: la libertad de comercio. - ¿Por qué impedir -
al heredero vender sus derechos sucesorios, si ahí está -
su interés? El retracto pone trabas al ejercicio de ----
un derecho natural; es evidente que el heredero venderá -
en condiciones desventajosas, a causa de los riesgos ----
que el comprador corre de ser privado de su compra. Por-
otra parte, se reprocha a la ley de faltar a su fin. ----
Nada es más fácil que eludirla: basta para ésto que ----
el heredero otorgue un mandato para representarlo ----
en el momento de la partición a aquél que compra los ----
derechos que él tiene en la sucesión. A pesar de las ---
trabas que la ley pone, las cesiones de derecho sucesorio
son frecuentes, a juzgar por los numerosos procesos que -
se suscitan acerca de retracto sucesorio. No hay mate---
ria más ingrata. Es un derecho claramente arbitrario, --
fundado en malas razones: se está siempre inclinado a --
pronunciarse en favor del comprador y en contra del here-
dero que quiere despojarlo de una compra ventajosa".

"La jurisprudencia y la doctrina unánimemente --
admiten que los herederos pueden renunciar al derecho --
de retracto".

"No todo cesionario de derechos sucesorios puede
ser aptado de la herencia; el artículo 841 no permite -
el retracto sino contra aquél que no es sucesible del --
difunto (es decir, que no ha sido llamado a la sucesión-

del difunto). Luego aquél que es sucesible no puede ser apartado por retracto. La razón de ser es muy simple. Aquél que es sucesible tiene derecho de tomar parte en la partición y por ello no puede ejercitarse una acción para apartarlo de la partición. De aquí se sigue que por sucesible es preciso entender a aquél que sucede al difunto y que bajo este título es llamado a la partición. Solo cuando el cesionario no es sucesible, el retracto podrá ser ejercido contra él. El espíritu de la ley no deja ninguna duda sobre el principio tal como acabamos de formularlo. Se trata de alejar de la partición a un extraño que es sospechoso de querer penetrar los secretos de familia y de llevar turbaciones o contiendas; ahora bien, como el sucesor del difunto tiene derecho de concurrir a la partición, el retracto no tiene ya razón de ser".

Según este autor, si un heredero ha renunciado antes a la sucesión y después compra los derechos sucesorios de uno de aquellos que ha dejado de ser coheredero con él, podrá ser apartado de la partición a la cual él ya no tiene derecho de concurrir sino solo como cesionario.

El mismo autor niega que "pueda ejercitarse el-

retracto cuando la cesión versa sobre uno o varios objetos determinados de la sucesión y no sobre una porción o parte de una porción hereditaria.

Al señalar este autor los efectos del retracto advierte que éste tiene siempre el carácter de subrogación y aclara que no es ni una anulación de la cesión, ni una retrocesión, puesto que el retrayente toma el lugar del cesionario. De esta manera, el contrato es mantenido; solamente el retrayente es subrogado al comprador, en cuanto a los derechos y en cuanto a las cargas que resultan de la cesión. El retracto no es una nueva cesión que el cesionario haga al retrayente. No hay un nuevo convenio, es la ley que toma el lugar del contrato, permitiendo al heredero colocarse en el lugar del cesionario; basta para esto una simple manifestación de voluntad del retrayente; el consentimiento del cesionario ya no se requiere; si él rechaza recibir el precio de la cesión, el retrayente puede hacerle la oferta real y consignar el precio" (16).

(16) F. Laurent, Principes de Droit Civil Française, -- Tomo X, 4a. edición, Bruselas-París, 1887, Números 341 a 392, págs. 369 a 409.

En nuestro sistema legal puede distinguirse un derecho del tanto "simple" y oponible sólo a terceros -- ajenos y, por otra parte, un derecho del tanto "proporcional" y oponible entre los mismos socios, aunque no -- medie tercero extraño interesado.

En el primer caso, el derecho del tanto constituye un beneficio de preferencia en la adquisición de -- determinados derechos, que los titulares del mismo sólo -- pueden oponer a terceros extraños que no revistan sus -- mismas características, como en el caso de los condueños, de los partícipes de cosa indivisa, de los coherederos, -- del usufructuario o del arrendatario que pretendan adquirir la propiedad, o cuando se trata de la enajenación -- de las partes sociales a terceros extraños en las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple y de responsabilidad limitada.

Acerca de estos casos, que son similares, del -- derecho del tanto respecto de personas extrañas, la Tercera Sala Civil, de la Suprema Corte de Justicia de la -- Nación, en materia de copropiedad, ha establecido la --- jurisprudencia que bajo el número dos aparece publicada -- en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, -- relativo a los años de 1917 a 1975, donde se refiere a -- "terceros extraños". Esta jurisprudencia es como sigue: "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 simple--

mente propalada y cuando está consumada. En el primer caso, los copropietarios pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica la venta directa del propietario enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en segundo caso los propietarios preteridos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador".

En tales circunstancias, los sujetos titulares del derecho del tanto, sólo pueden hacerlo valer cuando la venta de los derechos en cuya adquisición deben ser preferidos, se pretenda realizar en favor de un tercero extraño, en virtud de que el derecho tutelado por la ley al conferirles el beneficio del tanto, solo podría verse desatendido en el supuesto de que sea un tercero quien adquiera, sin habérseles dado la oportunidad previa a aquéllos, de exigir el resguardo del referido interés, a través de permitírseles oponer, oportunamente, la preferencia de que gozan.

En contraposición al derecho del tanto "simple" a que se acaba de hacer referencia, existe también en nuestro sistema legal el derecho del tanto "proporcional" y oponible entre los mismos titulares, aún sin que medie tercero extraño interesado en la adquisición, en virtud del cual los sujetos beneficiados con tal clase de preferencia pueden exigir el reconocimiento de ésta, en la medida que detentan derechos de la misma especie, sin

que, como ya se hizo notar, se requiera la pretensión de un tercero ajeno a la comunidad, como sucede en el caso de las sociedades anónimas, donde la Ley General de Sociedades Mercantiles señala en su artículo 132: "Los accionistas tendrán derecho preferente, en proporción al número de sus acciones, para suscribir las que se emitan en caso de aumento del capital social. Este derecho deberá ejercitarse dentro de los quince días siguientes a la publicación, en el Periódico Oficial del domicilio de la sociedad, del acuerdo de la asamblea sobre el aumento del capital".

El supuesto del numeral antes transcrito es idóneo para ejemplificar el derecho del tanto "proporcional" de que se trata, pues, en primer término, la ley no condiciona la oponibilidad del derecho del tanto a la presencia de un tercero que pretenda adquirir las acciones, y, en segundo término, la interpretación del precepto tampoco permitiría sostener tal posición, ya que es claro que el interés tutelado en el mismo consiste en preservar la comunidad de socios, pero atendiendo al mérito de su colaboración en la consecución de los fines de la sociedad, reflejado en la cuantía de sus aportaciones, lo que obliga a considerar el derecho del tanto de los socios, aún no mediando tercero extraño que se interese en adquirir las nuevas acciones.

También en el Código civil pueden citarse dos - casos más de derecho del tanto, o sea en materia de ---- sociedad civil y a propósito del contrato de aparcería - ganadera, en los dos preceptos siguientes:

"Art. 2706.- Los socios gozarán del derecho -- del tanto. Si varios socios quieren hacer uso del derecho del tanto, les competará éste en la proporción que - representen. El término para hacer uso del derecho del tanto será el de ocho días, contados desde que reciban - aviso del que pretende enajenar".

"Art. 2763.- En el caso de venta de los anima- les, antes de que termine el contrato de aparcería, dis- frutarán los contratantes del derecho del tanto".

Por último, en el derecho marítimo se encuentran disposiciones que consagran el derecho del tanto, como - aparece de los siguientes artículos del Código de Comer- cio:

"Art. 659.- Los propietarios de la nave tendrán preferencia en el fletamento de ella si con anterioridad no se ha contratado con terceras personas, a precio y -- condiciones iguales sobre los que no lo sean; y si concu- rriesen a reclamar este derecho para un mismo viaje dos- o más copartícipes, tendrá la preferencia el que tenga - más interés en la nave; y entre copartícipes que tengan - igual interés en ella, se sorteará el que haya de ser -- preferido cuando no se avengan a fletarla por partes igua- les.

"Art. 660.- La preferencia que se declara en el artículo anterior a los copartícipes de la nave, no los autorizará para exigir que se varíe el destino que por disposición de la mayoría se haya fijado al viaje.

"Art. 661.- También gozarán los copartícipes del derecho de tanto sobre la venta que alguno de ellos pretenda hacer de su porción respectiva, proponiéndolo en el término preciso de los tres días siguientes a la celebración de la venta y consignando en el acto el precio de ella.

"Art. 662. - El vendedor puede precaverse contra el derecho de tanto haciendo saber la venta que tenga concertada a cada uno de los copartícipes, y si dentro del mismo término de tres días no hiciesen uso de aquel derecho, no lo tendrán a hacerlo después de celebrada."

C A P I T U L O VI

DERECHO DE RETRACTO

El derecho real del tanto consiste en la facultad de adquisición preferente de una cosa, por el mismo precio y en idénticas condiciones, en que vá a ser enajenada a otro, háyase o no perfeccionado la venta, y cuyo plazo de ejercicio, si bien comienza desde que se notifique al titular del tanteo, de la oferta de compra en firme o de la compra ya perfeccionada, puede terminar cuando la venta esté ya consumada, es decir, cuando la cosa hubiere incluso pasado a poder de un tercero; pues aunque este hecho no afecta para nada al tanteante, cuyo derecho, por ser real, es "erga omnes", con la posibilidad de ejercitarlo a lo largo de todo el plazo de duración, pero a partir de ese momento es el derecho real de retracto el que propiamente se ejercita para hacer respetar el derecho real del tanto que ha sido conculcado.

Existen coincidencias o notas comunes entre el derecho de tanto y el derecho de retracto porque ambos suponen, frente a la opción, -donde solo juegan dos voluntades, a saber, la del optante y la del dueño, la presencia de estas tres voluntades: la de desprenderse de la propiedad, en la persona del enajenante; la de adquirirla, en la persona del tanteante o retrayente, y la del tercer adquirente. Sin embargo, el derecho de retracto, frente al tanteo, presupone la consumación de la venta al tercer sujeto, mientras que en el tanteo, el tercero aparece como adquirente sólo en potencia. En otras palabras, el ejercicio del retracto trae como resultado por fuerza, dos o más transmisiones, a saber una-

en la que adquiere el tercero y otra en la que adquiere - el retrayente, a diferencia del tanteo que solo requiere una transmisión por virtud de la cual adquiere el tanteante.

Esta importante diferencia, hace que desde un punto de vista funcional el tanteo resulte más conveniente, - en vista de que procura menos molestias y gastos; pero, - en cambio, el retracto proporciona una mayor seguridad jurídica al titular del derecho real de adquisición porque evita la simulación, sea en cuanto a la persona del adquirente en potencia, o bien por lo que toca al precio de -- venta y a las demás condiciones de la enajenación.

En cuanto al factor tiempo, para determinar el -- momento en que operan el tanteo y el retracto cabe observar que la consumación de la venta, que indica normalmente el comienzo del plazo para el ejercicio del retracto, - no coincide necesariamente con la extinción del plazo --- para el ejercicio del tanteo, ya que tal coincidencia puede darse al menos en parte en lo tocante a los plazos --- para el ejercicio de ambos derechos, pero no necesariamente.

El derecho del tanto, de naturaleza real, a la adquisición de una cosa puede ser ejercitado a lo largo de todo el periodo fijado legal o negocialmente, sin importar que la cosa esté o no en poder del dueño originario o de cualquier otro, ya que el dueño de la cosa en cuestión -- tiene el deber de notificar al titular de aquel derecho -

su decisión de vender y el tanto ofrecido o pactado, las condiciones de enajenación y la persona interesada en la adquisición. Solo a partir de esa notificación comienza a correr el plazo para el ejercicio del derecho del tanto, ya que la inactividad del titular durante el transcurso de tal plazo, produce la extinción por caducidad del derecho de referencia.

Narciso Ríaza en su obra clásica "Los Retratos", siguiendo a Antonio Brunetti, considera que los orígenes más antiguos del retracto, se encuentran en el Levítico del Antiguo Testamento, cuyo capítulo --- XXV expresa: "El que vendiere una casa dentro de los muros de una ciudad, tendrá durante el año entero, -- libertad de redimirla... las casas que los levitas -- tienen en las ciudades siempre se pueden redimir".

En este pasaje bíblico se funda el más re--- moto antecedente de los retractos, si bien solo del - retracto legal o establecido por el legislador, y no del retracto convencional, en la inteligencia de que en el pasaje mencionado se estableció una diferencia en cuanto a plazo para el rescate de la finca, puesto que los que no eran levitas gozaban solamente del plazo de un año para rescatar su propiedad, no así los - levitas que no tenían plazo alguno para redimir la -- propiedad que hubieran vendido.

El mismo autor señala que también el derecho

canónico reconoció la licitud del retracto como pacto inserto en el contrato, por no ser contrario a la moral, puesto que expresamente admitían los teólogos -- el llamado "pactum retro-venditionis in gratiam venditores".

En cuanto al Derecho romano también se encuentra en el Código de Justiniano la reglamentación del llamado "de pactis inter emptorem et venditorem compositis", cuyo pacto estaba sancionado por una acción - "prescriptis verbis" (17).

El mismo autor español en su célebre monografía expresa que "es principio general que los retractos son modos especiales de resolverse el contrato de compraventa, y no solo de resolverlo sino de anularlo...

"Es moneda corriente al hablar de los retractos, decir que en ellos hay rescisión del contrato que dá origen al derecho del que retrae; que la acción de retracto para entablarse con eficacia, y por su carácter de real, ha de ser dirigida contra el poseedor actual de la cosa y contra los anteriores adquirentes - hasta llegar al primer comprador, a fin de que puedan ser rescindidas todas las enajenaciones. También es regla de derecho que, entablada la acción y ganada, el

(17) Narciso Ríaza, Los Retractos, Errores dominantes acerca de la materia, Editorial Reus, Madrid, - 1919, págs. 21 a 23.

demandado vencido tiene que otorgar escritura de venta de la cosa que se retrae; que el retrayente ha de consignar el precio que medió en el primer contrato, o, - si es desconocido garantizar su entrega con el abono - de los gastos legítimos y mejoras necesarias y úti---- les... (18)

"Una característica esencial del derecho de retracto, agrega el mismo autor, es que la progenitora del derecho, la voluntad o la ley, obren en cierto -- modo sobre la cosa retraible desde que salió del po-- der del futuro retrayente hasta que vuelve a él; es - decir, que la retroacción ha de ser inmediata y sin - solución de continuidad al desapoderamiento, ya que - no en cuanto al tiempo, sí en cuanto a no haber re--- lación jurídica traslativa de dominio total, completa, ilimitada, por lo menos de una manera lícita. Desde- que se lleva a cabo la enajenación hasta que se ter-- mina el retracto, la ley o la voluntad actúa sobre -- la cosa que se vá a retornar" (19).

A lo largo de su mencionada monografía Narci so Ríaza señala como principios fundamentales en ma-- teria de retracto lo siguiente: 1ª) El derecho de -- subrogarse una persona en lugar del adquirente de la- cosa por compra o dación en pago, indemnizando del pre

(18) Narciso Ríaza, obra citada, págs. 77 y 79.

(19) Narciso Ríaza, obra citada, págs. 85 y 86.

cio satisfecho y respetando las condiciones pactadas.

2ª) El retrayente, forzosamente no interviene en el contrato en que ejercita su derecho, y por tanto, las condiciones a cumplir por él pueden ser, y lo son en la mayoría de los casos ignoradas para el que se obliga a cumplirlas.

3ª) El vendedor o donante (el que hace la dación en pago) desde el otorgamiento del contrato, pierde toda relación inmediata sobre la cosa.

4ª) El nacimiento del derecho está sujeto a la voluntad del vendedor; la efectividad depende del retrayente.

5ª) En su desarrollo ordinario intervienen tres personas, a saber: vendedor, comprador y retrayente.

6ª) El dominio que el vendedor trasmite y por lo que a éste respecta es absoluto, incondicional, irresoluble, por virtud del contrato no puede volver la cosa a sí.

7ª) Solo respecto a inmuebles procede.

8ª) Procede respecto de todas las enajenaciones en que por su naturaleza pueda conseguirse la total subrogación del retrayente en lugar del comprador.

9ª) Se produce una subrogación sui generis, o mejor, una substitución de persona (la del adquirente), naciendo el derecho al verificarse la primera --

venta, dirigiéndose contra el último y actual poseedor de la cosa y permaneciendo inalterable e inatacable -- el contrato respecto del que se ejercita el retracto.

10ª) Se reconoce su existencia: o como respeto a la libertad de contratación, o por razones de interés y utilidad social.

Afirma Castán Tobeñas que "no es el retracto - una institución modelada por el Derecho romano, y quizá procede de éllo la imprecisión técnica con que se muestra en el derecho moderno.-

El propio tratadista español expresa "Podemos definir el retracto legal como el derecho que por ministerio de la ley tienen ciertas personas y en determinadas situaciones, para adquirir la cosa que fué objeto de un contrato de compraventa, subrogándose en el lugar del comprador.

"El Código civil dice en el artículo 1521 que el "retracto legal es el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago". Estas últimas palabras no han de ser tomadas - en sentido limitado: como dice Manresa, siempre que se trate de una transmisión de dominio cuya especial -- naturaleza no impida la subrogación, que es substancia del derecho que estudiamos, el retracto podrá ejercerse provechosamente. Así lo ha confirmado la jurisprudencia, declarando que se dá el retracto legal no solo en-

las enajenaciones a título de venta, sino en las que se hagan por causa distinta, pero a título oneroso - análogo a la misma como sucede en la enajenación a - censo reservativo y en cambio, no procede en las adquisiciones por permuta o por título hereditario...

"El retracto legal, en su especie de retracto familiar o gentilicio, tiene origen antiquísimo, - encontrándose ya en algunos textos del levítico. No obstante, en derecho romano no fué conocido el que - hoy llamamos retracto legal, y fué en la edad media - cuando alcanzó considerable desarrollo en su citada - forma familiar o de sangre, como consecuencia del -- principio de troncalidad. En nuestra patria existían antes de la publicación del código como variedades - de retracto legal el gentilicio, el de comuneros y - el enfitéutico. El código ha suprimido el primero - de ellos, a imitación de lo que habían hecho los --- códigos extranjeros.

"La naturaleza del retracto legal suscita - dos interesantes cuestiones: la de si se trata de una causa de resolución de la compraventa y la de si --- constituye aquél un derecho personal o real.

"La primera cuestión la resuelven en sentido afirmativo la generalidad de nuestros tratadistas y el mismo código civil en el artículo 1506 cuando - expresa que la venta se resuelve, entre otras causas, por el retracto convencional y por el legal. Sin --

embargo, dijo ya Pothier que "el retracto no tiende - nunca a rescindir ni a destruir el contrato, sino a - subrogar en todos los derechos resultantes del mismo - la persona del retrayente a la del comprador sobre -- quien el retracto se ejerce". Y esta doctrina está - mantenida en los tiempos actuales por Planiol, y en - nuestra patria por Riaza.

"El otro problema hay que resolverlo hoy re- conociendo el carácter real de la acción de retrac--- to...

"Es clara, por lo demás, la significación -- social que acompaña a todos los retractos legales.

"El retracto de comuneros se funda en la con- veniencia de que no se perpetúe el estado de proindi- visión y condominio, considerado como antieconómico - y antijurídico, por las dificultades y pugnas a que - dá lugar entre los dueños.

"El código lo regula diciendo que el copropie- tario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos. Cuando dos o - más copropietarios quieran usar del retracto, solo -- podrán hacerlo a prorrata en la porción que tengan en la cosa común".

"Son pues condiciones para que tenga lugar - este retracto: 1o.- Que exista la comunidad de bie- nes y 2o. que se haga la enajenación a un extraño, es

decir, a uno que no sea comunero".

Este mismo autor al señalar las condiciones generales del retracto legal y concretamente las condiciones relativas al demandado expresa "es forzoso para el ejercicio de la acción de retracto que la demanda se enderece no solo contra el primitivo comprador, sino también, conjuntamente, contra el que por compra posterior adquirió la finca objeto del retracto, por no ser lícito declarar la rescisión de las sucesivas enajenaciones a espalda del segundo o tercer adquirente; no siendo, sin embargo, aplicable esta doctrina cuando el retrayente no tiene conocimiento de la segunda transmisión hasta después de terminado el periodo expositivo del juicio, por no haber ya entonces términos hábiles procesales para dirigir la acción contra ambos compradores. (20).

En la misma doctrina española se encuentran fundados argumentos para considerar al tanteo y al retracto como verdaderos "derechos reales limitativos del dominio, pero de adquisición", según los define Clemente de Diego, quien explica que "El tanteo es el derecho real que otorga a su titular preferencia para la adquisición de un inmueble por el tanto en que su dueño pretenda enajenarlo. Como recae sobre cosa específica y determinada, para el caso de -

(20) José Castán Tobeñas, Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo IV, Derecho de Obligaciones, 9a. edición, Editorial Reus, Madrid, 1961, --- págs. 157 y siguientes.

enajenación de ésta, sea cualquiera su dueño, pudiéndose ejercitar, por tanto, contra cualquiera y dirigirse la acción real que produce también contra cualquiera, no hay duda que es un derecho real. Y como restringe la facultad de libre disposición del dueño, porque ya no es árbitro de enajenar su cosa a quienquiera, es un derecho real limitativo del dominio, y yendo enderezado a la adquisición del inmueble en cuestión es de esta índole. Se funda o en la libertad que tienen los propietarios para disponer de lo suyo dentro de los límites de la ley y del orden público, o en la necesidad que desaparezcan ciertos estados excepcionales de la propiedad; de la primera consideración nace el tanteo voluntario libremente concedido por el propietario; de la segunda, el legal otorgado por la ley directamente.

"El retracto es complemento del tanteo para los casos en que no se haya hecho uso de éste, consistiendo substancialmente en la facultad de subrogarse en el lugar del comprador rescindiendo la venta consignada consumada a su favor mediante el abono del precio y demás gastos legítimos. Así como el tanteo se dirige contra el que pretenda vender y mientras tenemos hábiles medios de aplicación antes de la venta, el retracto se dirige contra el comprador después de efectuada la venta. Es convencional y legal: el primero constituye el pacto de retroventa; el -----

segundo es otorgado por la ley en ciertos estados -- de la propiedad; aquél es pacto agregado a la venta- y éste tiene lugar con ocasión de la venta o de la - dación en pago, por lo que se estudian a tratar el - contrato de compraventa". (21).

El mismo autor español expresa más adelante que "el retracto en general es el derecho que compe- te a ciertas personas, por ley o por pacto, para ad- quirir por el mismo precio la cosa que ha sido ven-- dida a otro, rescindiendo el contrato con respecto al comprador en cuyo lugar se subroga. Se desprende -- de este concepto que puede ser legal o convencional, según que proceda de la ley o del pacto".

"Retracto convencional es aquel que procede del pacto agregado al contrato de compraventa, pacto llamado también de retro, por el que el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida me-- diante la entrega del precio, gastos del contrato, - gastos necesarios y útiles hechos en la cosa y cum-- plimiento de lo que se hubiese especialmente pacta-- do.

"En rigor es un pacto resolutorio, por tener una condición de esta índole. En su virtud el vende

(21) Clemente de Diego, Instituciones de Derecho -- Civil Español, Tomo I, Madrid, 1941, págs. --- 444 y 445.

dor no recompra ni el comprador revende. El vendedor no enajenó para transferir por siempre la propiedad, sino para tener el precio que necesitaba y parece como que conserva la propiedad bajo condición suspensiva (será dueño si devuelve el precio y todo lo demás que en la definición se menciona). A su vez el comprador no aceptó el dominio irrevocable, sino resoluble, o pendiente de condición resolutoria (hasta que el vendedor le pague el precio y todo lo demás que hemos anunciado en la definición). Cuando la condición se cumple (es decir, cuando el vendedor pague el precio y todo lo demás, entonces las cosas vuelven al ser y estado que tenían antes de celebrar el contrato, y el comprador se reputa que nunca jamás ha sido adquirente, y el vendedor que nunca ha sido enajenante. Es el efecto retroactivo natural que produce el cumplimiento de la condición.

"Este retracto ha sido objeto de graves censuras:

"1o.- Por ser más propio de la infancia -- del crédito en cuanto contiene una garantía material (la consistente en la entrega de la cosa en propiedad como en la antigua mancipatio fiduciaria del Derecho romano).

"2o.- Por encubrir la mayor parte de las veces un préstamo usurario sin las debidas garantías,

ya que su función en la práctica es la de un mutuo - con crecido interés oculto y garantía pignoratícia. - con pacto comisorio.

"3o.- Por oponerse al libre movimiento de los bienes y aplicaciones racionales del crédito, -- convirtiéndose en obstáculo para el desarrollo de -- la agricultura, ya que el comprador más se cuidará - de esquilmar la cosa vendida que de cultivarla con - esmero.

"4o.- Por ser fuente de litigios sin cuento y fácil instrumento de engaños y de fraude.

"Ha sido defendido en nombre de la libertad de contratación y por no contener en sí mismo nada - que sea contrario al orden público ni a los intere-- ses generales, siendo sus vicios hijos más bien que de su naturaleza, de los defectos de su reglamenta-- ción. Lo que sí puede afirmarse es que su uso y uti-- lidad están en razón inversa de la perfección que al-- cancen la organización del crédito, especialmente el hipotecario. Y como, al fin y al cabo, se trata --- de una condición resolutoria que deja incierta y va-- cilante la propiedad, se ha considerado, y con razón, que debe limitarse la duración de este estado...

"Claro es que el comprador tiene que devolver la cosa con sus accesiones; empero no los frutos- recogidos, porque son compensación de los intereses- del precio.

"El retracto legal... se funda en el deseo - querido por la ley de que termine el estado de indivisión de bienes, característica del condominio y del caudal hereditario, antes de la división y adquisición...

"La naturaleza real del derecho y acción de retracto resulta confirmada por la Ley Hipotecaria...

"En el Código encontramos reglamentado el de comuneros y reconocido el de coherederos y de consorcios.

"Antes existía también el llamado gentilicio, que era el derecho que tenían los parientes más próximos del vendedor, dentro del cuarto grado, para adquirir para sí los bienes raíces de sus ascendientes vendidos a un extraño, ofreciendo al comprador el precio que había dado por ellos. Fundado en el deseo de sostener el prestigio material de la familia, alentado por el espíritu de troncalidad, muy bueno para arraigar la población, y contribuir a la repoblación de los campos, desapareció con su fundamento, máxime cuando fué objeto de seria impugnación por oponerse a la libre transmisión de los bienes...

"Corresponde el de comuneros al propietario de una cosa común (es decir, de la parte indivisa de una cosa común). En el caso de enajenarse a un extraño (es decir, que no sea partícipe en el condominio de esa cosa común) la parte de todos los demás

condueños o de la de uno de ellos. Si dos o más condueños ejercitan este derecho la ley no señala preferencia, sino que el retracto les favorece a prorrata de la porción que tengan en la cosa común. Su fundamento está en que conviene a todo trance que termine el estado de indivisión, por los rozamientos a que dá lugar entre los condueños...

"Sus efectos son: que vencido en juicio el comprador, el retrayente sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones; pero tiene que reembolsar al comprador el precio y demás gastos expresados en el artículo - 1518" (22).

Aparentemente pueden disociarse como dos derechos diferentes el de "tanteo" y de "retracto", pero en esencia son dos momentos o etapas en la vida o en el ejercicio del mismo y único derecho. Así lo reconocen los autores en el Derecho comparado.

"La antigüedad terminológica entre el tanteo -- y el retracto", expresan Alguer y Pérez González que ha propiciado este error tan generalizado, pero agregan que "si bien las palabras tanteo y retracto no son rigurosamente sinónimas, está fuera de duda que el tanteo, cuando se usa este vocablo en nuestras leyes, comprende genéricamente ambos derechos, por tender a igual finalidad, o sea a la preferencia que aquéllos conceden en algunos casos a determinada persona para adquirir por el mismo precio la cosa vendida, de tal suerte que a quien tiene-

(22) Clemente de Diego, obra citada, tomo II, Madrid, - 1930, págs. 179 a 182.

el derecho de tanteo asiste también el de retraer, --- porque si así no fuera el fin de aquél podría fácilmente eludirse por el obligado al aviso y quedaría sin eficacia la preferencia, para corregir la cual puede ejercitarse la acción lo mismo ofreciendo el tanteo antes de la consumación de la venta que intentando el retracto de la finca ya vendida" (23).

Este mismo criterio ha sido sustentado en la doctrina alemana al definir "el derecho real de tanteo como un derecho real sobre un inmueble en virtud del cual la persona a cuyo favor se da está facultada frente al propietario para la compra preferente, es decir, que, en caso de venta del inmueble a un tercero, el titular puede producir mediante una declaración dirigida al propietario, que éste venga obligado a transmitirle el inmueble, quedando obligado por su parte el titular al pago del precio convenido con el tercero". Y a continuación de este concepto general se señala el origen de este complejo derecho de tanteo-retracto en estos términos:

"El derecho real de tanteo deriva del derecho germánico medieval. Los derechos adquisitivos atribuidos por ley a los parientes y colindantes (derechos de los propincuos) en la Edad Media, constituyen un residuo --

(23) Notas y comentarios de Derecho español por Alguer y Pérez González al Tratado de Derecho Civil de L. Enneccerus, Kipp y Wolff, Tomo III, Derecho de las Cosas, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1937, págs. 143.

de la propiedad común de los miembros de las familias -- y de los municipios sobre el suelo e inmuebles, que se supone existía en el antiguo derecho.

"Cuando la antigua propiedad colectiva empezó a ceder ante la propiedad individual, los derechos de señorío de los que antes fueron comuneros se manifestaron, primeramente, en forma de derechos de señorío negativo, de suerte que, por ejemplo, los próximos parientes o los vecinos del propietario podían impedir, con su oposición, toda enajenación de la finca. En el derecho medieval, este derecho a oponerse a la enajenación de cosa ajena, se debilita gradualmente hasta quedar reducido a un derecho de carácter legal, en virtud del cual el titular no puede ya impedir que se enajene la cosa, sino que únicamente está facultado a adquirirla en caso de venta, asumiendo las obligaciones del comprador. Tiene, por tanto, un derecho preferente al de los extraños para adquirir la cosa por compra: puede "apartar" al extraño y "rescatar" la cosa de sus manos".

Por otra parte, en la misma doctrina alemana se esclarece con gran precisión el contenido esencial de este derecho complejo en la forma siguiente:

"El derecho real de tanteo, análogamente al derecho subjetivo de expropiación, pero análogamente también al derecho real de apropiación, es un gravamen de la cosa que no da al titular un derecho actual a intervenir en la cosa, ni un derecho a satisfacerse sobre la-

cosa sujeta, sino un derecho a adquirirla.

"Se distingue del derecho de apropiación en que no es un derecho a adquirir mediante acto propio, sino - que produce una pretensión a la transmisión; del derecho de expropiación, porque la pretensión a la transmisión - no es de carácter público ni se da contra el Estado, --- sino que es una pretensión de derecho privado contra el propietario, toda vez que la pretensión de transmisión - está condicionada al ejercicio de un derecho potestativo condicional.

"El contenido del derecho real de tanteo, de un - modo análogo al derecho personal, es el siguiente:

El derecho de tanteo concede al titular un de-- recho condicional de formación. El titular, mediante -- una declaración unilateral de voluntad (no sujeta a forma) puede producir que su contrario quede obligado a transmi-- tirlle el inmueble. El contrario (a diferencia de lo que sucede en el derecho personal de tanteo) lo es, no el -- concedente del derecho, sino el propietario del inmue--- ble....

"El derecho potestativo de formación está condi-- cionado a que el propietario venda válidamente a un ter-- cero" (24).

(24) L. Ennecerus, T. Kipp y M. Wolff, Tratado de Dere-- cho Civil, Tomo III, Derecho de las Cosas, Vol. -- II, Bosch, Barcelona, 1937, págs. 133, 137 y 138.

Son muy variadas las concepciones o construcciones jurídicas acerca de la naturaleza o los efectos del retracto, como lo advierte la doctrina.

"Para fijar los efectos del retracto, dice Mazeaud, la lógica querría que se eligiera entre uno de los dos -- sistemas siguientes: o bien se considera que existen dos cesiones sucesivas: la primera, voluntaria, de cedente al cesionario sujeto al retracto; y la segunda, forzosa, --- del sujeto al retracto al retrayente; dentro de esta concepción, cada una de las dos cesiones producirá sucesivamente sus efectos. - O bien se considera que la cesión - hecha al cesionario sujeto al retracto se invalida por -- el retracto; no hay, pues sino una sola cesión: del ce-- dente al retrayente; esa sola surtirá efectos. - Pero -- ni uno ni otro sistema se encuentran admitidos en su in-- tegridad.

"En principio, hay que referirse al segundo: retro actividad del retracto, desaparición de la cesión hecha - al sujeto al retracto. - Este último, por tanto, se considera que no ha sido jamás titular de los derechos rea-- les. - Se desvanecen todos los derechos que haya podido consentir por sí mismo sobre el bien cedido. Debe res--- tituirle al retrayente los frutos percibidos. - El fisco no podrá percibir dos veces los derechos de transmisión de bienes. La garantía no se la debe al retrayente el suje- to al retracto sino el cedente.

"Sin embargo, la primera cesión no desaparece por completo: continúa surtiendo efecto en cuanto a la obligación de pagar el precio. El sistema de la retroactividad quería que el sujeto al retracto, que se --- considera que no ha comprado, no sea deudor del precio al cedente y que pueda conseguir que se le restituya -- cuando lo haya abonado; tan solo el retrayente debería ser el deudor del precio, y debería serlo con respecto al cedente. Ahora bien, no ocurre nada de eso: el --- sujeto al retracto permanece obligado a pagar el precio al cedente, y el retrayente le debe reembolsar ese precio, con los intereses, al sujeto al retracto.

"Así, el retracto no se presenta ni como una segunda cesión por el sujeto al retracto a favor del -- retrayente ni como una anulación o una resolución de -- la primera cesión. No se trata tampoco de una subro--- gación del retrayente, que habría pagado por el sujeto al retracto, en los derechos de éste" (25).

Sin embargo, la anterior interpretación tiene su fundamento en el texto especial del siguiente artículo 841 del Código de Napoleón "Toda persona, incluso pariente del difunto, que no sea sucesible (llamado --- a la sucesión), y a la cual le hubiera cedido un ---

(25) Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, Parte Cuarta, vol. IV, traducción de Alcalá Zamora, Buenos Aires, 1965, núm.- 1615, pág. 19 y 20.

coheredero su derecho a la sucesión, puede ser excluido de la partición, ya sea por todos los coherederos, ya sea por uno solo, reembolsándole el precio de la cesión".

Entre nuestros tratadistas de la materia, a pesar de las expresiones inexactas o poco felices que usa el Código civil, se ha sostenido que en realidad se trata en la acción de retracto de una verdadera subrogación personal, por virtud de la cual el retrayente substituye al tercer adquirente y ocupa legalmente el lugar de éste en sus relaciones jurídicas con el sujeto al retracto, - y, por tanto, no hay propiamente una escueta y común acción de nulidad por virtud de la cual simplemente devuelva el tercer adquirente el bien al sujeto al retracto -- y éste a su vez le reintegre el precio recibido a cambio de este bien, con arreglo al principio general contenido en esta norma del artículo 2239 del citado ordenamiento subsiguiente: "La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado".

Así lo expresa con razón el profesor Araujo Valdivia:

"La acción de retracto es susceptible de extinguirse por prescripción y si por virtud de ella se nulifica la venta celebrada con el tercero extraño a la co-- propiedad, 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 el comprador devuelva el precio al vendedor y éste recupere la propiedad de la cosa sino que, por virtud del retracto, el copartícipe actor se subroga en los derechos del comprador de modo que a éste le devuelva el precio y sea éste quien le entregue la cosa. Se trata en consecuencia de una nulidad con efectos especiales que la distinguen de la generalidad de las nulidades. Esta es la causa por la cual el texto de la ley que establece que mientras no se haya hecho la notificación relativa al derecho del tanto la venta no producirá efecto legal alguno, no debe tomarse en cuenta literalmente sino tener en consideración que el interés de la ley es el de evitar la intromisión de un extraño en la comunidad, cuya participación en la cosa común pueda crear problemas mayores que los que ya por sí mismo crea frecuentemente el estado de indivisión. Por otra parte, también persigue como fin mediato el evitar la prolongación del estado de copropiedad. Puede decirse que tiene por fin proteger los intereses privados de los copropietarios y no pretende tutelar el orden público, pues si bien es verdad que la ley está interesada en que no se prolonguen los estados de indivisión, también es verdad que no establece imperativamente la obligación de terminarlos, por lo que si bien la acción de retracto tiene por objeto hacer posible que el preterido adquiera la parte alícuota enajenada en favor de tercero, también lo es que la ley no lo obliga a ejercitarla, de tal modo que es el --

titular del derecho quien debe decidir acerca de su ejercicio. De todo esto puede concluirse que las normas relativas al derecho del tanto son de interés privado y -- que la nulidad a que se refiere la ley es susceptible de extinguirse por confirmación y por prescripción, según -- se establece en el citado amparo y en la tesis que aparece en la página 1706 del Tomo XCIX del Semanario Judicial de la Federación". (26).

A igual conclusión se llega al final un importante estudio monográfico sobre la misma materia:

"Como derechos de tanteo o compra preferente, -- están sujetos para su ejercicio, a la condición de que -- el propietario de la cosa a ellas sujeta, pretenda enajenar a un tercero.

"Contienen, pues, implícitamente, la obligación -- a cargo del que pretende enajenar, de colocar al titular del tanteo en situación de ejercitar su derecho, notificándole para ello la enajenación que se pretende realizar y las condiciones de ella.

"La notificación requiere, de acuerdo con la ley para producir sus efectos, ser hecha en forma especial, -- es decir, ante notario o judicialmente.

"Dicha notificación, marca para el titular, la -- iniciación del plazo para ejercitar su derecho, plazo -- al que nuestro Código vigente ha consignado una duración de ocho días, y que resulta de suma prudencia, dadas las perturbaciones económicas que se producirían, por mante-

(26) Luis Araujo Valdivia, Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones, Cajica, Puebla, 1965, cap. XXI, núm. 6, págs. 275 y 276.

ner la propiedad en suspenso, un plazo demasiado largo.

"Durante el transcurso del plazo, el titular -- del derecho, deberá tantear la cosa ofreciendo, como -- dijimos, el mismo precio que el tercero.

"Cabe considerar, la hipótesis en que el obli-- gado, omitiendo la notificación, venda ocultamente a un tercero. A este respecto la posición de nuestras leyes ha variado.

"Durante la vigencia del Código de 70, hemos -- visto que se concedía al titular una acción rescisoria, que en los códigos de 84 y 28, pasa a ser una sanción -- legal que produce la nulidad relativa del acto.

"Las finalidades logradas por la rescisión o -- por la nulidad relativa, resultan para nosotros análogas a las que produciría un derecho de retracto, medio usa-- do por el derecho español, evidente informador del me-- xicano en la materia, para dotar de efectividad al dere-- cho de tanteo, cuya violación resulta fácil, dado lo -- fácil que resulta ocultar una enajenación.

"En nuestro caso, pues, rescisión o nulidad, -- conducen, al igual que retracto, a que el titular del -- derecho de tanteo violado, haga válidamente la cosa --- suya". (27)

(27) Gastón Solana Carrillo, Notas para un Estudio --- acerca de los Derechos de Tanteo y de Retracto, -- México, 1944, págs. 60 y 61.

En suma, la falta de la notificación, hace que los condóminos o en su caso los coherederos tengan derecho de rescatar la cuota del adquirente extraño y de -- todo sucesivo causahabiente, mientras dure el estado de comunidad o copropiedad hereditaria, por lo que el derecho de prelación tiene en estos casos eficacia real.

Este derecho de prelación y el consiguiente retracto sucesorio se aplican solamente cuando se enajena la cuota entera o una porción de ella, pero no en cambio en la enajenación que se haga por el coheredero de su derecho sobre bienes hereditarios singulares (28).

(28) Alberto Trabuchi, *Instituzioni di Diritto Civile*, 15a. Edición, Padova, 1966, núm. 400, pág. 931 y-937.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA. - La sola obligación de no enajenar - no produce en caso de incumplimiento la nulidad de la -- enajenación indebida, sino sólo genera la responsabili-- dad de pagar daños y perjuicios como ocurre con la falta de cumplimiento a una obligación de no hacer.

SEGUNDA. - El derecho escueto de preferencia - para adquirir un determinado bien, puede ser, en general, frente a cualquier posible adquirente o sólo en relación con ciertos posibles adquirentes, y la infracción en --- cualquiera de estos dos supuestos solo da lugar a una -- acción de daños y perjuicios, pero no afecta a la validez de la enajenación respectiva.

TERCERA. - El derecho real de adquisición pertenece al género de derechos reales limitados en contraste con el dominio que es un derecho real pleno o total, - y dentro de los derechos reales limitados recae no sobre las facultades de uso o de disfrute sobre una cosa, sino sobre la facultad de disposición sobre la cosa, distin-- guiéndose en este último caso de los derechos reales de garantía porque la disposición se ejerce en favor del -- propio titular del derecho en cuestión y no en favor de un tercero para cubrir con su producto un determinado -- crédito.

CUARTA. - El derecho real de adquisición puede tener su fundamento en cualquiera de estas fuentes:

a) En un negocio jurídico, como ocurre en la -
promesa de venta cuando se enajena la cosa en favor de -
persona distinta del promisorio y el adquirente es de --
mala fe o a título gratuito.

b) En un texto expreso de la ley, como sucede-
en la copropiedad, en la comunidad hereditaria, en el --
arrendamiento de localidades bajo régimen de condominio,
en la sociedad civil y en la aparcería ganadera.

QUINTA. - La violación al derecho real de ad--
quisición produce la ineficacia jurídica de la enajenación
hecha a un no titular de ese derecho y para el efecto de-
que el titular se subroga en igualdad de condiciones --
en lugar del adquirente.

SEXTA. - Consiguientemente, el derecho real del
tanto y el derecho de retracto son solo dos fases en la -
vida del mismo derecho real de adquisición.

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

Arce y Cervantes José, Derecho del tanto de los copropietarios, Revista de Derecho Notarial, año XII, No. 33, --- octubre de 1968.

Araujo Valdivia Luis, Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones, Cajica, Puebla, 1965.

Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, 2a. edición, Porrúa, México, 1953.

Borja Soriano Manuel, Revista El Foro, Barra Mexicana de Abogados, Tomo X, abril a junio de 1928.

Calva Esteban y Francisco de P. Segura, Instituciones de Derecho Civil según el Código del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Tomo III, De los Contratos, México, 1884.

Castán Tobeñas José, Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo IV, Derecho de Obligaciones, 9a. edición, Editorial Reus, Madrid, 1961.

Castro y Bravo Federico de, Derecho Civil de España, Tomo I, Edición Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

Diego Clemente de, Instituciones de Derecho Civil Español, Tomo I, Madrid, 1941.

Díez-Picazo Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. II, Madrid, 1978.

Díez-Picazo Luis y Antonio Gullón, Sistema de Derecho -- Civil, vol. III, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.

Enneccerus L., F. Kipp y W. Wolf, Tratado de Derecho --- Civil, tomo 3^a, vol. I, Bosch, Barcelona, 1936.

Enneccerus L., T. Kipp y M. Wolff, Tratado de Derecho -- Civil, Tomo III, Derecho de las Cosas, Vol. II, Bosch, - Barcelona, 1937, págs. 133, 137 y 138.

Ferrara Francisco, Tratado de Derecho Civil Italiano, -- tomo I.

García-Amigo Manuel, Derechos Reales de Adquisición en - Revista de Derecho Privado, Madrid, febrero 1976.

García Goyena Florencio, Concordancias, Motivos y Comen- tarios del Código Civil Español, Madrid, 1852.

Laurent F., Principes de Droit Civil Francaise, Tomo X, - 4a. edición, Bruselas-París, 1887.

Macedo Miguel S., Datos para el Estudio del Nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja Cali- fornia, México, 1884, págs. 112 y 113.

Mateos Alarcón Manuel, Estudios sobre el Código civil -- del Distrito Federal, Tomo V, México, 1896.

Mateos Alarcón Manuel, Estudio sobre el Código civil del Distrito Federal, tomo VI, México, 1900, págs. 550 a 552.

Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, Parte tercera, vol. III, Buenos Aires, 1962.

Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, Parte Cuarta, vol. IV, traducción de Alcalá Zamora, Buenos Aires, 1965.

Pérez González Blas y José Alguer, Notas y comentarios de Derecho español al Tratado de Derecho Civil de L. -- Enneccerus, Kipp y Wolff, Tomo III, Derecho de las Cosas, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1937.

Riaza Narciso, Los Retractos, Errores dominantes acerca de la materia, Editorial Reus, Madrid, 1919.

Sánchez Medal Ramón, De los Contratos Civiles, 5a. edición, Porrúa, México, 1980.

Solana Carrillo Gastón, Notas para un Estudio acerca de los Derechos de Tanteo y de Retracto, México, 1944.

Trabuchi Alberto, Istituzioni di Diritto Civile, 15a. Edición, Padova, 1966.