

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**EL DERECHO DEL TANTO EN LA  
LEGISLACION POSITIVA MEXICANA**

**T E S I S**

**JOSE EMILIO LOPEZ CORRES**

México, D. F.

1967



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

**A mis padres, guía moral y  
espiritual en mi vida y a  
quienes debo mi formación  
humana y profesional.**

**A mis maestros y en especial al  
Lic. Leopoldo Aguilar Carbajal,  
sin cuya dirección no habría sido  
posible la elaboración de esta  
tesis.**

# I N D I C E

## INTRODUCCION

### CAPITULO I - ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO DEL TANTO.

- I. - En el Derecho Romano.
- II. - En la Legislación Española hasta las Siete Partidas.
- III. - En la Novísima Recopilación.

### CAPITULO II - ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO DEL TANTO.

- I. - En el Proyecto de Código Civil Español de D. Florencio García Goyena.
- II. - En el Código Civil de 1870.
- III. - En el Código Civil de 1884.

### CAPITULO III - EL DERECHO DEL TANTO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE.

- I. - Cuadro general en la reglamentación de nuestra figura.
- II. - Diferenciación del derecho del tanto respecto de otras instituciones.
- III. - Estudio de las especies del derecho del tanto propiamente dicho.
- IV. - Análisis de la acción de retracto.

#### **CAPITULO IV - EL DERECHO DEL TANTO COMO OBLIGACION "PROPTER REM".**

- I. - Planteamiento del problema de la diferenciación de las obligaciones .**
- II. - Teoría de M. Michon sobre la obligación real .**
- III. - Solución de Baudry-Lacantinerie y Bonnecase .**
- IV. - Aplicación de las doctrinas a nuestra figura .**

#### **CAPITULO V - NATURALEZA DEL DERECHO DEL TANTO.**

- I. - Análisis gramatical y consideraciones jurídicas sobre el concepto .**
- II. - Características esenciales de la institución .**
- III. - Definición propuesta .**

#### **CONCLUSIONES**

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

La presente tesis trata de estudiar y analizar en sus elementos principales una institución jurídica que al igual que muchas otras que se encuentran reconocidas por los ordenamientos positivos, tuvo su origen en el Derecho Romano, del cual fue tomada posteriormente por diversas legislaciones en razón de la importancia que reviste, incluida la española que resulta el antecedente histórico inmediato de la reglamentación del derecho del Tanto en nuestra Legislación Positiva.

El derecho del tanto es pues, una institución jurídica de sumo arraigo en el campo del Derecho y su importancia estriba en que ha estado siempre unida al derecho de propiedad, cuyo completo disfrute ha sido el objetivo y finalidad primordial.

Sin embargo, en nuestros Códigos Civiles han sido instituídas varias figuras que a pesar de parecer idénticas al derecho del tanto, en realidad difieren en la naturaleza y los fines propuestos para éste, y ha sido la particular intención de este trabajo, el hacer una diferenciación clara aunque somera de nuestra institución, con respecto a las figuras jurídicas que le son afines, para el efecto de que ya no persista la confusión a que induce la actual reglamentación del derecho del tanto.

En esta virtud, el presente y sencillo trabajo elaborado alcanzará la meta propuesta, al despertar la inquietud en los tratadistas y estu-

II.-

**diosos de la ciencia jurídica, para profundizar en el tema sobre el cual se ha realizado la tesis que ahora se presenta.**

## CAPITULO I

### ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO DEL TANTO

- I. - En el Derecho Romano.
- II. - En la Legislación Española hasta las Siete Partidas.
- III. - En la Novísima Recopilación.

I. - El origen más probable del Derecho del Tanto, como es conocido en la legislación mexicana positiva, es la institución romana que se denominó Jus Pre-emptio, la que traducida al castellano puede ser Derecho de antes de comprar, lo que nos puede dar una idea muy semejante al concepto con el que actualmente figura en nuestros ordenamientos positivos.

Donde por primera vez se hacen referencias al Jus Pre-emptio es en la reglamentación de la época imperial, precisamente en la llamada época clásica del Derecho Romano, en las llamadas "Sentencias de Julio Paulo", debidas al eminente jurisconsulto del mismo nombre que vivió durante el imperio de Alejandro Severo (222-235 D.C.).

Sin embargo, tanto en esa reglamentación como en el Código de Hermogeniano, el que consiste en una compilación de constituciones imperiales del año 291 al 365 D.C., las disposiciones en ellos contenidas son muy

vagas y dispersas en cuanto al Jus Pre-emptio, siendo en cambio la época de los emperadores Maximiano y Diocleciano, a fines del Siglo III D.C. en la que tuvieron vigencia diversas disposiciones tendientes a abrogar la institución que estudiamos, la que resulta entonces, obviamente pre-existente.

Entre dichas disposiciones podemos citar las leyes que eliminaron del campo de aplicación los derechos de los coherederos, para adquirir preferentemente cuotas hereditarias, así como también, los derechos de los copropietarios para adquirir los predios comunes, antes de cualquier extraño interesado en comprarlos (C. 8. 55. 3 y C. 8. 55. 6).

Asimismo, en el Código Teodosiano del año 391 se eliminó el Jus Pre-emptio, para volver a aparecer en una constitución del año 415, confirmandose su existencia por el Código de Justiniano del año 528.

El tratadista Levy en su obra titulada "Westroman Vulgar Law", explica que muy posiblemente la desaparición del derecho mencionado se debió a un descuido en el Código de Teodosio, y no por un intento de diferenciación entre el Derecho Romano de Oriente y el de Occidente.

De lo que se desprende que la reglamentación de la institución a estudio, resultaba un tanto obscura y sin una intención clara de dejar persistir en los ordenamientos romanos la figura jurídica que se comenta, posiblemente a causa de que desde los comienzos del Siglo IV de nuestra era, comenzó

la división de los imperios y el Derecho sufrió un estancamiento hasta el imperio de Justiniano, quien restituyó la brillantez de las instituciones jurídicas romanas dando al Derecho un nuevo esplendor.

Es en la legislación justiniana precisamente, en donde encontramos ya instituido clara y concisamente el Jus Pre-emptio, respecto de dos situaciones jurídicas: la enfiteusis y la propiedad rural.

En la primera, que puede definirse como un derecho real constituido sobre un inmueble fructífero, representado por el uso y disfrute de la finca a cambio de una pensión anual o canon, existía en favor del nudo propietario el Jus Pre-emptio, en caso de que el enfiteuta quisiera vender ese derecho de uso y disfrute.

La reglamentación romana del Jus Pre-emptio respecto de la enfiteusis fue la más completa, y aún hoy en día se observan las mismas disposiciones en su parte esencial, en algunas legislaciones positivas de países que siguen la tradición jurídica romana.

Dicho derecho preferencial estaba consagrado a favor del señor del directo dominio, o nudo propietario, en caso de que el enfiteuta quisiera hacer venta de la enfiteusis y debía ejercerlo en un plazo de dos meses posteriores a la notificación, la que era obligatoria de efectuar por el enfiteuta, dando a conocer el precio y condiciones que ofreciese el tercero interesado

en adquirir dicha enfiteusis, para el efecto de que el nudo propietario pu  
di  
se adquirirla en las mismas circunstancias.

Ahora bien, en caso de que el dueño del directo dominio no ejerci-  
tase su derecho, tenía derecho en caso de venta de la cosa a un tercero, al  
laudemium el que consistía en un sobreprecio equivalente a un dos por ciento  
del precio en que se hubiese vendido la enfiteusis, a guisa de recompensa  
por haber consentido la venta y aceptado al nuevo enfiteuta.

Se ha considerado por algunos romanistas que el laudemium era un  
obstáculo para la libre transmisión de los bienes, por lo oneroso que resul-  
taba siempre el pagar un sobreprecio sobre la compra efectuada, pero es  
muy de tomarse en cuenta que resultaba una defensa en favor del nudo propie-  
tario, para el caso de que comprador y vendedor simulasen un precio exce-  
sivo para hacer nugatorio el Jus Pre-emptio ya que el señor del directo domi-  
nio tenía que dar la misma cantidad que supuestamente ofrecía el comprador.  
Entonces, al no estar en condiciones de pagar dicho precio, dejaba de ejer-  
citar su derecho, pero quedaba resarcido, aunque parcialmente, al percibir  
un mayor porcentaje sobre la venta realizada.

Sin embargo, en caso de que la maquinación se descubriese, la san-  
ción consistía, en la pérdida de la enfiteusis, ya que las leyes romanas eran  
especialmente severas en caso de deshonoradéz en los contratos o actos jurí-  
dicos, sanción que también se aplicaba en caso de falta de notificación de la  
venta al nudo propietario.

Según el eminente tratadista Glück, en su laborioso Comentario a las Pandectas, el Jus Pre-emptio solamente se presentaba con relación a la venta, y no en la permuta, donación, legado, herencia y los demás contratos romanos y esta opinión encuentra apoyo en los autores de la Escuela de Bourges, entre ellos Cuyacio, quienes estudiaron las instituciones jurídicas romanas, por su interés histórico y sociológico, más que por su aplicación práctica a los ordenamientos de su época.

Asimismo, afirma dicho tratadista que el derecho contenido en el Jus Pre-emptio no implicaba también el de aprobar o desaprobar al nuevo enfiteuta, y es así que si se efectuaba la venta de la enfiteusis a un comprador distinto del primero que deseaba adquirirla, en el mismo precio que se hubiese señalado, dicha venta resultaba perfectamente válida y no podía ser nulificada por el nudo propietario.

Por otra parte, señala dicho romanista al comentar las disposiciones relativas al Jus Pre-emptio que como la sanción de la falta de notificación era la pérdida de la enfiteusis, revestía gran importancia práctica el saber desde qué momento se incurría en tal sanción añadiendo al respecto que el Usus Modernus Pandectarum decidió que hasta el momento de la tradición, o entrega física de la cosa el vendedor podía hacer la notificación sin violar la Ley, esto es, que en una compraventa sin notificación el nudo propietario no podía revocarla sino hasta que la enfiteusis fuese realmente transmitida.

Contrariamente a lo sostenido por Glück a este respecto, opina el romanista Leyser en sus *Meditaciones ad Pandectas*, conocido solamente por referencias del primero, que la notificación podía hacerse aún después de la entrega del inmueble enfitéutico, pero siempre antes de que el nudo propietario hubiese manifestado su deseo de revocar la venta efectuada; si éste deseara hacer valer su derecho preferencial la venta era nula y el vendedor quedaba obligado a entregar al comprador el precio que hubiese recibido, más los daños y perjuicios que se le hubiesen causado.

Esta solución resultaba indudablemente, mucho más justa que la pérdida de la enfiteusis, ya que en este último caso, la sanción era más onerosa en perjuicio del tercero adquirente, porque era éste quien en todo caso, perdía la enfiteusis, aunque claro está, podía hacer valer la evicción en contra del vendedor.

Leyser sin embargo, se encontraba sin ningún apoyo de su opinión, según se desprende de lo expuesto por Glück, existiendo en cambio, otra corriente de tratadistas que tomaron la posición contraria, es decir, la de que la revocación procedía ya, desde el momento en que se hubiese celebrado el contrato, aunque la traditio no se hubiese todavía efectuado; empero, esta tesis carece de fundamento, en razón a que la notificación tenía como condición de existencia que el precio ya se hubiese fijado y como la compraventa justiniana y del *Usus Modernum Pandectarum* era eminentemente consensual, antes de la celebración del contrato no podía hacerse la notificación, por no estar todavía perfeccionado el acto jurídico, por el objeto y el precio.

De lo expuesto se desprende que la opinión más digna de ser tomada en cuenta es la de Glück, aunque la solución más justa, pero carente del rigorismo romano, y por tanto inaplicable, es la de Leyser en la que pese a su falta de adecuación, quedaban resarcidos perfectamente el nudo propietario, el comprador y el vendedor.

Efectivamente, el nudo propietario podía hacer valer su derecho preferencial, con lo que podía adquirir la enfiteusis; en seguida, el comprador también quedaba satisfecho con el pago de los daños y perjuicios, además del precio en que hubiese comprado la enfiteusis; y por último, el vendedor no resultaba tan seriamente perjudicado, como en el caso de que tuviese que responder de la evicción ante el comprador, teniendo solamente que cubrir los daños y perjuicios que le hubiese causado.

Por lo que respecta a la propiedad rural, existía el Jus Pre-emptio en favor de los habitantes de aldeas y comunidades rurales consistente en la facultad legal de adquirir los terrenos pertenecientes a la comunidad, antes que cualquier tercero interesado en hacerlo, y dichas disposiciones según Levy, autor ya citado, provienen de algunas costumbres orientales que se observaban en el territorio del imperio romano.

Con lo que concluimos que el Jus Pre-emptio romano tenía desde la legislación justiniana una reglamentación ya específica, pero al ser trasladada la institución a las leyes españolas se transformó en dos figuras

jurídicas, o dos aspectos del mismo derecho, los que en un principio no estuvieron claramente diferenciados, siendo hasta posteriores reglamentaciones en que se hizo una distinción entre esas dos instituciones las que tomaron el nombre de tanto y retracto, según las condiciones y formas del derecho preferencial que tomasen al ser ejercitadas.

El Jus Pre-emptio romano en consecuencia, fue el origen de la institución netamente española que es el derecho del tanto, o de tanteo, como originalmente fue denominado, así como de la acción de retracto que está reconocida en nuestra jurisprudencia aplicable en Materia Civil.

Posterior en el tiempo a la Romana, resulta la Legislación Española en materia civil, pero es innegable que conserva marcado tinte romanista en infinidad de figuras jurídicas pertenecientes a dicha Legislación, de donde posteriormente fueron trasladadas a nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, primeros ordenamientos de dicha índole de la República Mexicana.

Es conveniente entonces, hacer una exposición, aunque sea breve de los Ordenamientos Civiles Españoles, desde el Fuero Juzgo del año 654 D.C., hasta la Novísima Recopilación del año 1804.

II. - Entre las primeras Codificaciones hechas para regir en el territorio de la antigua Hispania tenemos en lugar preponderante al Liber Judicorum o Libro de los Jueces, más conocido como el Fuero Juzgo, compilación de leyes, efectuada alrededor del año 654 bajo el reinado de Rescesvinto y en la que se aprovecha el Código de Eurico, el que fue ampliado por el rey Leovigildo, añadiéndose más de 99 leyes del rey Chindasvinto y otras más publicadas bajo el mandato del compilador.

Este cuerpo legal tuvo una marcada influencia del Derecho Romano de la Epoca Vulgar, esto es, de la época comprendida entre los Siglos IV y VI, de nuestra era, como también la tuvo el Breviario de Alarico, codificación del año 504 D.C., por lo que el Jus Pre-emptio como institución eminentemente justiniana, no se reglamentó, probablemente por no ser conocida por el pueblo visigodo que desde el año 409 D.C., habitaba en la actual España.

Con la derrota del rey D. Rodrigo en la batalla del Guadalete por los sarracenos, terminó el dominio visigodo sobre la Península Ibérica, y en consecuencia, también su cultura e instituciones, entre ellas las jurídicas, siendo substituídas por las del Islam, hasta la Reconquista, en que nuevamente surge dentro del ámbito jurídico el Fuero Juzgo, como Derecho común, hasta la Siete Partidas del rey D. Alfonso X el Sabio.

Posteriormente, en plena época de la Reconquista, hace su aparición el Ordenamiento Legal denominado Fuero Viejo de Castilla, cuyas primeras Leyes fueron mandadas coleccionar por el rey Alfonso X de Castilla en el año 1212, a solicitud de los nobles del reino, para el efecto de que siguiesen conservando sus privilegios, provenientes de haber sido los principales colaboradores de la Corona, en la Reconquista de las Ciudades Castellanas, de manos de los moros.

Dicho cuerpo legal fue solamente vigente para los fijos-dalgo y potentados de la nobleza castellana, y existían en él, tantos privilegios en favor de dicha clase que no existió aprobación para su vigencia, sino hasta las reformas y correcciones efectuadas por orden del rey D. Pedro I en el año de 1356, coexistiendo junto a éste, el Fuero Juzgo que como antes se expresó, regía como Derecho Común.

Resulta importante el comentario de las disposiciones correspondientes al Fuero Viejo, pese a que eran vigentes para un determinado grupo social, por ser las primeras leyes en las que encontramos el equivalente español del Jus Pre-emptio Romano, como se desprende de la lectura de los párrafos III y IV del Título I que trata "De las vendidas e de las Compras", correspondiente al libro IV del Ordenamiento legal en cuestión.

La norma contenida en la primera de dichas disposiciones, puede sintetizarse como sigue:

Toda persona que vendiese su heredad consistente en patrimonio o abolengo, y la misma la quisiese adquirir algún pariente de aquél, "tanto por tanto", es decir en el mismo precio que se ofreciere, podía tener la heredad si no se hubiesen pagado por el comprador "el camino", o sea, la carta de aceptación por la que se ratifica el contrato y el precio estipulado, debiendo el pariente hacer un juramento consistente en que deseare para sí la heredad, y no para otra persona, pagando ante testigos dicho precio, el camino y los sueldos, o sean los gastos que se hubieren efectuado por el comprador.

En el caso contrario, esto es, si el comprador hubiese entregado el precio de la heredad y el equivalente de la carta de aceptación, la propiedad no podría ser adquirida por el pariente.

La siguiente disposición complementa la anterior, ya que en la misma se agrega que si la venta se efectuó en un cementerio de iglesia era perfectamente válida, a menos que viniese algún pariente deseando ejercitar su derecho preferencial y para ello demandase adquirir la heredad, dentro de un término de nueve días, contados a partir del de la venta, dando lo que costó, con lo que podía adquirirla, rescindiendo la venta efectuada en favor de la iglesia o cementerio.

En las normas antes comentadas tenemos perfectamente determinada la institución jurídica que posteriormente sería denominada como retracto

gentilicio o de abolengo, el que fue tomado por la Legislación Española de un antecedente del Derecho Hebraico y consistente en el concepto que el pueblo israelita tenía del Derecho de Propiedad.

La propiedad para los hebreos era reconocida de manera perpetua en el tiempo y el propietario no podía transmitir su derecho, si no era de manera limitada en cuanto al tiempo, salvo la transmisión mortis causa en favor de los herederos.

La enajenación de la propiedad entre los hebreos, era lícita, pero estaba limitada a cierto tiempo, y dicho límite era la llegada del nuevo Jubileo, y en el año en que comenzaba, las propiedades enajenadas volvían al dominio de los vendedores.

De este derecho de redención por parte del antiguo propietario, se derivó posteriormente el derecho de sus parientes cercanos para llevar nuevamente la propiedad enajenada al seno familiar, todo lo cual se desprende de los Versículos 10 y 13, y del 24 al 27 del Capítulo XXV del Levítico.

Este origen israelita es en consecuencia, el correspondiente al retracto gentilicio, que por las condiciones sociales y políticas de la España de la época en que sufrió la denominación árabe, fue considerado conveniente instituir en el Fuero Viejo de Castilla.

Tiempo después, en el año de 1252 aparece el Fuero Real de España, nuevo ordenamiento debido al rey D. Alfonso X el Sabio en un intento por uniformar la legislación de la España cristiana y el cual substituyó al Fuero Viejo, con lo que los fijos-dalgo, o sean, los hombres ricos y caballeros fueron despojados de sus privilegios, hasta la época del rey D. Pedro I llamado el Cruel, quien ordenó, reformó y dispuso correctamente todas las normas legales contenidas en el mismo.

En el Fuero Real de España también se reconoció el retracto gentilicio o de abolengo ya citado, en la Ley XIII, Libro III, del Título "De las ventas e compras", siendo ampliada la institución con nuevos elementos que ayudaron a su mejor determinación y aplicación.

En efecto, en ese precepto se hace una graduación de preferencias, determinándose que si varios parientes lo son en un mismo grado de parentesco tenía la preferencia el que lo fuera más próximo; asimismo, que si un pariente quisiera hacer valer su derecho en un plazo de nueve días posteriores al de haberse efectuado la venta podía adquirir la propiedad, siempre y cuando el pariente más próximo no la quisiera para sí, o no habitase en la localidad; en el caso en que quisiera el pariente más próximo permutar la heredad por otra, ningún pariente podía disputarle su derecho.

Por virtud, de lo anterior, se observa ya en esta disposición que el derecho preferencial no solo se aplicaba con respecto a la venta de la

heredad, como se daba el caso en el Derecho Romano, sino también en lo tocante a la permuta, como ya se mencionó al comentarse dicho precepto.

Llegamos así, en forma cronológica, hasta la más completa Codificación de la Edad Media, la que es mundialmente conocida de esos remotos tiempos con el nombre de Las Partidas, o Las Siete Partidas, debida al jurista más notable de su tiempo y elaborador asimismo del Fuero Real de España, como se acaba de mencionar, refiriéndonos obviamente a D. Alfonso el Sabio, quien ordenó la elaboración de dicho cuerpo legal, el que fue concluído en el año de 1263.

Encontramos el tanto y el retracto en esta legislación, precisamente en la Quinta Partida, en los Títulos V y VIII, denominado respectivamente "De las ventas e de las compras" y "De los logueros e de los arrendamientos".

En el primero de los títulos nombrados, en la Ley LV encontramos el Derecho del Tanto que podemos llamar de comuneros, el que quedó reglamentado en la siguiente forma:

Si dos o más personas eran propietarios de alguna cosa en común pro-indiviso, cualquiera de ellos podía vender su parte, aunque la cosa no estuviere partida, a los condueños o a algún extraño; pero si alguno de aquellos quisiere dar tanto como diere el extraño para adquirirla, tenía preferencia para ello sobre éste.

En caso de que el extraño la adquiriese, éste en caso de desear vender su parte, debía hacerlo antes de que se iniciase el juicio de partición, ya que de no hacerlo así, solamente podía efectuar la venta hasta que la cosa fuere partida, salvo que se consintiese por los demás copropietarios el vender su parte correspondiente.

En la ley XXIX correspondiente al título VIII "De los logueros e de los arrendamientos", también encontramos el derecho del tanto que llamaremos enfiteútico y que ya estudiamos anteriormente en las leyes justinianeas, las que siguen teniendo influencia en ese aspecto, como a continuación demostraremos.

En efecto, la norma contenida en las Siete Partidas es muy similar a su antecedente del derecho romano, en razón a que el señor del dominio directo tenía el derecho de preferencia para adquirir la enfiteusis, y el enfiteuta debía notificarle la venta que pensaba efectuar, para el efecto de que el nudo propietario ejercitase su derecho en un plazo de dos meses a partir de la notificación; si este no lo hacía valer en ese plazo, el enfiteuta podía vender la enfiteusis a cualquier persona.

Sin embargo, tenía que vender la enfiteusis a una persona, de quien el nudo propietario pudiese obtener el censo en las mismas condiciones que del vendedor y una vez reconocido por el señor del directo dominio el nuevo enfiteuta, debía entregarle un nuevo documento en el que constase el

contrato, por el cual podía cobrarle hasta un dos por ciento del precio en que fue efectuada la venta, por derecho de laudemio (del laudemium latino).

Por otra parte, el señor del dominio directo tenía asimismo el derecho de aprobar o desaprobar el nuevo enfiteuta, en razón de la facilidad o dificultad en su caso, de percibir el censo.

También se determina por dicha disposición que el enfiteuta podía empeñar su derecho sin conocimiento del señor, pero existe también una aparente contradicción en cuanto a que pese a que no se necesitaba tal consentimiento, el señor podía también repudiar a la persona a quien se hubiere empeñado el derecho del enfiteuta.

Realmente, si no se tenía la obligación por parte del enfiteuta de notificar al nudo propietario de la prenda efectuada por aquél, no se explica la razón por la cual el nudo propietario podía no consentir en dicha garantía; sin embargo, podemos aquí estar de conformidad con lo expuesto anteriormente, de que en la enfiteusis romana el señor no tenía el derecho de aprobar o desaprobar al nuevo enfiteuta y siendo el origen de la institución eminentemente romano, esto aunado a que el nudo propietario estaba suficientemente garantizado para recibir el canon o censo mediante el derecho real constituido sobre la cosa enfiteútica, concluimos en que definitivamente no importaba al nudo propietario quien iba a ser el nuevo enfiteuta, y en todo caso, el derecho del tanto no incluía la facultad ya citada.

Posteriormente, en orden cronológico encontramos las leyes de Toro, publicadas por orden del rey D. Fernando el Católico en el año de 1505, en las cuales también encontramos el retracto de abolengo, el que no aparece consignado en las Siete Partidas, pero que nuevamente es tomado en cuenta en la legislación a comentario, incluyéndose asimismo, el Derecho del Tanto de comuneros, superficiarios y de los señores del directo dominio.

En las leyes comprendidas de la LXX a la LXXV se reglamentan de una manera más completa que en las Legislaciones anteriores, las preferencias en caso de concurrencia en el ejercicio del Derecho del Tanto y del Retracto, así como aspectos que en aquellas no se habían tenido en cuenta.

Esto puede inferirse de la norma contenida en la Ley LXX, la que puede interpretarse como sigue:

Se aplicará la ley del fuero (Fuero Real o Fuero Viejo según el caso), no solo cuando el pariente más próximo deseara adquirir la cosa vendida por el tanto, sino también cuando se vendiere la cosa en almoneda pública, aunque fuere por virtud de mandamiento judicial, y los nueve días de que dispone la ley del fuero para ejercitar el derecho, se contarán desde el día del remate.

Al ejercitar el derecho, se debía consignar la cantidad que como ya se determinó, era la misma en que se hubiese ofrecido, y además, se debían seguir las formalidades y diligencias que disponían las leyes del fuero y del Ordenamiento de Nieva, estas últimas que estudiaremos al llegar a la Novísima Recopilación, las que consistían en determinadas fórmulas, entre las cuales sobresalen las ya anteriormente descritas, relativas a que el derecho habiente jurase adquirir la cosa para sí, y no con el efecto de engañar a los interesados.

Continuando con la ley LXXI, podemos resumir la correspondiente disposición de la siguiente manera:

En caso de que varias cosas fueren vendidas por un mismo precio y consistiesen en patrimonio o abolengo, el pariente más próximo, o sea, quien tiene la preferencia, no podía adquirir una y dejar las otras, sino que tenía que adquirir todas o ninguna; pero si dichas cosas fueren vendidas por diferentes precios, el pariente más próximo podía adquirir las que quisiera, previas las multicitadas formalidades.

La siguiente ley a comentario, o sea la LXXII contiene una disposición que resulta digna de hacer notar, por referirse a la situación relativa a que si la cosa se vendiere fiada, el pariente más próximo podía adquirirla asimismo fiada, a condición de que otorgase fianza suficiente a criterio de la Autoridad Judicial, dentro del plazo de nueve días, para garantizar el pago de la cantidad en que el presunto comprador la había deseado adquirir.

Esta norma también resulta una excepción a la esencia romana del Jus Pre-emptio, en el que solamente se podía hacer valer el derecho preferencial, cuando la cosa fuere objeto de compra-venta pura y simple, sin las modalidades que observamos en las leyes españolas.

Las Leyes LXXIII y LXXIV contienen una relación casi exhaustiva de las preferencias, principiando por los parientes que disfrutaban de las primeras, como eran los parientes más próximos, hasta las últimas que eran las de los parientes hasta el cuarto grado.

Cuando concurrieren a ejercitar sus derechos el pariente con mayor grado de preferencia, conjuntamente con el señor del directo dominio, con el superficiario, o con el comunero, siempre eran preferidos en ese orden, al pariente más próximo, con lo que observamos una justa apre-ciación por parte del Legislador de la época, respecto del ejercicio del derecho real a su favor, sobre quienes solamente poseían un derecho prove-niente de sus ascendientes.

Por último, en la Ley LXXV se contiene otra disposición que en síntesis consiste en que si alguna persona vendiese la heredad que tuviese en común con otra, y conforme a la Ley de la Partida la pudiese el comunero sacar por el tanto, o sea, ejercitando el Retracto, se encontraba obligado el tercero interesado en comprarla a consignar el precio en el término y con las diligencias y solemnidades, mismas que tuviere que efectuar el pariente más próximo, de acuerdo con la ley del fuero y del Ordenamiento de Nieva.

Todas estas disposiciones fueron trasladadas íntegramente a la Novísima Recopilación, así llamada por ser el intento de uniformar todas las codificaciones existentes en España, y la que se publicó por orden del rey Carlos IV en el año de 1805.

Dicho ordenamiento es digno de un estudio por separado, por contenerse en él toda la Legislación Civil, desde la época de la Reconquista, principiada en el Siglo VIII, y terminada con la conquista de Granada por los Reyes Católicos, así como la época de las conquistas y descubrimientos efectuados desde los finales del Siglo XV hasta el XVIII, comprendida en éste tiempo la conquista y colonización de la Nueva España.

Con el período de colonización se incluye asimismo el advenimiento de las instituciones sociales, políticas y económicas de la metrópoli, entre las cuales figuran preponderantemente las jurídicas, por lo que el estudio de las disposiciones contenidas en la Novísima Recopilación, resulta de singular importancia, para fijar los antecedentes que formaron la base de nuestra estructura jurídica actual.

III.- Es entonces en la Novísima Recopilación, donde existe ya un capítulo especial dedicado a reglamentar la institución que estudiamos y lo encontramos precisamente en el Libro X, Título XIII nombrado "De los Retractos y Derecho de Tanto", constituido por 21 disposiciones, entre las cuales encontramos la del retracto gentilicio, la que no tiene ninguna

modificación de importancia, seguida por otra que sí es digna de comentario, ya que consiste en lo que podríamos calificar de jurisprudencia aplicable, respecto de aquella, y que fue tomada del Ordenamiento de Nieva del año 1473.

La misma puede sintetizarse de la siguiente manera:

En caso de que una persona adquiriese una heredad de otra y para pagar el precio fijado, vendiese algunos bienes de su propiedad, haciendo posteriormente edificios, labores o mejoras en dicha heredad, y al cabo de cinco o diez años un hijo, hermano o pariente próximo de aquel vendedor quisiere adquirir la propiedad por ser de su mismo patrimonio o abolengo y demandare su entrega, y en caso de que el comprador no quisiere entregársela, consignase el precio, fundando su pretensión en el hecho de que al mismo tiempo de la venta era menor de edad, por lo que no corrió la prescripción en su perjuicio, o por haber estado ausente, amén de otro cualquier legítimo impedimento, la resolución adecuada es la de que el término de nueve días que determina la Ley del fuero para el efecto de que el pariente más próximo ejercitase el retracto corrían, contra lo menores de 25 años, los ausentes y los sujetos a tutela, por lo que no podían ya ejercitar su derecho, después de transcurrido dicho término.

Asimismo, se determinó que en caso de concurrencia de derechos entre un hermano del vendedor y un hijo del mismo, tenía preferencia el hijo por ser el sucesor de la persona de su padre.

La siguiente disposición también contiene una regla de interpretación sobre el derecho ya citado y trata el caso de que se pretendan adquirir por el tanto los bienes que fueron comprados o permutados, o adquiridos por donación o cualquier otra manera, sin ser bienes de abolengo o patrimonio del vendedor, decidiéndose que el derecho de preferencia no podía ser ejercitado en cuanto a los bienes comprados, permutados, o adquiridos de manera distinta.

Las disposiciones que siguen son las tomadas de las Leyes de Toro que como ya se expuso anteriormente, fueron trasladadas íntegramente, y sin sufrir ninguna modificación al Ordenamiento a comentario, por lo que obviamente, ya no serán objeto de comentario en este apartado.

Siguientes a dichas disposiciones, aparecen 12 leyes que podríamos calificar de proteccionistas y reglamentarias de determinadas actividades comerciales e industriales desarrolladas en el reino, entre las cuales se pueden mencionar la que otorgaba el Derecho del Tanto, a favor de las Alhóndigas para la compra de pan, con preferencia a toda persona eclesiástica, o secular; la que concedía el Retracto en favor de los abastecedores y obligados a proveer de pescado a los pueblos en las ferias y mercados, derecho que debían ejercitar dentro de dos días siguientes al en que otras personas lo hubiesen adquirido para revender.

Asimismo, se concedían por las siguientes leyes derechos de preferencia en favor de los fabricantes de seda, de lanas y de paños tejidos, para adquirir la materia prima necesaria para su elaboración, así como en favor de los fabricantes de jabón, papel y tejidos de lino y cáñamo, para adquirir la sosa y barrilla los primeros, el trapo los fabricantes de papel, y las materias primas necesarias, los fabricantes de tejidos de lino y cáñamo.

Se desprende de estas últimas disposiciones su índole administrativa, en razón a la intervención por parte del Poder Público, en uso de sus atribuciones, para el efecto de proteger los ramos a que se ha hecho mención.

Sin embargo, dichas normas sólo estuvieron vigentes hasta el día 8 de junio de 1813, fecha en que fueron derogadas por decreto de las Cortes, siendo restablecidas el 6 de diciembre de 1836.

Resulta interesante el aspecto que abarcaron el Tanto y el Retracto desde esa época, ya que pese a ser instituciones netamente civilistas, fueron aplicadas en el campo del Derecho Público, lo que revela la importancia del Derecho Civil, el que, no obstante las opiniones vertidas por tratadistas del Derecho Administrativo, sigue siendo la base y fundamentación de este último, como se demuestra con el somero estudio de las disposiciones correspondientes, contenidas en la Novísima Recopilación.

Con ésto se concluye el análisis de los antecedentes históricos de nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1874, que fueron substituídos por el que actualmente nos rige.

En el siguiente capítulo se tratará lo relativo a nuestros Ordenamientos Civiles anteriores al presente, así como al proyecto de García Goyena, el que resulta importante antecedente de aquéllos.

## CAPITULO II

### ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO DEL TANTO

- I. - En el Proyecto de Código Civil Español de  
D. Florencio García Goyena,
- II. - En el Código Civil de 1870.
- III. - En el Código Civil de 1884.

I. - Continuando con los orígenes históricos del Derecho del Tanto en nuestro Derecho positivo, debemos hacer referencia a la Legislación Española, ya que pese a que desde el año de 1821, México se convirtió en una Nación independiente en el ámbito político social, en el campo jurídico siguió dependiendo de la Madre Patria, al seguirse observando en el territorio de México independiente, la legislación española en material civil, inclusive en tiempos posteriores a la Constitución de 1857.

El antecedente inmediato de nuestro Código Civil de 1870 es el Proyecto de Código Civil Español de D. Florencio García Goyena del año 1851, quien en su gran obra analizó disposición por disposición del Código Civil Español, comentándolas separadamente y haciendo una relación exhaustiva de sus fuentes y motivos.

Es aquí donde encontramos diversas disposiciones relativas al retracto, que se dividió en convencional y legal, y fue reglamentado en el Capítulo VI del Título VII, que trata de la Resolución de la Venta.

En la Sección primera (Artículos 1436 a 1449) se trata el Retracto convencional que en resumen puede definirse como la cláusula inserta en el contrato de compra venta, mediante la cual el vendedor se reservaba el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de reembolsar al comprador el precio que hubiese pagado, más los gastos de escritura, registro y demás accesorios de la venta; así como todos los gastos necesarios y útiles que hubiese realizado (Artículos 1436, 1437 y 1447).

El derecho así ejercitado tenía una vigencia de cuatro años, contados a partir de la fecha de celebración del contrato de compra venta, pero podía pactarse un término más corto, no así uno más largo, en razón a que causaba inseguridad en los contratos y por tanto, perjudicaba el orden público, traducido en la estabilidad de la industria y del comercio.

Ahora bien, en caso de que el vendedor no reintegrase las prestaciones debidas al comprador, en el término estipulado, o en su defecto, dentro del plazo de cuatro años, éste adquiría irrevocablemente el dominio de la cosa vendida, extinguiéndose por prescripción el derecho del vendedor; todo lo cual se infiere de la lectura del artículo 1438 del Proyecto.

Asimismo, se previó la situación relativa a que el comprador efectuase una segunda venta de la cosa, resolviéndose a dicho respecto que el vendedor podía ejercitar su acción contra todo poseedor de la misma, aunque en el segundo contrato no se hubiese hecho mención al retracto convencional, el que es considerado por el autor como condición resolutoria, por lo que importaba poco o nada, que en la segunda venta se hubiere hecho mención o no, al pacto estipulado en la primera.

De lo cual se deriva que el primer vendedor debía abonar al segundo comprador las mismas prestaciones debidas al primero, de tal manera, como si la cosa continuase en poder de este último.

Por otra parte, se estimó que también, por virtud del pacto de retroventa, el comprador sucedía en todos los derechos del vendedor y adquiría por prescripción, tanto contra el verdadero dueño, como contra los que tuviesen algún derecho o crédito hipotecario sobre la cosa vendida.

También se previó el caso de que los acreedores del vendedor quisieren hacer uso del retracto convencional en contra del comprador, decidiéndose en este punto que solo podían ejercitarlo después de haber hecho excusión de los bienes del vendedor.

Complementando dichos supuestos, asimismo existen varias disposiciones correspondientes al retracto convencional, en las que se deciden cuestiones relativas a la redención o retracto parcial de la cosa vendida,

resolviéndose uniformemente por el Proyecto que el vendedor no podía obligar al comprador a dicha especie del retracto, sino que sólo podía ser ejercitado en cuanto a la totalidad, salvo el caso de que cada uno de los copropietarios de una finca indivisa vendiese separadamente su parte, pudiendo ejercitar con la misma separación el derecho de retracto por su porción respectiva; empero, se aplicaba la regla general en casos como el relativo a que el comprador hubiese adquirido la totalidad de una finca que tuviese a su cargo un pacto de retroventa, respecto de una parte indivisa de la misma, en una licitación o subasta provocada en contra de sus bienes, así como en el supuesto de que el comprador hubiese adquirido de varios vendedores conjuntos, o de un solo, pero que hubiese dejado varios herederos, una finca indivisa, resolviéndose en ambos casos que el comprador tenía el derecho de exigir de todos los vendedores, o coherederos, en su caso, la redención de la totalidad de la cosa vendida.

Por último, se hace mención al caso de que el vendedor recobrase la cosa vendida, con algún gravamen impuesto por el comprador, determinándose al respecto que debía adquirirla libre de toda carga, salvo los arrendamientos que hubiese contratado aquél, siendo de buena fé y según la costumbre de la tierra, comentando al respecto el proyectista que existían arrendamientos contratados por períodos muy largos y que era difícil para el comprador encontrar arrendatarios por lapsos más cortos de los acostumbrados, en razón a que los cultivadores tenían más seguridad económica contratando a largo plazo.

Con esto último se concluye el comentario de la Sección I del Capítulo antes citado, la cual, como ya observamos, contiene disposiciones que añaden novedad a las ya existentes en las Legislaciones Españolas, previéndose asimismo, infinidad de situaciones de aplicabilidad de las normas en ellas contenidas.

En la Sección II se trata el retracto legal, definiéndose en la primera disposición de la manera 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.

Como observamos, la que antecede es la primera definición hecha sobre la institución jurídica a estudio, complementada con la que se hace por García Goyena, respecto del retracto convencional, ya que el Derecho Romano y la Legislación Española anterior al proyectista, resultan omisas en este aspecto.

Dicha definición puede ser de máxima utilidad para la determinación de la figura jurídica tema del presente trabajo, en el campo doctrinario del Derecho, en virtud de que nuestra legislación positiva también omite definirla, dejando a la Doctrina dicha tarea.

Las clases de Retracto que admite García Goyena son las consignadas en favor de los coherederos, respecto de los bienes de la sucesión; del copropietario de una cosa indivisa y del deudor de un crédito litigioso; así como de los terratenientes y perceptores de pensiones o gravámenes provenientes de enfiteusis, derechos superficiarios y demás derechos perpetuos de igual naturaleza.

Comenta dicho autor que el Retracto de abolengo o gentilicio que ya estudiamos ampliamente, no fue incluido en el Proyecto, en virtud de su inaplicabilidad a dicha época, ya que tendía a la concentración de los bienes raíces en muy pocas manos, en contra de los intereses económicos de la mayoría, propugnándose entonces por la desamortización y libre circulación de la riqueza, de la cual, formaba parte importante la propiedad territorial.

Por el contrario, resultaba de suma utilidad el Retracto aplicado a los casos ya citados, en razón a que la copropiedad era causa de discordias y de mala administración; la consolidación del dominio directo con el útil era de gran importancia económica, respecto de la enfiteusis y los derechos superficiarios; y por otra parte, el derecho que se otorgaba en favor del deudor de un crédito litigioso, hacía cesar pleitos y evitaba la codicia.

Se añade asimismo en dichos comentarios que el Retracto legal

se daba también en el caso de la dación en pago, y no sólo en la compra, ya que podría hacerse nugatorio el derecho con sólo fingir o simular la deuda; asimismo, se afirma que la subrogación no tenía lugar en el Retracto convencional, porque el vendedor retrayente era propietario por los mismos títulos que antes tenía, y en cambio, en la especie legal el retrayente no tenía más títulos de propiedad que los derivados del mismo comprador, en los cuales se subrogaba plenamente.

El artículo 1452 que reglamenta el Retracto legal, contiene una disposición que a la letra dice:

No puede usarse del derecho de Retracto, sino dentro de nueve días, contados desde el requerimiento que haga el vendedor o el comprador al que tiene este derecho.

Al respecto de este precepto se aclara que para que comenzaren a correr los nueve días, era necesario requerir a quien tuviese el derecho, corriendo dicho término entre copropietarios, como entre los que tuviesen el dominio directo y el útil en caso de la enfiteusis y derechos superficia-rios, gozando estos de preferencia sobre los comuneros.

Al Retracto legal eran aplicables algunas disposiciones de la especie convencional, entre los cuales se pueden mencionar las relativas a que se adquiría la cosa libre de todo gravamen y que el comprador sucedía en todos los derechos del vendedor y adquiría por prescripción, así como la

de que al ejercitarse el Retracto legal, se debían reembolsar al comprador las mismas prestaciones a que hace referencia el precepto contenido en la Sección I, y que ya estudiamos.

Se hacía sin embargo, salvedad en la aplicación de la segunda parte de la norma en la que se efectuaba una referencia a los gravámenes, ya que el retrayente tenía que respetar los arrendamientos que hubiese contratado el comprador, aclarándose en este aspecto que por virtud del corto término de nueve días, no podía existir temor fundado para el arriendo y de haberse hecho, debía presumirse fraudulento.

Respecto de los coherederos, el derecho de retracto legal se reglamentó en el artículo 916 del Proyecto de la manera siguiente:

Si algún otro que no fuere de los coherederos hubiere comprado el derecho hereditario a uno o más de ellos antes de la partición pueden todos y cualquiera de los herederos subrogarse en su lugar, reembolsándole el precio de la compra.

Comenta García Goyena a este respecto que si uno de los coherederos se subrogase en lugar del comprador extraño, no podían ya los otros ejercitar su derecho aunque no ofreciesen su parte proporcional del precio pagado, en virtud de que el objeto de la ley estaba ya cumplido y consumado desde que se alejó el comprador extraño, como también se observaba desde el retracto gentilicio o de abolengo.

El caso del retracto en favor del copropietario se reglamentó en el artículo 1461 el que a la letra dice:

"El copropietario de una cosa común que no puede dividirse cómodamente o sin menoscabo, puede usar del, en el caso de venderse a un extraño la parte de alguno o de todos los demás condueños.

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

Dicha disposición es en esencia, idéntica a la consignada respecto del retracto de comuneros en la 5a. Partida, título 5, Ley 55 y en la Novísima Recopilación en el libro 10, título XIII, Leyes 8 y 11.

Por su parte, el diverso artículo 1466 reglamentó el retracto legal en favor del deudor de un crédito litigioso, el que podía ejecutarse de la siguiente manera:

En caso de venta de un crédito litigioso, el deudor tenía derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que hubiere pagado, los costos a que se le hubieren ocasionado, más los intereses del precio, desde el día en que éste fue satisfecho.

Se entendía por litigioso un crédito, desde que se contestaba la demanda relativa y el deudor tenía nueve días para usar de su derecho, desde que el cesionario le reclamase el pago.

Comenta el autor al respecto que el deudor debía erogar el precio real y efectivamente pagado por el cesionario, porque podía hacerse constar en el instrumento de venta o cesión, un precio mayor que el realmente pagado.

Asimismo, añade que el precepto se refiere a la venta de una cosa o derecho dudoso e incierto, por lo que el vendedor de buena fé y que nada ocultó al comprador, quedaba libre de toda obligación.

Concordaba dicho dispositivo con lo dispuesto por el artículo 1452, ya comentado, en lo que respecta al término de nueve días para ejercitar el derecho de Retracto.

Respecto de la enfiteusis y demás derechos superficiarios, sólo se hace mención en el inciso 7 del artículo 1563 a que se podrá usar del retracto legal en toda transmisión de sus respectivos derechos, tanto los terratenientes, como los perceptores de las pensiones o gravámenes; es de hacerse notar que conforme al texto de la disposición, los terratenientes equivalen a los enfiteutas, por ser quienes detentaban la propiedad raíz, siendo los propietarios, los dueños del directo dominio, o sean, los perceptores de censos enfiteúticos y demás gravámenes a su favor, lo que podrá no concordar con el concepto que de ambos sujetos de derecho se tiene en la época actual.

Con lo anteriormente expuesto, se concluye el estudio del Proyecto de Código Civil de Don Florencio García Goyena, por lo que se entrará ahora al de nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884.

II. - En nuestro Código Civil de 1870, se encuentra marcada influencia del Proyecto, en lo tocante a la reglamentación del Retracto convencional, al que se denominó en nuestro Ordenamiento como retroventa, no así respecto del Derecho del Tanto, el que nuevamente fue consignado en nuestra Legislación, ya que como se comenta anteriormente, García Goyena solamente reconoció las dos especies de Retracto, omitiendo reglamentar el derecho de tanteo de la Novísima Recopilación.

El Derecho del Tanto se encuentra en nuestro primer Ordenamiento, reglamentado en los artículos 992, 2430, 2431, 2473, 2973, 2974; del 3272 al 3281; y en el 4106, 4107 y 4108.

La retroventa se encuentra específicamente en el capítulo IX, Título XVIII del Libro III, el que consta de 21 disposiciones, del artículo 3035 al 3055.

Se estudiarán en este trabajo ambas instituciones por separado, principiando por el Derecho del Tanto, para abordar posteriormente el restante tema.

El artículo 992 concede el Derecho del Tanto en favor de los usufructuarios, aunque en dicho precepto no se determinan las condiciones, ni el término para ejercitar el derecho, encontrándose de igual manera, el Derecho del Tanto concedido por el artículo 2473, en favor de los socios en la aparcería rural, en caso de venta de los animales, antes de que terminase la sociedad.

El Derecho del Tanto de copropietarios de cosa indivisible, asimismo resulta omiso en cuanto al término de ejercicio del derecho preferencial; se reglamenta dicha facultad jurídica en dos preceptos: los artículos 2973 y 2974,

La primera de dichas disposiciones determina que no se podía vender a extraños la parte respectiva de los demás copropietarios de cosa indivisible, si el partícipe quisiere hacer uso del tanto, añadiéndose a esta norma lo dispuesto por el artículo 2974, el que consigna que en caso de contravención a lo preceptuado por el numeral precedente, el copropietario preterido podría pedir la rescisión del contrato, dentro de un plazo de seis meses, contados a partir de la celebración de la venta.

Respecto de ambos preceptos se puede aclarar, en abundamiento a anteriores manifestaciones, que no existe plazo para ejercitar la facultad jurídica, existiendo solamente determinado el término de seis meses para rescindir el contrato, por lo que, mientras que éste tuviera vigencia, producía plenos efectos jurídicos.

En el ordenamiento civil a comentario se regula el derecho del tanto también, en favor de los miembros de la sociedad por acciones, instituyéndose en los artículos 2430 y 2431.

Esta especie de nuestra figura jurídica, consistía en síntesis, en la facultad legal otorgada por la Ley a los socios para adquirir conjunta o separadamente, el todo o una parte de la aportación de otro socio que deseara enajenarla; si varios socios deseaban hacer uso del tanto, les competía en la proporción representada y el término para ejercitarlo era de 15 días, contados a partir de la notificación del enajenante.

La reglamentación relativa a la enfiteusis quedó consignada en los artículos 3272 al 3281 del Código, de la manera siguiente:

Se preceptuó mediante el artículo 3272 que el enfiteuta podía donar o cambiar libremente el predio, pero en este caso debía hacerlo saber al dueño dentro de un término de sesenta días contados a partir de aquél en el que se hizo la cesión.

En caso de no cumplirse con esta obligación, el cesionario era responsable solidariamente con el enfiteuta del pago de las pensiones.

Respecto a la venta o dación en pago de los derechos del dueño o del enfiteuta, disfrutaban ambos del derecho del tanto, el que debía ser ejercitado después de haberse recibido formal aviso del copropietario del precio definitivo ofrecido, en un término de 30 días siguientes a dicho aviso.

Ahora bien, si el notificado no hiciere uso del tanto ni pagase real y efectivamente, el notificante podía enajenar libremente su derecho; si el requerido lo hiciere, se extinguía el censo o sea, la pensión anual debida al propietario.

El derecho así ejercitado subsistía aún en el caso de venta judicial y si pregonado el precio el no se presentase postor, podía el dueño pedir la adjudicación.

Todo lo anterior se infiere de la lectura de los preceptos contenidos del artículo 3273 y siguientes.

Por otra parte, se establecía por los artículos 3278, 3279 y 3280 que en el caso de que no se notificase la venta, y el obligado a hacerlo era el enfiteuta, la enajenación era nula y el dueño podía recobrar el predio por-comiso; si era el dueño, el enfiteuta no tenía derecho para reivindicar el predio, pero sí para exigir la indemnización de los daños y perjuicios que probase se le causaron con la preterición y su demanda debía entablarla en contra del dueño si éste sólo fue el culpable y contra dueño y adquiriente si ambos obraron de común acuerdo.

Por último, se determinó por el artículo 3281 que siendo varios los predios en que estuviere constituida la enfiteusis, no se podía optar por unos y rechazar otros, sino que debía verificarse respecto de todos.

Asimismo, se reglamentó el derecho del tanto en los artículos 4106, 4107 y 4108 del Código respecto de los coherederos, los que podían ejercitarlo en caso de que otro coheredero quisiera enajenar su parte correspondiente a un cesionario extraño. El enajenante debía para ello, notificarles de la venta que pensaba efectuar y de sus condiciones, y es entonces que debían ejercitar los demás coherederos interesados, su derecho preferencial dentro de un término de 3 días siguientes al aviso, cumpliendo con las demás condiciones impuestas al cesionario extraño.

Ahora bien, el derecho del tanto cesaba si la enajenación se hiciera a un coheredero o a un extraño por donación.

Con esto terminamos el estudio del Derecho del Tanto en nuestra primera codificación civil, por lo que a continuación se tratará lo relativo a la retroventa.

Dicha figura jurídica se reglamentó, como antes se expresa, en veintiún disposiciones; del artículo 3035 al 3055 del Código, con marcada influencia de las normas que regulaban el retracto en el Proyecto de García Goyena, identificándose la retroventa con la especie convencional de la institución conocida en la Legislación Española con el nombre de Retracto.

En efecto, la retroventa, al ser idéntica a la citada institución, se puede definir como la condición, mediante la cual se estipulaba en el

contrato de compra-venta, que dentro de un plazo determinado se podría rescindir dicho acto jurídico, devolviéndose respectivamente por las partes, el precio y la cosa vendida.

Dicho plazo en nuestra Legislación no podía ser mayor de cinco años, contados desde la fecha del contrato y sólo podía tener lugar respecto de bienes raíces.

Por otra parte, los gastos y el precio que debía reembolsar el vendedor al comprador eran los mismos que se estipulaban en el Proyecto.

De igual manera, los supuestos de aplicación y las condiciones de ejercicio de la retroventa del Código de 1870, eran idénticos en esencia a los del multicitado proyecto, salvo en lo que respecta al término de cinco años que era mayor al de cuatro que se establecía para el ejercicio del derecho, razón por la cual, nos remitimos a lo tratado en el inciso anterior de este capítulo, procediendo a estudiar las disposiciones relativas al Código Civil de 1884.

III.- De la misma manera como se reglamentaría el Derecho del Tanto y la retroventa en el Código Anterior, se trasladaron las disposiciones correspondientes a ambas figuras, en el Código Civil 1884, encontrándose solamente una innovación en éste, ya que se consignó el Derecho del Tanto amén de los casos ya tratados, en favor del propietario del predio colindante con la vía pública, en caso de enajenación de ésta.

REPUBLICA CENTRAL  
U. R. A. M.

Este derecho se reglamentó en el artículo 707, el que textualmente dice:

"... cuando conforme a la Ley pueda enajenarse y se enajene la vía pública, los propietarios de los predios colindantes gozarán del derecho del tanto en la parte que les corresponda, a cuyo efecto se les dará aviso de la enajenación. El Derecho que este artículo concede deberá ejercitarse precisamente dentro de los ocho días siguientes al aviso; cuando éste no se haya dado, los colindantes podrán pedir la rescisión del contrato dentro de seis meses contados desde su celebración..."

Esta figura jurídica, en virtud de haberse trasladado literalmente a nuestro Código vigente, será tratada con mayor amplitud en el siguiente capítulo, ya que ofrece menores dificultades su estudio en la disposición correspondiente al Código actual.

En efecto, como trataremos posteriormente, la enajenación de la vía pública actualmente se rige por lo dispuesto por la Ley General de Bienes Nacionales vigente desde el año de 1942, en tanto que la correspondiente al Código de 1884, por la Ley Orgánica de la fracción XXIV del artículo 72 de la Constitución de 1857; leyes que difieren en cuanto al régimen a que está sometido el derecho de propiedad, ya que la Constitución de 1857 tiene una clara influencia libero-individualista, en tanto que la que actualmente nos rige tiene un contenido esencialmente social, al dar preeminencia al interés común sobre los intereses de los particulares, como se desprende de la lectura del artículo 27 de la Constitución vigente.

En lo que respecta al derecho del tanto en el usufructo y la aparcería de ganados, quedó reglamentado en esencia, de la misma manera que en el Código de 1870, previéndose ambos casos en los artículos 892 y 2341 respectivamente, sin que se estableciese término para el ejercicio del derecho, del mismo modo que en el Ordenamiento precedente.

Lo mismo puede decirse del derecho del tanto en la sociedad por acciones (Artículo 2298 y 2299); en la enfiteusis (Artículos del 3132 al 3141); y en el de los coherederos (Artículos 3804 y 3805); hipótesis en las que se establece en los mismos términos y condiciones de ejercicio que en el Código anterior. También la retroventa adoptada por el Código de 1870 del proyecto de García Goyena, quedó íntegramente trasladada al Ordenamiento en estudio, encontrándose reglamentada por los artículos de 2901 al 2919 del Código de 1884.

Por lo que concierne al derecho del tanto de copropietarios de cosa indivisa, en el artículo 2843 de dicho Código se reglamenta de una mejor manera que en el precepto correspondiente al Código anterior y la disposición contenida en el citado numeral, sigue conservando su vigencia, al ser incluida dentro de las normas de nuestro actual Código.

Dicha disposición establece textualmente lo siguiente:

"... los propietarios de cosa indivisa no pueden vender a extraños su parte respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el copropietario que enajene notificará a los demás por medio del notario o judicial

mente la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días por el solo lapso del término se pierda ese derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno..."

Como se observa, esta reglamentación ya determina de manera precisa la forma en que se deberá hacer la notificación; o sea, por medio del notario o judicialmente; establece el término de ocho días dentro del cual deberá hacerse valer el derecho, y en caso de no hacerlo se le tendrá como perdido; y por último, define la sanción en caso de no haberse efectuado la notificación, decretándose que la venta no producirá efecto legal alguno.

Este precepto amplía la disposición del Código de 1870, ya que no existía término para el ejercicio del derecho, ni se establecía la manera de dar el aviso y en lo que respecta a la sanción para el aviso omitido, difieren esencialmente los dos Ordenamientos, ya que en el de 1884 se determina que la venta no producirá efecto legal alguno, lo que equivaldría a una nulidad absoluta o inclusive inexistencia, y en el Código anterior se establece la rescindibilidad del contrato, con lo que se infiere una validez de origen que permitía que produjese plenos efectos de derecho hasta en tanto no fuese rescindido, dentro de un plazo de 6 meses contados desde la celebración de la venta.

Este problema de la sanción para el aviso omitido, ha sido motivo de especial estudio para los tratadistas y se tratará en capítulos siguientes, por ser parte esencial del tema de la presente tesis.

El derecho del tanto de copropietarios de cosa indivisa quedó ampliado también en lo que respecta a la concurrencia de derechos entre varios copropietarios, previéndose dicho supuesto en el artículo 2844 del Código de 1884 y resolviéndose a dicho respecto que será preferido el que represente mayor parte y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrato.

Estas reglas se trasladaron íntegramente a nuestro Código vigente, por lo que siguen teniendo plena eficacia para la resolución de diversos casos, ya que forman parte de la esencia del derecho del tanto de copropietarios, que es el que se ha tomado como el prototipo de la reglamentación sobre este tema en la Legislación Civil Mexicana.

En el siguiente capítulo estudiaremos la Legislación vigente en México, así como la doctrina y la jurisprudencia relativa a nuestro tema.

## CAPITULO III

## EL DERECHO DEL TANTO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE

- I. - Cuadro general en la reglamentación de nuestra figura.
- II. - Diferenciación del derecho del tanto respecto de otras instituciones.
- III. - Estudio de las especies del derecho del tanto propiamente dicho.
- IV. - Análisis de la acción de retracto.

I. El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, ac tualmente vigente, trasladó íntegramente todas las figuras que estudiamos anteriormente, y que se encontraban reglamentadas por los Códigos Civiles de 1870 y 1884, salvo la correspondiente al derecho del tanto enfiteú-tico, que fue suprimida por haberse eliminado del campo de aplicación jurídica, la institución de la enfiteusis. De igual manera la retroventa consignada por los cuerpos legales citados, fue eliminada del ámbito ju-rídico por prohibición expresa de la ley, como se establece claramente en el artículo 2302 de nuestro ordenamiento sustantivo.

Por otra parte, se adoptaron en el actual Código 2 nuevas figuras que aparentemente constituyen especies del derecho del tanto: el pacto de preferencia y el derecho del arrendatario para adquirir el inmueble

arrendado con preferencia a cualquier adquirente, hipótesis que se reglamentan respectivamente por los artículos 2303, 2304 y siguientes, así como el 2447 del cuerpo legal en consulta.

II. Para la mejor determinación de nuestra figura debemos establecer sus elementos principales, para posteriormente, estar en posibilidad de distinguirla de otras instituciones similares, o que pudiesen parecer idénticas al derecho del tanto.

Como se ha estudiado en capítulos anteriores, nuestra figura tuvo como principal finalidad, el hacer cesar el estado de desmembramiento de la propiedad, como existía en la enfiteusis, y existe en el usufructo, la comunidad de derechos hereditarios y la copropiedad, y en esta virtud, - llena actualmente una función importantísima en el campo de las relaciones jurídicas.

Tan es así, que el derecho del tanteo de la Legislación Española se reglamenta todavía respecto de la enfiteusis, foros, subforos y demás derechos superficiarios, y de la copropiedad de las naves marítimas, llenando una función acorde con su naturaleza, según lo señala el civilista D. Florencio García Goyena en su Proyecto de Código Civil. Resulta entonces, que nuestra figura es un medio útil para hacer cesar el estado de indivisión, así como para restablecer el ejercicio del derecho de propiedad, sin desmembramiento alguno, y esta característica será siempre, inherente al derecho del tanto.

Ahora bien, aplicando este criterio a las diversas especies de nuestra figura, encontramos que solamente en la copropiedad, la comunidad de derechos hereditarios y en el usufructo, el derecho del tanto llena la función de ser el instrumento para hacer cesar el estado de indivisión y reintegrar el derecho de propiedad.

En esta virtud, es necesario apartar de las demás figuras, las especies que efectivamente constituyen el derecho del tanto, y por otra parte, tenemos que determinar la índole de las demás, para estar en posibilidad de diferenciarlas de nuestra institución.

En primer término, encontramos un derecho preferencial que, similar al derecho del tanto en cuanto a su estructura, constituye una institución diferente, y que es denominada por el maestro Ernesto Gutiérrez y González como derecho por el tanto, en su "Tratado de las Obligaciones".

A esta institución corresponde el pacto de preferencia establecido por los artículos 2303, 2304 y siguientes del Código Civil vigente, el primero de los cuales dice textualmente como sigue:

"Puede estipularse que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tanto, para el caso de que el comprador quisiere vender la cosa que fue objeto del contrato de compraventa.

Como se observa, esta facultad puede hacerse constar en el mismo contrato de compraventa, como una modalidad de la misma, y la cláu

sula en que se estipuló libremente por las partes, no altera la esencia, ni la naturaleza del contrato, por lo que tendrá carácter accidental,

Por su parte, el artículo 2304 establece que el vendedor estará obligado a ejercer su derecho de preferencia dentro de 3 días si la cosa fuese mueble y de 10 si fuese inmueble, después de que el comprador le hubiese hecho saber la oferta que tenga por ella, bajo pena de caducidad del derecho, todo lo cual según el citado civilista, implica una diferenciación con respecto al derecho del tanto propiamente dicho, ya que en este, el término para el ejercicio del derecho es uniformemente de 8 días, - mientras que en la otra institución, como se ve, es de 3 días en caso de muebles y de 10 para los inmuebles.

El artículo 2305 establece los efectos de la falta de notificación al vendedor y dice textualmente lo siguiente:

Debe hacerse saber de una manera fehaciente, al que goza del derecho de preferencia, lo que ofrezcan por la cosa, y si ésta se vendiere sin dar ese aviso, la venta es válida, pero el vendedor responderá de los daños y perjuicios.

Del anterior precepto se infiere que la venta celebrada sin la notificación de ley, será perfectamente válida, aunque dará lugar al pago de los daños y perjuicios, en tanto que la sanción para la misma hipótesis, en las especies del derecho del tanto será de otra índole, y consistirá.

como estudiaremos adelante, en una inoponibilidad ante el titular del derecho.

Asimismo, el derecho de preferencia tratado, tiene características que lo diferencian de nuestra figura, ya que es un derecho personalísimo, no transferible por herencia ni por cesión a otra persona, aparte del primitivo vendedor.

Siguiendo al maestro Gutiérrez y González, consideramos que constituyen otras especies del derecho por el tanto, la hipótesis del artículo 2447 que concede un derecho de preferencia al arrendatario para adquirir en igualdad de condiciones, el inmueble arrendado, así como la hipótesis del artículo 2763 que establece un derecho de igual índole, en favor de los contratantes, en la aparcería de ganados, para el caso de venta de los animales.

Encontramos asimismo, otro derecho preferencial que aunque es denominado por la ley del tanto, en realidad no lo es, y ésta es la hipótesis del artículo 2706 que textualmente dice:

Los socios gozarán del derecho del tanto. Si varios socios quieren hacer uso del derecho del tanto, les competirá 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.

Se demuestra que no reúne las características del verdadero derecho del tanto, la hipótesis transcrita, en virtud de que el artículo 2705 prevé que los socios no pueden ceder sus derechos sin el consentimiento previo y unánime de los demás co-asociados; y sin él, tampoco pueden admitirse otros nuevos socios, salvo pacto en contrario, lo que en síntesis significa que no puede lógicamente presentarse el supuesto de ser violado dicho derecho, en razón a que en todos los casos en que los socios pretenden ceder sus derechos sobre la sociedad, tendrán que obtener el consentimiento previo y unánime de los demás co-asociados, y en el remoto caso que, sin ese consentimiento cediesen sus derechos, el cesionario no podría ingresar a la sociedad, sin la nueva autorización de los socios.

Ahora bien, puede estipularse en el pacto social que será suficiente el consentimiento de la simple mayoría de los miembros, pero siempre aquél deberá ser previo a la transmisión de los derechos sociales.

Todo lo anterior implica que al no existir posibilidad jurídica de que el derecho de los socios pueda ser violado por falta de notificación, tampoco existirá lógicamente, una sanción para el caso de la inobservancia de los requisitos que debe llenar la cesión de los derechos sociales.

Lo anterior puede ser también aplicado a los supuestos previstos por los artículos 33 y 66 de la Ley General de Sociedades Mercantiles

que se refieren a la cesión de los derechos sociales en la Sociedad en Nombre Colectivo y en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, en los que tampoco existirá una especie del derecho del tanto, sino que consistirá en un simple derecho de opción o de preferencia, ya que no se persiguen los objetivos del derecho del tanto, como son, el hacer cesar el estado de indivisión y reintegrar el derecho de propiedad, sino que sólo se tiene como finalidad principal la necesidad de mantener el "status quo" del socio y la de impedir que se le prive parcialmente de su participación en las reservas, según apunta el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez en su Tratado de Sociedades Mercantiles.

Habiendo ya separado de nuestra institución las figuras que no constituyen especies de la misma, a continuación analizaremos las hipótesis en que se reglamenta un real derecho del tanto.

III. Las especies de nuestra figura se reglamentan en los artículos 950, último párrafo, 973 y 974, referidos a la copropiedad de cosa indivisa; 1005, respecto del usufructo; y, por último, el 1292, en el que se establece en la comunidad de derechos hereditarios.

En el último párrafo del artículo 950 se reglamenta el derecho del tanto, en favor de los condueños y dicha facultad se reglamenta con mayor amplitud en los artículos 973 y 974, el primero de los cuales dice textualmente lo siguiente:

Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños en parte alícuota respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A ese efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el solo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno.

El precepto antes transcrito, debemos analizarlo en relación con el diverso artículo 1292, referido a la comunidad de derechos hereditarios y que a la letra dice:

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

Como se observa, ambos preceptos contienen notorias semejanzas entre sí, ya que en primer término establecen la manera como deberá ser hecha la notificación o sea, mediante notario o judicialmente, y para el caso de los coherederos, además de las dos anteriores formas, me-

diante dos testigos; en seguida, se determinó el mismo plazo de 8 días para ejercitar el derecho, y en ambos supuestos se establece que por el sólo transcurso de ese término, se perderá el mismo. Por último, se consigna en dichas hipótesis, la sanción para el caso de la notificación omitida, la que pese a parecer distinta en cada una, ya que consiste, sea, en una ausencia total de efectos, o en la nulidad de la venta, ambas coinciden totalmente, como se demostrará más adelante, en la misma especie de sanción, la que consistirá en una ineficacia relativa, u inoponibilidad a terceros, aplicando al presente caso la doctrina del tratadista italiano Francesco Messineo.

En efecto, tomando en cuenta que la venta celebrada entre un tercero ajeno a la comunidad y un partícipe de la misma, sin dar el aviso de ley, llena los presupuestos necesarios para su existencia y validez, ya que al estar fijado el precio y la cosa y al no existir vicios en el consentimiento, ni ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato, y llenarse las formalidades debidas, el negocio es en sí del todo válido y eficaz entre las partes contratantes, por lo que produce plenos efectos de derecho, y no será tampoco anulable.

Ahora bien, si la falta del aviso de ley no trae como consecuencia la anulabilidad, ni la no producción de efecto jurídico alguno entre las partes, ¿qué clase de sanción tendrá dicho supuesto?

Para responder a dicha interrogante debemos hacer una breve exposición de la doctrina del tratadista antes citado, sobre los conceptos "Falta de Legitimación para contratar" e "Inoponibilidad a terceros" que explica claramente la hipótesis de la falta de notificación.

Explica Messineo que hay que distinguir entre los elementos intrínsecos y extrínsecos del contrato, ya que los primeros son elementos formales o estructurales del mismo, en tanto que los restantes tienen una función integradora. A los primeros pertenecen el consentimiento y la forma, mientras que la capacidad de obrar, el poder de disposición y la legitimación para contratar forman los elementos extrínsecos; de los dos últimos su carencia producirá la ineficacia del contrato.

La legitimación para contratar consiste en el hecho de encontrarse al sujeto en una determinada posición, esto es, en un modo de ser del sujeto respecto de otros o con relación al bien o a los intereses que son materia del contrato.

En nuestro caso a estudio, la legitimación consistirá en el haberse cumplido con la obligación de darse el aviso de la enajenación a quien tiene derecho a ser notificado, y sólo después de efectuarse dicha notificación, el sujeto estará legitimado para realizar la venta en favor de un tercero ajeno.

Ahora bien, al carecerse de la legitimación para consumir la enajenación, esta no será nula, ya que produce plenos efectos entre las partes, pero será inoponible a los sujetos que no fueron notificados de la venta.

Esta inoponibilidad es un grado de la ineficacia, ya que equivale a una ineficacia relativa, la que tiene como resultado que el negocio se r á afectado, no en sus efectos directos, o sea, en las relaciones entre las partes, sino en sus efectos reflejos, o sea frente a determinados terceros, y por consiguiente, resulta que un mismo negocio es eficaz desde un punto de vista, e ineficaz desde otro.

Concluyendo de lo anterior, sostenemos que el caso de la venta celebrada sin dar el aviso de ley a los demás partícipes, adolecerá de falta de legitimación para contratar, y la consecuencia de esto será que dicho negocio solamente producirá efectos entre el tercero adquirente y el partícipe enajenante y será plenamente eficaz entre ellas, pero será ineficaz e inoponible frente a los copropietarios o coherederos, en su caso, que no hubieren sido notificados conforme a derecho de la enajenación efectuada por su copartícipe. En tal virtud, es nuestra opinión que aunque la ley hable de que el negocio no producirá efecto legal alguno o que será nulo, la noción correcta de la sanción para el caso del aviso omitido, es la de inoponibilidad a terceros por falta de legitimación para contratar.

Solucionada la anterior cuestión, abordaremos ahora el estudio de la restante especie del derecho del tanto, o sea, la correspondiente al usufructuario, hipótesis que se prevé en el artículo 1005 del Código Civil vigente, el que a la letra dice:

El usufructuario goza del derecho del tanto.  
Es aplicable lo dispuesto en el artículo 973,  
en lo que se refiere a la forma para dar aviso  
de enajenación y al tiempo para hacer uso del  
derecho del tanto.

Como se observa de la disposición transcrita, sólo se remite a lo preceptuado por el artículo 973, ya estudiado, en lo que se refiere a la forma para dar el aviso de enajenación y al tiempo para hacer uso del derecho, por lo que deberá notificarse por medio de notario o judicialmente y el término en cuestión será de 8 días, transcurrido el cual se pierde el derecho.

Sin embargo, la norma transcrita no establece ningún tipo de sanción para la notificación omitida, ya que no remite a lo dispuesto para tal hipótesis en el artículo 973; no obstante esto, creemos que puede aplicarse, por un criterio lógico y jurídico, la misma disposición, en lo que respecta a la hipótesis descrita, en virtud de que, es indudable que en el usufructo existe un desmembramiento del derecho de propiedad, ya que el propietario deja de ser tal, para convertirse solamente en un nudo propietario, frente a otro sujeto que posee otro derecho real, o sea el usufruc-

uario y en este caso, el derecho del tanto llena su función, al ser el medio idóneo para facilitar la reintegración del desmembrado derecho de propiedad, ya que el usufructuario tendrá la facultad de adquirir el buen usufructuado, con preferencia a un tercero interesado.

En consecuencia, si existe violación del derecho del usufructuario, al no dársele el aviso de ley, la enajenación así efectuada, será al igual que en las anteriores especies, inoponible al usufructuario, por falta de legitimación del nudo propietario, para celebrar la venta, surtiendo ésta sin embargo, plenos efectos de derecho entre las partes contratantes, o sean el tercero interesado y el nudo propietario.

Por lo expuesto, estimamos que está perfectamente determinada nuestra institución, en lo que respecta a la manera de efectuar el aviso, al término para ejercitar el derecho, así como la sanción para el caso del aviso omitido, ya que la notificación deberá ser hecha por medio de notario o judicialmente, y además de estas dos maneras, en la comunidad de derechos hereditarios, podrá ser hecha mediante dos testigos; el término para ejercitar el derecho, será uniformemente de 8 días, transcurrido el cual se tendrá por perdido; y la sanción para el caso de la notificación omitida será en las 3 especies, la inoponibilidad de la venta, a quien sea titular del derecho del tanto.

El titular del derecho, al no ser notificado, tiene entonces la facultad legal de solicitar que el contrato celebrado sin aviso le sea inoponible, y podrá válidamente, adquirir la cosa vendida, pagando al tercero adquirente el precio que hubiese pagado, subrogándose en la persona de aquél, y esta subrogación deberá efectuarse mediante el ejercicio de la acción de retracto, como es denominada por la jurisprudencia de nuestro Supremo Tribunal.

IV.- El ejercicio del derecho del tanto parte, según la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de dos presupuestos: a) que un copropietario, coheredero o nudo propietario, tenga convenida una venta con un tercero interesado, y b) que este mismo notifique en la forma prevista por la ley, a quien sea titular del derecho, para que este haga uso de su facultad jurídica en un plazo de ocho días.

Entonces, cuando no existe la notificación, el derecho no puede ser ejercitado en forma espontánea, y el titular podría quedar sin la posibilidad real y efectiva de hacer valer su facultad jurídica.

La acción de retracto viene a solucionar la cuestión, ya que mediante ella, no se nulifica la venta, ni se retrotraen sus efectos, sino que el titular o titulares del derecho se subrogan en los derechos del nuevo adquirente, toda vez que su efecto, no es que el vendedor devuelva el precio

al comprador y éste a aquél los derechos vendidos, sino que el titular ejercitante de la acción de retracto se substituya y subroge en los derechos y obligaciones del comprador, en los términos y condiciones en que se hubiere pactado la venta, devolviendo al comprador el precio que haya pagado.

Por ello, si en el ejercicio del derecho del tanto puede el titular pagar el precio dentro del plazo de 8 días, es condición sine qua non, para el ejercicio de la acción de retracto, que exhiba el precio con la demanda, puesto que va a subrogarse en los derechos del comprador.

Ahora bien, si el derecho del tanto se ejercita en relación con el copropietario, coheredero o nudo propietario que vaya a enajenar la cosa objeto del derecho, la acción de retracto se ejercita en contra del nuevo adquirente y tendrá por principal objeto, el redimir dicho bien para el titular del derecho, y en esta virtud adquiere características de acción real.

El término para ejercitar la acción de retracto será de 10 años, según la jurisprudencia de nuestro Supremo Cuerpo Colegiado, que es el período de prescripción normal de las acciones, y la vía para hacerla valer, creemos que es la sumaria, por virtud de lo previsto en la fracción XIV del artículo 430 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, la que dispone que todo lo relativo

a la cosa común se tramitará sumariamente, lo cual puede ser aplicado asimismo a las dos especies restantes por ser de la misma naturaleza la acción ejercitada.

Con esta acción se hace valer entonces, la inoponibilidad de la venta celebrada sin dar el aviso de ley a los titulares del derecho del tanto, y en consecuencia podrá ejercitarse contra el nuevo adquirente e incluso cualquier subadquirente de la cosa sobre la cual se ejercita dicha facultad jurídica.

Podemos concluir de todo lo anterior, que el derecho del tanto, siempre se ejercitará antes de que la venta propalada con un tercero extraño se consume, ya que después de esto, ya no existirá el derecho del tanto, sino que deberá hacerse valer la acción de retracto, no para el efecto de que se haga la notificación omitida, sino para redimir la cosa vendida, subrogándose en los derechos y obligaciones del nuevo adquirente o cualquier subadquirente.

En el siguiente capítulo analizaremos la naturaleza de nuestra institución, por ser este un tema de esencial importancia para el presente trabajo y asimismo, trataremos de elaborar una definición sobre el derecho del tanto.

## CAPITULO IV

### EL DERECHO DEL TANTO COMO OBLIGACION "PROPTER REM"

- I. - Planteamiento del problema de la diferenciación de las obligaciones.
- II. - Teoría de M. Michon sobre la obligación real.
- III. - Solución de Baudry-Lacantinerie y Bonnacase.
- IV. - Aplicación de las doctrinas a nuestra figura.

I. - El Derecho del Tanto, como ya estudiamos anteriormente, es una institución que es menester analizar en su naturaleza esencial, para lo cual debemos en primer término, determinar la índole de la facultad jurídica nacida por virtud de dicha figura.

Ahora bien, en principio necesitaríamos encuadrar al Derecho del Tanto dentro de las grandes categorías de derecho real o personal; sin embargo, y con apoyo en las doctrinas que exponremos en síntesis a continuación, es nuestra opinión que nuestra figura no pertenece a ninguna de dichas categorías, ya que corresponde a la estructura de las obligaciones reales o "propter rem" que son el intermedio entre la tajante división de derechos reales y personales.

El tratadista francés Marcel Planiol es quien planteó el problema de la diferenciación entre la obligación personal propiamente dicha y la obligación real o "propter rem", y lo hace de la siguiente manera:

Por la obligación personal en forma general siempre se obliga al deudor con todo su patrimonio.

Sin embargo, un deudor puede encontrarse con una deuda, únicamente sobre uno o varios bienes determinados, mientras que la mayor parte de su patrimonio escapa a la acción del acreedor. Esto tiene lugar cuando el deudor, sin estar obligado personalmente es propietario de un objeto sobre el cual el acreedor posee un verdadero derecho equiparable a la prenda o hipoteca, y la persona del deudor al no estar obligada no entra en la relación con todo su patrimonio, sino que la acción del acreedor estará localizada sobre un determinado objeto.

De lo anterior se deriva que la acción es real y no personal, y en esta particular situación, el deudor cesa de estar expuesto a la acción del acreedor desde que cesa de ser propietario del bien gravado con dicha carga, lo que le dará la facultad de sustraerse a voluntad de la obligación, abandonando la cosa al acreedor, lo que constituye la figura jurídica del "droit de déguerpissement" de uso frecuente en el antiguo Derecho Francés y que es conocido actualmente como "droit de délaissement", o derecho de abandono.

M. Planiol describe como los casos más frecuentes de este tipo de obligación, el correspondiente al de los adquirentes de inmuebles hipotecados, cuando son extraños a la deuda que motivó dicho gravamen, y el de la constitución de garantías reales sobre la persona o sea, el supuesto de las personas que sin adquirir personalmente la deuda de un tercero, constituyen en beneficio del acreedor una hipoteca o prenda sobre uno de sus bienes.

El tratadista mencionado denomina a esta categoría de obligaciones con el nombre de "propter rem", englobando en este concepto todas las cargas reales, y su teoría, según Baudry-Lacantinerie y Julien Boncasse no puede tomarse como una teoría general de la obligación real o "propter rem", sino solamente como elementos de solución para contadas cuestiones.

Empero, ambos civilistas concuerdan en que a Marcel Planiol se le debe el mérito de planteamiento del problema de la diferenciación entre las obligaciones personales, u obligaciones propiamente dichas, y las obligaciones reales o "propter rem".

II. - La teoría de conjunto de la obligación real fue sostenida por M. Michon en su tesis de doctorado en el año de 1891 titulada "Las obligaciones propter rem en el Código Civil Francés" y fue desarrollada en síntesis de la manera siguiente:

El civilista de referencia comienza por constatar que la obligación personal evoca a título de contraste la obligación real y hace alusión a este respecto, a los trabajos desarrollados por Aubry et Rau y Toullier, definiendo la obligación como el nexo de derecho existente entre dos personas, por virtud del cual una de ellas está constreñida al cumplimiento de una prestación, la que consistirá en un dar, hacer o no hacer, existiendo en dicho nexo una sanción para forzar al deudor al cumplimiento de la obligación, y en lógica pura, la dicha obligación abarcará la persona misma del deudor, siendo entonces contra ésta, que la compulsión será dirigida.

La anterior, es la concepción de la obligación conforme al Derecho Romano primitivo y el deudor que no ejecutaba su promesa exponía su libertad y su vida, teniendo actualmente dicho concepto, un nuevo enfoque, ya que el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, tendrá como consecuencia que la coerción se ejercitará, ya no sobre la persona del incumplido, sino contra su patrimonio, o sea, el conjunto de sus bienes presentes y futuros que forman la garantía común de los acreedores y el sujeto pasivo se encontrará obligado principalmente sobre su persona y accesoriamente, sobre sus bienes.

Sin embargo, prosigue Michon, esto no es un principio general, ya que existen ciertas obligaciones que no tienen un carácter tan personal, y su origen no será un convenio o un simple hecho jurídico, (cuasi contrato,

cuasi delito, y delito personal del deudor) sino que se presentan como sim ples accesorios de un derecho del que el deudor se encuentra investido y al cual puede renunciar válidamente. Por esta renunciación que posee el deudor sobre su derecho, (cum omni causa, bona aut mala) se libera de las cargas del mismo, que son el accesorio inseparable; se exonera por un modo particular (per remotionem causae), abandonando en favor del acreedor el derecho gravado ejercitando el "droit de délaissement".

M. Michon denomina a estos gravámenes "propter rem", porque siendo debidas por una persona, son agregados a una cosa, o de otro modo, no gravan a la persona, sino en la medida en que resulte poseedora de la cosa, y no como obligado personal.

Esta relación se traduce por una doble consecuencia que forma el sello distintivo de esas obligaciones: transmitiendo el derecho a un ter cero, el obligado propter rem transmite al mismo tiempo su obligación; abandonando su derecho al acreedor, está liberado y la obligación se extingue.

Según el autor citado, el abandono es verdaderamente privativo de la obligación propter rem y autores como Pothier y Guyot lo presentan como el "criterium" de la misma. El abandono es liberatorio en virtud del principio de que una obligación queda sin efecto cuando carece de causa.

Al llegar a este punto, Michon formula las siguientes interrogantes: ¿cuáles son las causas de obligaciones que pueden desaparecer por el abandono?; o de otra manera, ¿cuáles son las fuentes de las obligaciones propter rem?; ¿se está obligado en razón de un derecho real que se tiene sobre una cosa?

El tratadista multicitado contesta estas cuestiones afirmando que la última de las interrogantes nos da la solución, ya que efectivamente, sí se está obligado en razón de un derecho real, ya que toda facultad de esta índole constituye un derecho de propiedad y en ese sentido, el que lo posee, tiene su libre disposición y puede válidamente abdicarlo. Por esta abdicación se exime de las cargas y gravámenes a los cuales no estaba obligado, mas que en la razón y medida del derecho detentado.

Se concluye entonces que la obligación personal es de índole totalmente distinta de la propter rem y nos da Michon como ejemplo típico de la primera, la situación del comprador con respecto al vendedor, en un contrato sinalagmático donde el derecho de una de las partes es la causa de la obligación de la otra. Este aspecto es siempre la obra de dos voluntades y no podría destruirse por una abdicación unilateral; es así, que el comprador no puede liberarse de la obligación de pagar el precio renunciando a la cosa vendida. Suponiendo sin conceder que el contrato pudiese ser disuelto unilateralmente, por virtud de una cláusula formal, no se -

podría concluir que el contratante que tuviere ese derecho de revocación sea un obligado propter rem, ya que esa obligación tiene como causa única el contrato del que siempre se derivará la índole personal de la obligación.

El supradicho tratadista concluye entonces que solamente existirán obligaciones propter rem respecto de derechos reales que sean siempre ejercitados sobre una cosa individualizada y reconocible.

Divide entonces entre derechos reales principales y accesorios, colocando entre los principales a la propiedad y sus desmembramientos, y entre los segundos, a los que afectan una propiedad o un derecho real principal a la garantía de un crédito, sin ser verdaderos desmembramientos.

Entre los primeros coloca a la copropiedad porque el derecho de cada partícipe está limitado por el de los otros, esto es, que cada uno es independiente, pero no puede comprometer el interés de los otros, ya que todos los copropietarios están unidos por la cosa común y uno solo de ellos no puede usar de la misma al punto de comprometer los derechos de los demás, como tampoco puede dejar de contribuir a los gastos de la cosa común. Esta reciprocidad es particular a la indivisión, la que puede consistir en una copropiedad o indivisión principal o accesoria, como es la servidumbre de paso.

De la propiedad en sus diversas modalidades, pasa Michon al estudio de los derechos desmembrados de la misma, donde encontramos el usufructo, que es considerado también como derecho real ejercitado sobre cosa individualizada y reconocible, y por tanto, también allí encontraremos obligaciones propter rem.

M. Michon concluye entonces que las obligaciones propter rem que siguen a los derechos reales de propiedad y sus desmembramientos, consisten únicamente en cargas legales de su disfrute, es decir, son el aspecto pasivo del derecho real, teniendo nacimiento siempre en la ley, nunca en la voluntad del hombre.

Explica el mismo civilista que cuando una obligación es propter rem, tiende a formar una relación de causa a efecto, uniendo la cosa a la obligación.

Las cargas o gravámenes puramente convencionales de un derecho real, estipuladas como equivalentes o reconocitivos de ese derecho eran reales en la antigua jurisprudencia y doctrina francesas, pero ese principio que se aplicaba en la época feudal se encuentra opuesto al orden público actualmente, por lo que se comprueba una vez más que solamente en la ley tendrán nacimiento las obligaciones reales, ya que son las cargas legales del disfrute de un derecho real, sean o no, modificadas por la

voluntad del hombre, excluyéndose de este concepto, las que no tienen por causa única el disfrute del derecho real.

A grandes rasgos, hemos expuesto la teoría del tratadista francés M. Michon, la que resulta de suma importancia para el estudio del presente tema, así como la doctrina de Baudry Lacantinerie y Julien Bonnecase que nos da la solución final al problema planteado en un principio por el también civilista francés Marcel Planiol.

III. - La doctrina elaborada por los grandes civilistas franceses Baudry Lacantinerie y Julien Bonnecase sobre la noción de obligación real o propter rem es la que a continuación sintetizaremos.

Comiencan ambos tratadistas por reconocer que en el Derecho positivo francés existen bajo el nombre de obligaciones reales o propter rem, unas obligaciones completamente distintas de las personales u obligaciones propiamente dichas, y por otra parte, los derechos reales.

Estas obligaciones reales consisten esencialmente en la necesidad para el deudor de cumplir un acto positivo exclusivamente en la medida de una cosa que detente, transmitiéndose dicho gravamen ipso jure a los detentadores sucesivos de la cosa, sin que en ningún caso se transformen en derechos reales u obligaciones personales.

Los autores mencionados formulan a manera de conclusiones de su doctrina, las siguientes proposiciones a la teoría elaborada por M. Michon:

Primera proposición: Rechazo de la división de las obligaciones reales en dos categorías o sean las correspondientes a los derechos reales principales (propiedad y sus desmembramientos) y accesorios (derechos de garantía: prenda e hipoteca).

Solamente se podrá concebir la obligación real o propter rem, indisolublemente unida a la noción de derecho real principal, comprendiéndose en esta, la propiedad en sus diversas formas, incluida la copropiedad así como los derechos nacidos de su desmembramiento, como lo es el usufructo.

Se señalan como ejemplos de obligaciones propter rem del copropietario, el contribuir al mantenimiento de la cosa común, así como a las reparaciones necesarias de la misma y del usufructuario, el formular inventario, el otorgar caución para garantizar el buen uso de la cosa, el pago de los impuestos respectivos, así como seguir juicio al tercero que indebidamente detente el usufructo.

Segunda proposición: La obligación real o propter rem se distingue de la personal en todas sus formas. La institución del abandono o délaissement caracteriza la obligación real.

En efecto, mientras que la obligación personal reposa directamente sobre la persona del deudor y es ejecutoria sobre todos los bienes de su patrimonio, la propter rem toma lugar sobre una cosa, a la cual se agrega, tanto en su existencia como en su ejecución, si el deudor, ante la acción del acreedor, pone en movimiento la institución del abandono.

Asimismo, es característica esencial de la obligación propter rem el estar ligada a un derecho real principal, ya sea propiedad en todas sus formas o desmembramiento de la misma.

Tercera proposición: Existen diferencias específicas entre la servidumbre y la obligación propter rem y entre ellas se pueden enumerar las siguientes:

a) la servidumbre es un derecho real principal, en tanto que la obligación propter rem necesita forzosamente para su existencia de un derecho real fundante;

b) la obligación propter rem es rigurosamente legal, mientras que el uso y extensión de las servidumbres voluntarias se regulan exclusivamente por el documento que las constituye;

c) el carácter rigurosamente legal de la obligación propter rem le viene en razón de su calidad de accesoria del derecho real principal;

d) la servidumbre no tiene por objeto la comisión de un acto positivo, sino solamente un no hacer, en tanto que la obligación real puede consistir en un acto positivo o una abstención.

Con esto se concluyen las teorías correspondientes a la obligación real o propter rem, las que hemos tratado en forma sintética, para el efecto primordial de encuadrar dentro de la noción de obligación real, la institución tema de la presente tesis.

IV. - El derecho del tanto, de conformidad con las doctrinas expuestas anteriormente resulta en esencia una obligación real o propter rem, como a continuación se demostrará.

Es indudable que la copropiedad, la comunidad de derechos hereditarios y la nuda propiedad en el usufructo, constituyen derechos reales principales, por ser formas del derecho de propiedad o desmembramientos de la misma, y por tanto, pueden tener como accesorios del derecho real que contienen, las obligaciones reales o propter rem que son el aspecto pasivo del goce de dicha facultad.

Ahora bien, el copropietario, el coheredero y el nudo propietario, por ser titulares de sus respectivos derechos reales, tienen diversas obligaciones a su cargo, y entre ellas encontramos la de dar el aviso de ley, ya sea a los copartícipes o al usufructuario, de la venta que tuviesen con-

venida sobre su respectivo derecho, para el efecto de que, si aquellos desearan adquirirlo preferentemente a un tercero interesado, se consume la venta a su favor.

Tenemos entonces, que la obligación de notificar la venta a quienes tengan derecho a ello, así como la de consumir la venta en favor de quienes desearan ejercitarlo, constituyen obligaciones de hacer nacidas por virtud del goce de un derecho real, teniendo a este como única causa de su fundamento y existencia, y nunca la libre voluntad del hombre.

Asimismo, otra característica que identifica al derecho del tanto como obligación real, es que siempre deberá estar determinado expresamente en la ley, y así lo encontramos establecido por los artículos 950 último párrafo, 973, 974, 1005 y 1292 del Código Civil vigente.

Por último, también debe tomarse en cuenta para determinar al derecho del tanto como obligación propter rem que el copropietario, coheredero y nudo propietario, al tener la libre disposición de su respectivo derecho real, pueden válidamente liberarse de las obligaciones establecidas a su cargo, mediante la institución del abandono, por lo que al efectuarse éste en favor de los acreedores dejarán de estar obligados en la medida en que son titulares de los derechos reales correspondientes, ya que la obligación real está fundada en un derecho real fundante.

## CAPITULO V

## NATURALEZA DEL DERECHO DEL TANTO

- I.- Análisis gramatical y consideraciones jurídicas del concepto.
- II.- Características esenciales de la institución.
- III.- Definición propuesta.

I.- Es indispensable para el estudio del presente tema, el análisis gramatical del término "derecho del tanto", para darnos una idea más o menos precisa de la intención del legislador, de instituir en los cuerpos legales positivos, la multicitada figura.

Podemos asimismo, tener una idea similar de nuestra institución, con ayuda del concepto en su traducción al castellano, que ha tenido la misma en las legislaciones extranjeras, a partir del Derecho Romano, que la denominó como *jus pre-emptio*, figura que estudiamos en anteriores capítulos, y que traducida al castellano significa derecho de antes de comprar o de precompra.

Con una denominación idéntica es conocido en el derecho francés (*droit de préemption*), así como en el anglosajón (*right of pre-emption*).

De igual manera el *Vorkaufsrecht* del Código Civil Alemán tiene el mismo significado de los anteriores términos, por lo que aplicado lo anterior al derecho del tanto es en primer término un derecho que debe ejercitarse antes de comprarse alguna cosa.

Por su parte, la legislación española denominó la antigua Institución romana, como derecho de tanteo y posteriormente, nuestra legislación adoptó el mismo término, conociéndose como el actual Derecho del Tanto,

Los términos tanteo y tanto son en esencia idénticos, aunque tanteo proviene de tanto, que a su vez tiene origen en la voz latina *tantus-i* y tiene entre sus principales acepciones, las siguientes:

- a). - Cantidad, número o porción de una cosa indeterminada o indefinida.
- b). - Cantidad cierta o número determinado de una cosa; y
- c). - Cantidad proporcional respecto de otra, según lo previamente estipulado o con sujeción al precio corriente.

Asimismo, los adverbios por el tanto o al tanto se usan en lo material de las compras, ventas u otras semejantes enajenaciones.

Tanteo, en su acepción principal es la acción y efecto de tantear y significa medir o parangonar una cosa con otra, para ver si viene bien o ajustada; en la acepción forense del término, significa dar por una cosa

el mismo precio en que ha sido rematada en favor de otro.

De lo expuesto, podemos destacar principalmente la idea de cantidad proporcional, o sea, que el Derecho del Tanto, de acuerdo con las definiciones gramaticales expresadas, es en esencia la facultad jurídica de dar el mismo precio ofrecido por una cosa para adquirirla con preferencia a otras personas, y que, además, dicha facultad debe ejercitarse antes de ser efectuada la enajenación propalada con un tercero.

Tenemos entonces que considerar que nuestra Institución es un derecho de adquisición con preferencia, y asimismo, es un medio idóneo para hacer cesar el estado de indivisión, así como del desmembramiento del derecho de propiedad, caso en que también interviene nuestra figura para reintegrar el derecho mencionado en su totalidad.

Ahora bien, es menester estudiar la relación jurídica establecida por el ejercicio del Derecho del Tanto, para el efecto de determinar la naturaleza de la obligación principal a cargo del sujeto pasivo, así como la índole de la facultad jurídica establecida en beneficio del titular.

II. - Debemos ahora determinar las peculiaridades esenciales del Derecho del Tanto, para posteriormente, estar en posibilidad de formular una definición, tomando en cuenta para ello las características principales del mismo, que podemos enumerar de la manera siguiente:

a). - Es un derecho que nace de la Ley.

- b). - Es un instrumento útil para reintegrar el derecho de propiedad.
- c). - Consiste en una obligación real y de hacer a cargo del sujeto pasivo,
- d). - Es un derecho de preferente adquisición.
- e). - Su violación hará inoponible la enajenación.
- f). - Incluye en favor del titular preterido, la acción de retracto.

Trataremos de estudiar, haciendo una síntesis de nuestra exposición, todas las anteriores características que configuran a la institución en el campo del derecho.

- a). - Es un derecho que nace de la Ley.

Indudablemente, ésta es una característica diferenciativa de nuestra institución, ya que siempre tendrá origen en una disposición expresa de la ley, lo que se comprueba con las normas legales contenidas en los artículos 950 último párrafo, 973 y 974 que tratan lo relativo a la copropiedad; 1005, respecto del usufructo y 1292 que establece el derecho del tanto en la comunidad de derechos hereditarios.

Por el contrario, el derecho de preferencia por el tanto tiene siempre un origen contractual o de libre disposición de las partes, lo que lo diferencia totalmente de nuestra institución, siendo además esa característica siempre inherente a dicha figura.

b).- Es un instrumento útil para reintegrar el derecho de propiedad.

Nuestra institución es una facultad jurídica establecida en favor del copropietario, coheredero y usufructuario, siendo los dos primeros, copartícipes en el derecho de propiedad sobre cosa indivisa o masa hereditaria, situación que según autores como D. Florencio García Goyena y Manuel Mateos Alarcón, es un defecto del derecho de propiedad y fuente de discordias y desavenencias, por lo que, en virtud de la proximidad existente entre dichos sujetos el ejercicio del derecho del tanto proporcionará la solución al estado de indivisión que tantos problemas puede ocasionar y constituye, entonces, un medio para facilitar la libre circulación de la riqueza, objetivo de nuestros ordenamientos positivos, desde la promulgación de las Leyes de Reforma.

En este aspecto, el derecho del tanto se relaciona con la acción de división de la cosa común o *communi dividundo*, que desde la vigencia de las leyes romanas ha sido también un medio para hacer cesar el estado de indivisión.

El caso del usufructo es similar, ya que el pleno ejercicio del derecho de propiedad se encuentra desmembrado, teniendo el dueño de la cosa, solamente la nuda propiedad, mientras que el usufructuario tiene el pleno uso y disfrute de la misma, y es entonces que al establecerse en

su favor el derecho del tanto para el efecto de adquirir la nuda propiedad, con preferencia a cualquier interesado, constituirá indudablemente un medio útil para restablecer el derecho de propiedad que se encontraba desintegrado por virtud del usufructo.

c).- Consiste en una obligación real y de hacer a cargo del sujeto pasivo.

Como ya anteriormente apuntamos, el copropietario, el coheredero y el nudo propietario, cuando convinieren en enajenar su porción respectiva o la nuda propiedad, se convierten por ese solo hecho, en obligados respecto de sus copartícipes o del usufructuario, surgiendo dicha obligación por virtud de su mismo carácter de titulares de un derecho real, y consistirá aquella en un hacer, o sea, el notificar, conforme a la norma específica, de la venta que tuviesen propalada, a los titulares del derecho del tanto, quienes tendrán tal carácter, al darse el supuesto de hecho necesario para la aplicación de los preceptos relativos.

Ahora bien, la notificación no es el único gravamen que tienen a su cargo los obligados, sino que también, de hacerse valer el derecho del tanto, tienen la obligación de consumir la venta en favor del o los ejercitantes.

d).- Es un derecho de preferente adquisición.

Lo anterior, es precisamente la esencia de nuestra figura, ya

que en las codificaciones extranjeras que la establecen, así como en la legislación civil mexicana, se conoce el derecho del tanto como una facultad jurídica para adquirir una cosa con preferencia a otras personas, esto es, un derecho de pre-compra al mismo precio que ofrezca un tercero interesado.

Sin embargo, es preciso anotar que el pacto de preferencia por el tanto también es un derecho de preferente adquisición, pero en éste, además de todas las diferencias que en el capítulo anterior se determinan, difiere de nuestra figura en que, para su válido ejercicio presupone que la cosa haya sido objeto de una venta entre titular y obligado, consumada siempre anteriormente, mientras que en el derecho del tanto, es condición necesaria para hacerse valer el que la venta no se haya consumado entre el obligado y un tercero, ya que entonces, sólo tendrá derecho el titular, en caso de no habersele notificado, a redimir la cosa vendida a un extraño, mediante la acción de retracto.

e). - Su violación hará inoponible la enajenación.

La falta de notificación de la venta, conforme a las formalidades legales que debe llenar, traerá como consecuencia que el acto jurídico así efectuado, será ineficaz e inoponible, no en sus efectos directos sino en los reflejos, produciendo plena eficacia entre las partes contratantes, pero en relación con el titular o titulares del derecho del tanto, no producirá efecto legal alguno.

Ahora bien, la contravención a las normas que regulan nuestra figura, podrá consistir, ya sea en la falta total de notificación, omisión de las formalidades que deba llenar la misma, o habiéndose efectuado ésta y manifestado el titular su deseo de adquirir la cosa, se consumare la venta en favor de un extraño.

El titular, por virtud de la preterición, tendrá entonces, la facultad de hacer valer la acción de retracto en contra del nuevo adquirente.

Sin embargo, es nuestra particular opinión que se evitarían multiples litigios, si existiese además de la facultad de redimir el objeto vendido indebidamente, otro medio que asegurase el cumplimiento de las formalidades impuestas a cargo del obligado, el cual podría ser la certificación notarial, hecha constar en la escritura de transmisión, de que se han observado los preceptos relativos al derecho del tanto, previamente a la enajenación.

De lo anterior, existe como antecedente el artículo 23 de la Ley sobre el régimen de propiedad y condominio de los edificios divididos en pisos, departamentos, viviendas o locales, el que en su parte conducente dice:

Los notarios o quienes hagan sus veces se abstendrán de autorizar una escritura de compraventa de esta naturaleza si antes no se cercioran de que el vendedor ha respetado el derecho del tanto.

Como se observa, esta parte del precepto en cuestión, puede ser válidamente aplicada a nuestra figura, pese a que dicha norma no se refiere a un verdadero derecho del tanto, sino al tanto o por el tanto, por tratarse de una facultad establecida en favor del arrendatario, quien como en capítulos anteriores se señala y conforme a la doctrina del maestro Lic. Ernesto Gutiérrez y González, no goza del derecho del tanto, ya que no se contienen las características esenciales de nuestra figura.

f). - Incluye en favor del titular preterido, la acción de retracto.

Esta última característica, también es privativa de nuestra figura, ya que en el pacto de preferencia y demás especies del derecho por el tanto, el titular preterido solamente tendrá derecho al pago de los daños y perjuicios causados por la falta de aviso, mientras que en el derecho del tanto, la falta de cumplimiento de la obligación del sujeto pasivo, dará lugar a la posibilidad de ejercicio de la acción de retracto, la que se incluye en todas las especies de nuestra figura, por ser el instrumento para que no quede subsistente la violación al derecho del tanto.

La acción de referencia, como se ha hecho notar anteriormente, no se ejercitará ya en contra del obligado, sino que se dirigirá hacia quien haya adquirido el objeto, aún de buena fe, no importando en identidad, y tendrá por objeto y fin principal, el redimir o rescatar la cosa vendida, previo pago del precio y los gastos que haya cubierto el adquirente.

Asimismo, es condición de suma importancia para el ejercicio de la acción citada, la exhibición del precio y los gastos que hubiese cubierto el demandado, en el escrito en que se inicie el juicio respectivo,

Con todas las características anotadas, podemos estar en posibilidad de reconocer nuestra figura y distinguirla de las que le son afines, y por ende, podremos ahora formular una definición tomando las principales notas distintivas del derecho del tanto.

III .- Para efectuar una definición clara y precisa de nuestra figura, existe la dificultad de que los tratadistas del Derecho Civil Mexicano no han realizado dicha tarea, y por otra parte, en la legislación vigente tampoco existe una determinación correcta de la misma, lo que ha motivado la confusión existente entre el verdadero Derecho del Tanto y las instituciones que le son afines.

En esta virtud, tenemos que acudir a la doctrina de los civilistas hispanos, de entre los cuales destaca la del tratadista Castán, por ser a nuestro juicio, la más adaptable a la figura tema de la presente tesis.

El Derecho de Tanteo (o del Tanto) es para el Maestro citado, el derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa, en el caso de que el dueño quiera enajenarla; asimismo, es necesario señalar que en la Legislación Española el derecho de retracto es una institución independiente y totalmente autónoma, no sucediendo lo

mismo en nuestra legislación, ya que sólo existe la acción de retracto , que como ya estudiamos anteriormente, va siempre unida al Derecho del Tanto.

El derecho de retracto se define por el mismo autor como el derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa, cuando el dueño la ha enajenado, subrogándose en el lugar del comprador, mediante abono al mismo, del precio que entregó y gastos de contrato que se le pudieran haber ocasionado.

Amalgamando ambas definiciones y adaptándolas al Derecho del Tanto, podemos formular la siguiente que es la que proponemos respecto de nuestra institución:

Derecho del tanto es la facultad legal establecida en favor del copropietario, coheredero y usufructuario para ser notificados formalmente de la venta del derecho real del copartícipe o nudo propietario y para adquirir el mismo, con preferencia a un tercero extraño, pudiendo asimismo subrogarse en la persona de cualquier adquirente, de no respetarse las facultades determinadas en su beneficio.

Como se observa en la definición anterior, hemos hecho resaltar las características esenciales de nuestra institución, como son en primer término, su origen proveniente de la ley y consignado solamente respecto

del copropietario, coheredero y usufructuario; en seguida, el derecho a ser notificados en la forma que la norma específica disponga, y a adquirir con preferencia a cualquier interesado, la parte alícuota en la copropiedad y comunidad de derechos hereditarios, del copartícipe enajenante, y la nuda propiedad en el caso del usufructo. Por último, hemos incluido en la dicha definición, la acción de retracto que consiste en una subrogación en la persona del nuevo adquirente, cuando se ha omitido el aviso, no se ha notificado en la forma prevista, o se ha enajenado el objeto a persona distinta del titular del derecho del tanto, a pesar de haber manifestado su intención de adquirirla.

Con esto concluimos el presente trabajo, no sin antes hacer notar que el mismo constituye únicamente un pequeño y sencillo esbozo de la institución a estudio, y que tan solo, de ser tomado en cuenta para obras más completas y exhaustivas sobre el tema, habrá logrado los objetivos para los cuales ha sido elaborado.

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

I. El Derecho del Tanto nace en el Derecho Romano con el nombre de jus-pre emptio o derecho de precompra, reglamentándose respecto de la enfiteusis y las comunidades rurales; de ahí se traslada a la Legislación Española desde las Siete Partidas hasta la Novísima Recopilación, instituyéndose respecto de la copropiedad de cosa indivisa, la enfiteusis, y en la esfera administrativa, como medida proteccionista de determinados ramos industriales y comerciales del Reino Español.

II. El retracto tiene un origen hebreo, y se instituye en el Libro del Levítico; de ahí es tomado por el Fuero Viejo de Castilla reglamentándose como retracto gentilicio o de abolengo, desapareciendo esta institución en el Proyecto de Código Civil de D. Florencio García Goyena siendo substituída por el retracto legal y convencional.

III. Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 tomaron del Proyecto la institución del retracto convencional, denominándosele como pacto de retroventa, y por otra parte, reglamentaron el derecho del tanto respecto de las siguientes hipótesis de aplicación:

- a) En la enajenación de la vía pública;
- b) en el usufructo y la enfiteusis;
- c) en la copropiedad de cosa indivisa y la comunidad de derechos hereditarios;

d) en la sociedad por acciones y la aparcería de ganados.

IV. El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, actualmente vigente, eliminó el derecho del tanto enfitéutico por haber desaparecido la institución de la enfiteusis del campo jurídico positivo; prohibió expresamente el pacto de retroventa (Art. 2302), y por otra parte, instituyó dos nuevas figuras: el pacto de preferencia, reglamentado por los artículos del 2303 al 2308, inclusive y el derecho del arrendatario para adquirir el inmueble arrendado con preferencia a cualquier tercero interesado (Art. 2447).

V. El Derecho del Tanto en nuestra legislación vigente solamente existe reglamentado respecto de la copropiedad de cosa indivisa; artículos 950, último párrafo, 973 y 974; el usufructo, artículo 1005 y la comunidad de derechos hereditarios, artículo 1292, ya que en las demás figuras no se llenan las características esenciales del Derecho del Tanto.

VI. El pacto de preferencia, y las hipótesis correspondientes al arrendamiento, (Art. 2447) y la aparcería de ganados (Art. 2763) son consideradas por el maestro Ernesto Gutiérrez y González como su puestos del derecho al tanto o por el tanto, distintos del derecho del tan to, y de naturaleza diversa.

De igual manera, la hipótesis prevista por el artículo 2706 del Código a consulta y referida a la sociedad civil, tampoco se relaciona con el derecho del tanto, sino que es en esencia, un derecho de opción, en el que se persigue como finalidad la necesidad de mantener el status quo del socio y de impedir que se le prive parcialmente de su participación en la reserva, como apunta claramente el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez en su Tratado de Sociedades Mercantiles. Esto también puede aplicarse a los supuestos consignados por los artículos 33 y 66 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los que se refieren a la Sociedad en nombre colectivo y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, respectivamente.

VII. Las características esenciales del Derecho del Tanto que lo diferencian de las instituciones que le son afines son las siguientes:

- a) Es un medio idóneo para reintegrar el completo disfrute del derecho de propiedad.
- b) Es una facultad jurídica de preferente adquisición que tiene origen solamente en la ley, nunca en la voluntad del hombre.
- c) Solamente se encuentra respecto de la copropiedad de cosa indivisa, la comunidad de derechos hereditarios y el usufructo.

- d) Consiste en una obligación de hacer, como es el notificar, legalmente, de la enajenación que tuviere convenida el copropietario, coheredero o nudo propietario sobre su respectivo derecho real, y asimismo de consumir la venta en favor del o de los titulares que pretendiesen hacer valer su derecho.
- e) Como una consecuencia de las características anteriores, se configura como una obligación real o propter rem de la cual se podría liberar el sujeto pasivo, haciendo abandono de su derecho real.
- f) En caso de haberse omitido el aviso de ley, o de no consumarse la venta en favor del titular que pretendiese hacer valer su derecho preferencial, la enajenación será válida, pero inoponible ante aquél, por falta de legitimación para contratar.
- g) La inoponibilidad se hará valer siempre, mediante la acción de retracto que se implica en las tres especies de nuestra figura.

VIII. Histórica y etimológicamente, el derecho del tanto ha sido siempre un derecho de pre-compra, el que debe ejercitarse antes de consumarse la enajenación, como era el jus pre-emptio romano, y son ac

tualmente el droit de préemption del Derecho Civil Francés, el right of pre-emption anglosajón y el vorkaufsrecht del Código Civil alemán.

IX. El derecho del tanto, ha tenido como finalidad principal el hacer cesar el estado de indivisión el cual, según apunta D. Florencio García Goyena en su Proyecto, ha sido siempre causa de desavenencias y litigios y asimismo, el reintegrar el completo ejercicio del derecho de propiedad cuando se encuentre desmembrado, como en el caso del usufructo.

X. La naturaleza esencial del derecho del tanto es el de ser una obligación real o propter rem, por ser en primer término, un gravamen impuesto al titular de un derecho real, por virtud de su mismo carácter; en seguida, por tener nacimiento en la ley y por consistir en un hacer, y por último, porque puede liberarse el sujeto pasivo de su cumplimiento, haciendo abandono de su respectivo derecho real.

XI. Como característica inherente al derecho del tanto se encuentra también la institución de la inoponibilidad de la enajenación celebrada sin observar las formalidades, con respecto al titular del derecho del tanto, la que consistirá en que la venta así celebrada será válida en sus efectos directos, esto es, entre comprador y vendedor, pero no en sus efectos reflejos, o sea, entre vendedor y los titulares del derecho del tanto, siendo la transmisión, ineficaz e inoponible ante éstos por falta de legitimación para contratar del obligado enajenante.

**XII.** La acción de retracto que se incluye en las tres especies de nuestra figura deberá ejercitarse siempre, después de ser consumada la venta celebrada sin respetar el derecho del tanto y se dará en favor del o de los titulares preteridos en contra de cualquier adquirente de la cosa, y consistirá en una subrogación en la persona contra la cual se ejercite, para recuperar la cosa vendida, a cambio de pagar al adquirente el precio y los gastos que haya cubierto.

Es asimismo dicha acción, el instrumento legal para hacer valer la inoponibilidad de la enajenación celebrada sin observar las formalidades del derecho del tanto.

**XIII.** Queda perfectamente determinada nuestra institución con sus características esenciales, diferenciándose totalmente del derecho al tanto o por el tanto y de las demás figuras que le son afines,

## BIBLIOGRAFIA

COMENTARIO A LAS PANDECTAS

K. Glück

DERECHO ROMANO

Eugene Petit

DERECHO ROMANO

Guillermo Floris Margadant

HISTORIA DE ESPAÑA

Ramón Menéndez Pidal

LA VENTA DE COSA AJENA EN EL CODIGO CIVIL

Leopoldo Aguilar Carbajal

LECCIONES DE DERECHO CIVIL

Manuel Mateos Alarcón

MANUAL DE DERECHO CIVIL Y. COMERCIAL

Francesco Messineo

MEDITACIONES AD-PANDECTAS

J. Leyser

SEGUNDO CURSO DE DERECHO CIVIL

Leopoldo Aguilar Carbajal

TRAITE DES OBLIGATIONS

Jean Carbonnier

TRAITE DES OBLIGATIONS

Baudry Lacantinerie-Julien Bonnetcase

TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES

Joaquín Rodríguez y Rodríguez

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES

Ernesto Gutiérrez y González

WEST ROMAN VULGAR LAW

W. Levy

**Bibliografía**

**CODIGO CIVIL ALEMAN**

**CODIGO CIVIL DE 1870**

**CODIGO CIVIL DE 1884**

**CODIGO CIVIL FRANCES**

**CODIGO CIVIL VIGENTE**

**FUERO VIEJO DE CASTILLA**

**FUERO REAL DE ESPAÑA**

**LAS SIETE PARTIDAS**

**LEGISLACION CIVIL ESPAÑOLA**

**LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES**

**LEYES DE TORO**

**NOVISIMA RECOPIACION**

**PROYECTO DE CODIGO CIVIL ESPAÑOL**

**APPLETON DICTIONARY**

**DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**

**Guillermo Cabanellas**

**DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO**

**DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**

**ENCICLOPEDIA BRITANICA**

**ENCICLOPEDIA U. T. E. H. A.**

## FE DE ERRATAS

	Dice.	Debe decir.
<b>Pág. 10, 1er. párrafo, 3er. renglón,</b>	<b>Alfonso X</b>	<b>Alfonso VIII</b>
<b>Pág. 33, 2o. párrafo, 3er. renglón,</b>	<b>usar del</b>	<b>usar del retracto</b>
<b>Pág. 52, 3er. párrafo, 3er. renglón,</b>	<b>debe judicialmente</b>	<b>debe notificar a sus cohe- rederos por medio de no- tario, o judicialmente.</b>
<b>Pág. 56, 4o. renglón, 2o. párrafo,</b>	<b>de enajenación</b>	<b>de la enajenación.</b>