

320809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

25
2ej

PLANTEL TLALPAN
ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

"CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA VIOLACION
AL DERECHO DEL TANTO".

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MIGUEL ANGEL HERNANDEZ OROZCO

ASESOR DE TESIS: LIC. CARLOS OCARAS BENAVIDEZ

MEXICO, D. F.,

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

(+) A LA MEMORIA DE MI PADRE

en paz descanse.

A MI MADRE :

Por su paciencia y apoyo

en mi carrera profesional.

A MI ESPOSA :

Quien supo brindarme el apoyo
necesario durante mi desarrollo
profesional.

A MI HIJO :

Yair,

Quien fue siempre una gran
motivación en el desarrollo
de mi formación profesional.

A MIS HERMANOS :

Con respeto y cariño.

A MIS MAESTROS :

Quienes con sus conocimientos y
consejos lograron un gran
desarrollo en mi vida.

I N D I C E

Pág.

INTRODUCCION

I

CAPITULO I

NOCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TANTO.

1.1 Concepto 2

1.2 Antecedentes Históricos 2

1.2.1 Derecho Romano 2

1.2.2 Derecho Español 10

1.2.3 Derecho Alemán 18

1.2.4 Derecho Mexicano 22

1.2.4.1 Epoca Prehispánica 22

1.3 Definición 24

1.4 Figuras afines 24

1.4.1 Derecho del Retracto 24

CAPITULO II

REGULACION DEL DERECHO DEL TANTO EN EL CODIGO CIVIL

VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

2.1 Antecedentes Legislativos 33

2.2 Artículos en que se prevé el
Derecho del tanto. 48

CAPITULO III**CONSECUENCIAS JURIDICAS EN RELACION A LA VIOLACION
DEL DERECHO DEL TANTO.**

3.1 Planteamiento del problema	56
3.2 Consecuencias jurídicas	59

CAPITULO IV**SOLUCION AL PROBLEMA**

4.1 Teórico o Doctrinal	75
4.2 Propuestas	84

CONCLUSIONES.**BIBLIOGRAFIA.**

INTRODUCCION

La razón que nos motivó a la elaboración de este trabajo, es que en la vida cotidiana y en la sociedad actual nos encontramos ante una serie de problemas relacionados con la aplicación del derecho del tanto.

El tema del derecho del tanto, en principio es fácil entenderlo, difícil es precisar las consecuencias jurídicas que surgen de la violación al mismo, es ahí justamente donde encontramos el problema central de este estudio.

La importancia del presente trabajo radica en el propósito de que no se sigan cometiendo violaciones al derecho del tanto, y el mismo se aplique con una mayor eficacia, con el objeto de evitar las irregularidades con que actualmente nos encontramos.

El método que hemos seguido para la elaboración del presente trabajo fue el deductivo, esto es, partimos de las ideas generales para posteriormente analizar situaciones precisas.

Hemos dividido este trabajo en cuatro capítulos, en los que se plantea un estudio en relación a la violación del derecho del tanto y así tenemos que en el primero de ellos daremos un bosquejo acerca de los antecedentes históricos del derecho del tanto, así como su concepto; en el segundo capítulo veremos la regulación del derecho del tanto en el Código Civil --

para el Distrito Federal, así como algunos de sus antecedentes legislativos; en el tercer capítulo trataremos las consecuencias jurídicas del derecho del tanto y posteriormente, en el último capítulo trataremos de dar una solución a dicho problema, para terminar con nuestras conclusiones.

Como fuentes de investigación, hemos recurrido exclusivamente a la documental, consistente ésta en bibliografía de autores nacionales, así como textos de nuestras disposiciones normativas.

Resta señalar que nuestro tema no sólo tiene aplicación o importancia teórica, sino también práctica ya que nuestro tema tiene continua ingerencia en la celebración de contratos de distinta índole, como lo son el de arrendamiento, copropiedad, sociedad, entre otros.

CAPITULO I

NOCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TANTO.

En este primer capítulo, proporcionaremos una idea general, de lo que se entiende por derecho del tanto; así como una breve reseña histórica en algunos países Europeos y en el Derecho Mexicano, y además su definición y distinción con figuras afines.

I.1 Concepto.

Etimológicamente Tanto, es la acción y efecto de tantear, palabra que a su vez procede de tanto y significa dar una cosa al mismo precio en que ha sido rematada en favor de otro. (1)

En el sentido que se emplea ordinariamente en Derecho, es la facultad que por ley o costumbre jurídica tiene una persona para adquirir algo con preferencia a los compradores y por el mismo precio.

I.2 Antecedentes históricos.

Por lo que hace a los antecedentes de nuestra figura, podemos decir que en el Derecho Romano y Español encontramos las motivaciones que tienen gran influencia en nuestro sistema, -- por lo que los estudiaremos y agregaremos una reseña histórica de dicha figura en nuestro país.

I.2.1 Derecho Romano.

Entre los romanos, en las etapas primitivas no se dió ca-

(1) OBREGON HEREDIA, Jorge. Voz "Tanto", Diccionario de Derecho Positivo Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., México, 1992. pág. 144.

bida a la institución del derecho del tanto, por lo menos no existe noticia de que éste haya sucedido en la época de la República, según se desprende de las narraciones de Tito Livio y Cicerón, entre otros; el principal interés de los romanos se cifró en el logro de la certeza y publicidad del derecho, lo que originó que se precediera a la recopilación conocida con el nombre de las doce tablas. (2)

Por otra parte se luchaba también por la igualdad entre patricios y plebeyos lucha que no era compatible con el establecimiento de privilegios y derechos de preferencia. Se puede decir, asimismo que en la etapa anterior a la República, la de los reyes, tampoco el derecho consuetudinario romano conoció la institución del derecho del tanto, pues si las Doce Tablas fueron una recopilación de las costumbres anteriores a la república, lógico es que, de haber existido el derecho del tanto en dicha época, hubiera aparecido en las Doce Tablas. De todas maneras, no existe vestigio alguno de su existencia en dicha etapa histórica. (3)

Durante la república, la preocupación de los romanos por lograr la certeza y publicidad del derecho no se estancó ahí, sino que pretendió alcanzar la aspiración de todo derecho nacional: la peculiaridad y la distinción con respecto al dere--

(2) MARGADANT S. Guillermo F. Derecho Romano. 14.a edición, Editorial Esfinge, México, 1986 pág. 23.

(3) Ibidem. pág. 24.

cho de otros países y, si bien es cierto que, para la recopilación de los decenviros se tomó en cuenta no sólo los usos de la época de los reyes, sino que, además, se enviaron tres patricios a Grecia para que estudiaran las leyes de Solón y de Licurgo, esto más bien se hizo en espíritu de crítica y no con miras a una adaptación extralógica, según se desprende de las instituciones que se establecieron. Por ejemplo, fue substituído "el matrimonio natural por un matrimonio de ciudadanos - -- (ustae nuptiae); el parentesco natural por uno de los ciudadanos (agnation, gens) colocaron en lugar de la propiedad originaria, una propiedad de ciudadanos (mancipium, más tarde mancipatio); en fin, en lugar de las vinculaciones jurídicas naturales, vinculaciones de ciudadanos (nexum o nexus)".⁽⁴⁾ Todo esto fue conformando un derecho romano que, al recibir la influencia de la filosofía, daría cabida a una teoría de las obligaciones íntimamente ligadas con las características específicas del derecho de propiedad y de la singular organización de la familia.

Por lo que se refiere al derecho de propiedad, por una parte, se votan diversas leyes agrarias, entre ellas la de Licinia, que limitó a la propiedad a 500 lugeras, la que cayó en desuso, pues el primero en violarla fue Lucinio, quien detentaba el doble y fue acusado de obrar en fraude de su ley cuando emancipó a su hijo para que poseyera la parte de excedente de

(4) MARGADANT S. Guillermo F. Ob. cit., pág. 25

la superficie permitida. Después aparecen otras leyes que también limitan la extensión de la propiedad, como las Sempronia Agraria, Thoria Agrarias, Rogatio Marcia, Titia, Ligovia, Rogatio Servilia, proyecto de la Flavia y Julia Agraria. (5)

Para esta época, el nexum o vinculación nacida de los actos jurídicos, estatuida en las Doce Tablas, se transforma y - da luz a diversos contratos del derecho civil: re, mutuum, commodatum, depositum y pignus, y a la vez, se deriva del mismone xum, la estipulatio que sirve de fuente de las obligaciones - contraídas con los extranjeros, y con ello se abre la posibilidad de los contratos propios del Ius gentium (emptio, venditio, locatio conductio, madatum y societas) es preponderante la voluntad. En el imperio sobre la base de que existen obligaciones que se perfeccionan consensualmente se dé cabida a las condiciones suspensiva y resolutoria.

Ahora bien mientras que la condición suspensiva es aceptada por el derecho civil y se considera válida en los contratos stricto iure, no sucede lo mismo con la resolutoria, pues consideran que declarada una voluntad con arreglo a los trámites formales que el derecho civil exige, pueden suspender sus efectos, pero jamás revocarse eventualmente de antemano.

Sin embargo, poco a poco se va aceptando esta especie de condición y ya en el Digesto se puede encontrar el pactum dis-

(5) MARGADANT S. Guillermo F. Ob. cit., pág. 163

plicentiae, (I) por virtud de lo cual el vendedor se reserva la facultad de rescindir el contrato si la cosa no le satisfase; la *lex comisoria*, por la cual, de no cubrirse el precio en un plazo estipulado, el contrato se resuelve; y la *additio in diem o in diem addictilio*, según la cual, celebrado el contrato de compraventa, si en determinado plazo, un tercero ofrecía mejor precio por la cosa, a opción del vendedor, se resolvía el contrato. (6)

En efecto la propiedad había adquirido la característica de patrimonio familiar y, necesariamente, se suponía que el defender al vendedor, por lo general al *pater familias*, se preservaban los intereses del núcleo familiar y, si aquel se había visto en la necesidad de privar de un bien a la familia - justo era que si no pagaban el precio, se rescindiera el contrato (*Lex comisoria*), o bien que se le diera la oportunidad de poder obtener un mejor precio del que se había visto obligado a convenir (*In diem addictio*). (7)

El pacto comisorio por sí solo, la justicia que entrañaba en cambio el de *displacencia*, que debió haber sido poco usual, no puede sino ser tachado de injusto más bien aún, viciado de nulidad, por dejarse el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes.

(6) SOHM, Rodolfo: Instituciones de Derecho Privado Romano, - Editorial Gráfica Panamericana, México, 1951, pág. 127.

(7) Ibidem. p. 128

El derecho del tanto trataba de proteger y establecía un derecho en favor de la familia, pero esto no quiere decir, que fuese justo, pues tal protección se lograba lesionando al comprador.

Para atemperar esta injusticia, el genio romano ideó un complemento que estatuyó un derecho en favor del comprador, consistente en la preferencia que éste tenía para contratar en las mismas condiciones que proponía el tercero por lo que el vendedor debe informar de ello al comprador, que tiene la preferencia.

Este derecho de ser preferido, en igualdad de condiciones aun tercero y el deber a cargo del vendedor, primero, de informar y después de referir al comprador, es la primera manifestación del derecho del tanto.

En suma, sobre la base de la naturaleza patrimonial del derecho de propiedad y en remedio de una situación de injusticia para su titular, nace en Roma el derecho del tanto.

Además, de este derecho del tanto establecido en favor del comprador, existía también un pacto semejante y tal es el que mencionaba la ley 75 "De contrahenda emptione" por el cual se convenía que, era preferido el primer vendedor, es decir se establecía contractualmente, también el derecho del tanto en favor del vendedor.

El derecho del tanto romano aunque parece consecuencia de un pacto, sin embargo tiene su origen en la ley o la costumbre, que lo establecía como medida atemperante del pacto. Otro ejemplo del derecho del tanto es el que la costumbre había establecido en favor del copropietario, y al que se refiere la ley 3 de los emperadores Dioclesiano y Maximiano, en que "Hablando del condómino o socio afirman es absolutamente falso que la -- porción de un predio común antes de hacer la división no se -- puede vender a un extraño, sino tan solamente al socio o compañero . (8)

Esta disposición constituye, en realidad, la abrogación -- de una ley o costumbre y sirve de base para sostener que sí -- existía el derecho legal. Además, en la ley 16 de Gayo se establece que, que en ventas judiciales, "En consecuencia de un es -- traño es preferido el acreedor o pariente del vendedor y entre éstos el acreedor, y en caso de ser dos los acreedores el que lo fuese de mayor suma", (9) lo cual viene también a constituir una especie de derecho del tanto legal.

Por último el tanto legal del derecho romano aparece preferentemente claro y podría decirse que reglamentado el esta -- blecerse en favor del propietario y a cargo del enfiteuta, el cual, si deseaba vender las mejoras que había hecho en laças --

(8) LLAMAS y MOLINA, Sancho. Comentarios de las leyes del Toro. Tomo II, Editorial Madrid, Madrid España 1853. págs. 433-434

(9) Loc. cit.

dada en enfiteusis, o el dominio útil, antes de efectuar la --
 venta debía de obtener "Consentimiento del señor del directo -
 dominio, señalándole el espacio de dos meses para prestarlo o
 entregar al enfiteuta el precio que otro le daba por las mejo-
 ras o enfiteusis, y en caso de no ejecutar ni uno ni otro, el
 señor del directo dominio en el término asignado se establecía
 que pudiese el enfiteuta pasar a celebrar la venta con un ter-
 cero, con tal que no fuese de las personas que se hayasen inhi-
 bidas de adquirir en enfiteusis". (10)

Concomitantemente el derecho del tanto, en Roma hace su -
 aparición otra institución que durante cierta época va a se- -
 guir un cambio paralelo al de la primera; cuyos efectos van a
 confundirse entre sí y sus principios no presentan mucha dife-
 rencia, tal es el retracto.

La confusión nació precisamente de la similitud entre las
 obligaciones a cargo de los respectivos titulares de dichos de-
 rechos, pues en el caso del derecho del tanto, su titular de--
 bía pagar tanto cuando ofrecía el tercero y, en el caso del -
 retracto, también su titular debía restituir al comprador del
 tanto que hubiese pagado: "Tanto por Tanto" o adquirir "por el
 tanto".

La diferencia entre el tanto y el retracto se olvidó por
 mucho tiempo, ya que se pasaba por alto que, mientras uno era
 ejercido antes del perfeccionamiento del contrato, el otro lo
 (10) LLAMAS y MOLINA, Sancho. Ob. cit., pág. 434

era después de perfeccionado, o bien, que el no dar oportuni--
dad para el ejercicio del derecho del tanto, traía consigo la
nulidad del contrato y en cambio el retracto requería de un --
contrato válido. No se tenía presente pues, sino que, en ambos
casos se usaba la palabra "tanto".

El derecho del tanto, indudablemente queda encuadrado dentro
de la definición de Bonnecase, pues se dan las reglas de -
derecho que constituyen un todo orgánico, rector de las diver-
sas relaciones que resultan del derecho de propiedad.

La existencia del derecho del tanto no deriva de las ins-
tituciones dentro de las cuales lo hacen aparecer la ley sino
que origina en el hecho fundamental consistente en una forma -
especial en que opera el derecho de propiedad, que es común a
todas las instituciones dentro de las que se establece el dereg
cho del tanto y, en consecuencia, sólo puede decirse que éstas
le sirven de marco para la aparición más no son hechos que, en
sí puedan considerarse como los generadores del derecho del -
tanto. En otras palabras el derecho del tanto es uno y las insg
tituciones jurídicas en las que se prevé su aparición, constig
tuyen exclusivamente sus diversos supuestos.

1.2.3 Derecho Español.

A fin de conocer mejor el concepto que la legislación es-
pañola tenía acerca del derecho del tanto, se impone la necesig
dad de investigar la especial situación que motivó su nacimieng

to y que lo mantuvo tan arraigado en la organización social de la edad media.

En primer lugar hay que recordar que la organización política y social de la Edad Media se fundaba en diversos estrados que, en orden decreciente en razón de autoridad, iban del Papa, al Emperador o rey, hasta llegar al señor feudal, quien con la autoridad que ejercía sobre los siervos de su feudo, venía a -- ser el que soportaba y mantenía económicamente la organización.

En el feudo, se comprenden dos conceptos: el familiar y el económico, y de dicha unión se parte para imprimir a la propiedad un carácter de patrimonio familiar equivalente a la propiedad romana. Además como tal concepto servirá de instrumento para mantener un sistema de organización política económica y social, se lucha por preservar la propiedad indivisible y el -- camino para lograrlo es el tratar de revestir a dicho de la -- cualidad de perpetuo que tiene la propiedad hebráica.

La fusión de un concepto y otro se ve obstaculizada por -- la contradicción abierta entre la libertad de disposición propia, del romano y la carencia de dicha facultad en el hebreo y entonces se opta por una solución intermedia que se bifurca en dos direcciones:

La primera dirección se traduce en una actitud que mantiene vivo el principio de libertad de disposición; pero que a la

vez, da cabida a la otra doctrina hebrea que permite que el -- propietario pueda efectuar sus bienes a permanecer perpetuamente en la familia, esto es, se crea la instituci3n del Mayorazgo, que define el Licenciado Antonio de Ibarrola como "Un derecho de suceder en los bienes dejados, con la obligaci3n de que se han de quedar en la familia perpetuamente y pertenecer al -- pr3ximo primog3nito por orden sucesivo. (11)

Para Escriche, quien considera la propiedad como producto exclusivo del feudalismo, sostiene que no existi3 en las instituciones de los romanos; as3 tampoco en la de los Griegos, ni en la de ninguno de los legisladores antiguos, sombra alguna -- de nuestro mayorazgo.

Esta instituci3n no pudo ser antecedente del feudalismo -- sino de la supervivencia del concepto hebreo de la propiedad, adaptado a una cultura diferente. (12)

La segunda direcci3n lleva a una actitud menos dr3stica -- que la anterior, pues busca un 3mbito de aplicaci3n m3s inmediato y se traduce en el reconocimiento de derechos en favor -- de quienes forman el n3cleo familiar, de mantener la unidad patrimonial, esto es, se da cabida a los derechos del tanto y --

(11) IBARROLA Antonio De. Casos y sucesiones. Editorial Porr3a, S.A., M3xico 1947. p3g. 156.

(12) ESCRICHE, Joaqu3n. Voz "Mayorazgo", Diccionario razonado de legislaci3n y Jurisprudencia, Madrid, 1882. p3g. 1213.

del retracto, como instituciones que perseguirán evitar el desmembramiento de la propiedad.

El Derecho Español al atender al fin idéntico perseguido por el tanto y el retracto, cayó en una confusión que lo llevó a considerar que ambos derechos eran uno solo; confusión que se ahondó más aún al generalizarse el uso de la palabra tanteo como sinónimo de retracto; en otras palabras, no había más que un derecho y su titular podía ejercitarlo antes de la celebración del contrato, o bien después de celebrado.

No hay duda de que, en un caso se ejercitaba el derecho de tanto y en el otro el retracto; el distingo llegó a perderse, máxime que por lo general, el primero no llegaba sino en contadas ocasiones, en la mayoría de los casos, ni siquiera tenía el titular del derecho la oportunidad de saber del contrato sino hasta cuando ya había sido celebrado.

En estas condiciones, es lógico que fuera más común la aplicación del retracto, que el derecho de tanto. Es decir si jurídicamente era ya imposible que el tanto fuera ejercitado - el único camino que quedaba expedito era el del retracto y de ahí el porqué de la falta de atención al primero, y de la importancia concebida al último, a punto tal de llegarse a conceptuar el tanto como un aspecto del retracto.

Esta asimilación del tanto al derecho de retracto es la regla general, pero es indudable que admitió sus excepciones -

y así vemos que en ciertos casos, se da el primero independientemente del segundo, en otro al establecerse el llamado retracto, en realidad se daba la figura del tanto; no obstante que se trata de la excepción y la regla general es que el tanto se viene asimilando al retracto, a pesar de que éste, cronológicamente haya sido anterior a aquél.

La finalidad primordial que al principio se atribuyó al derecho del tanto y el retracto fue la protección de la unidad económica familiar y consecuencia de ello es que se considera en primer lugar, o mejor tuvieran el máximo grado de importancia el tanto y el retracto gentilicio, de sangre o de abolen--go.

Cuando el concepto de familia implica un organismo más amplio que el que actualmente ofrece a nuestra consideración en las sociedades modernas, en que la especialización de las funciones y el desenvolvimiento de la idea del Estado, han limitado, sin duda los fines familiares, revestía un verdadero interés social el que la propiedad no saliese de la familia, porque ésta necesitaba una cierta fortaleza y cohesión que en gran parte recibía de la propiedad. A este efecto, las necesidades de los tiempos, siempre maestras y productoras de derecho dieron nacimiento a varios medios legales, uno de los cuales fueron el retracto gentilicio. (13)

(13) MANCERA y NAVARRO, Carlos. Comentarios al Código Civil. Tomo X, 3a ed., Editorial REUS, Madrid, 1989. pág. 304 309.

El retracto gentilicio, del cual formaban parte el tanto de la misma especie, es una de las primeras instituciones basadas en la política proteccionista del patrimonio familiar que había adoptado la edad Media y se da en favor de los parientes hasta el cuarto grado.

Se formó como los precedentes establecidos por el derecho de redención de los hebreos, transportados por el cristianismo al derecho romano.

En la legislación Española aparece ya la institución en las leyes 1, 3 y 4 del Título I del libro VI del fuero viejo; en el ordenamiento de las Cortes de Nieva, que formó el rey Enrique IV en 1472 y en la reglamentación contenida en las leyes 70 a 73 de las de Toro; estas disposiciones pasan al libro X Título XIII de la Novísima recopilación.

La ley I del título y libro citados, en la Novísima Recopilación, establece el derecho del tanto gentilicio en el párrafo inicial al señalar que: "Todo hombre hereda de patrimonio o abolengo quisiere vender, y alguno de aquel abolengo la quisiera comprar tanto por tanto, háyala él antes de que otro alguno; y si dos o más la quisieren, si son en igual grado de parentesco pártanlo entre sí, y si no fuere en igual grado, háyala el más propinquo."⁽¹⁴⁾

(14) Ley I. Título XIII, Libro X Novísima Recopilación. Librería de Salva. París, 1846, pág. 256.

Sin lugar a dudas que en la disposición anterior se contiene un derecho del tanto, el de abolengo; sin embargo, hay que hacer notar que se da en un grado de imperfección y hasta podría decirse que se trata solamente de un derecho nudo de preferencia, sobre todo por hallarse provisto de: a) la obligación, a cargo del vendedor de hacer saber al pariente titular del derecho, que tenían propalada la venta. Esto puede tener una explicación pues se suponía que la situación familiar, sobre todo en sus aspectos patrimoniales era del todo conocida por los parientes; y b) de una sanción para el caso de no darle preferencia, aunque dado el carácter imperativo de la disposición, es muy probable que obligara a los notarios y éstos no pudieran autorizar la compra-venta sino era en favor del pariente. (15)

Por último no se prestaba mucha atención a esta deficiencia, dado que se podía subsanar con el derecho del retracto.

Efectivamente, la ley transcrita en su parte inicial con--
 tigua, "...más antes de que la heredad fuere vendida, hasta --
 nueve días viniere si se diere el precio porque es vendida la
 heredad, háyala; y si al pariente más propinquo no la quisiere
 demandar; si el más propinquo no fuere en el lugar, puédala de
 mandar otro de su linaje; más si la quisiere por otra heredad

(15) CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español común y local.
 5a. ed., Editorial REUS, Madrid, 1941. pág. 55.

háyala; y si al pariente más propinquo no la quisiere demandar; si el más propinquo no fuere en el lugar, puédala demandar - otro de su linaje; más si la quisiere por otra heredad trocar, no le puede ningún pariente contradecir y aquel pariente que - quiera la heredad que se a otro vendida, dé el precio que costó, y jure que la quiere para sí, y que no la hace por otro en gaño." (16)

Como se observa el texto de la ley de que se trata, el - derecho del tanto es asimilado a la institución del retracto.

De lo expuesto, podemos desprender que la legislación española conoció el derecho del tanto, como institución independiente del retracto, en varias de sus especies, como son el -- tanto enfiteútico, el de comuneros, el de la additio in diem, el establecido en favor de las alhóndidas, de los fabricantes de papel, de los criados de yeguas y dueños de paradas públicas y de los pueblos, en los oficios de alférez, así como el - de diversas personas en los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, aun cuando estas especies o clases de derecho del - tanto, en la mayoría de los casos fueron asimiladas o hechas - parte del retracto o bien eran tan defectuosas que se consideraban simplemente como nudos derechos de preferencia.

En consecuencia, no se puede decir que el derecho del tan to hubiese alcanzado en el Derecho Español la categoría de ing titución, entendida ésta como un ordenamiento o conjunto de re

(16) Ley I Título XIII, Libro X. Ob. cit. pág. 256.

glas generales aplicables a cualquiera de las especies de derecho de tanto, un conjunto de principios rectores del derecho del tanto, cualquiera que fuere la especie. (17)

Por el contrario, el derecho del tanto se dio en forma esporádica, dentro de disposiciones aisladas, en preceptos que nunca llegaron a vincularse hasta formar un todo unitario, y si se quisiera hablar de ciertos principios generales suplementarios de las disposiciones que establecen el derecho del tanto, no sería aventurado afirmar que se entendía que eran los del retracto.

I.2.3 Derecho Alemán.

Este derecho real del tanto deriva del derecho germánico medieval; los derechos adquisitivos atribuidos por la ley a los parientes colindantes de la Edad Media, constituyen un residuo de la propiedad común de los miembros de las familias y de los municipios sobre el suelo e inmuebles que se supone existían en el antiguo derecho.

Cuando la antigua propiedad empezó a ceder ante la propiedad individual, los derechos del señorío de los que antes fueron comuneros se manifestaron, primeramente en forma de derechos de señorío negativo, de suerte por ejemplo; los próximos parientes o los vecinos del propietario podían impedir con su oposición, toda enajenación de la finca.

(17) CASTAN TOBERAS, José. Op. cit. pág. 65

En el derecho medieval, este derecho a oponerse a la enajenación de cosa ajena, debilita gradualmente hasta quedar reducido a un derecho de carácter legal, en virtud del cual el titular no puede ya impedir que se enagene la cosa, sino que únicamente está facultado a adquirir en caso de venta, asumiendo las obligaciones del comprador. (18)

Tiene por tanto, un derecho preferente al de los extraños para adquirir la cosa por compra; puede "apartar" al extraño y "rescatar" la cosa de sus manos.

Existía derecho de esta especie a favor de los herederos de los vecinos, de los compañeros de la marca del propietario del inmueble; se daban además respecto a objetos sobre los cuales existía una comunidad de derechos (copropiedad, comunidad hereditaria, propiedad dividida) y a favor de todo comunero, frente a la venta de la parte de otro comunero.

Además, en la Edad Media surgen ya numerosos derechos de esta clase de orden convencional, casi siempre sobre inmuebles.

La configuración jurídica de la institución es muy diversa; algunas veces la cosa ofrecida en venta al titular antes de que sea comprada por un tercero, a veces el derecho sólo -- después de la transmisión de la propiedad al mismo; según algunas fuentes puede hacerse valer (como derecho de tanteo pro-

(18) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción del Estudio del Derecho, 38 ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1982. pág. 165.

piamente dicho) frente al vendedor de la cosa, según otra, -- frente al comprador de la cosa, según otras frente al tercer - adquirente; en principio tiene efecto sólo en caso de venta, - pero en ocasiones se extiende al caso de permuta e incluso a los pignoración, arrendamiento, donación y otros. (19)

Después de la recepción del derecho romano sólo se conservó en el derecho común del señor feudal y de su sucesor en caso de venta de la cosa por el vasallo. Pero en los derechos -- particulares permanecieron los más antiguos derechos de retragto y surgieron nuevos casos.

Las novísimas legislaciones del Reich y territorios aplican el derecho del tanto al servicio del interés público y ante todo a la equitativa división del suelo y a la colonización.

Con el objetivo anterior se ha establecido el derecho del tanto en favor del Estado, de los municipios y de otras personas de derecho público o de interés colectivo; y aunque el suglo y las tierras no se hagan a pesar de ello, la propiedad colectiva, la comunidad no obstante, adquiere por comprar inmuebles privados como persona privada administrada de interés proprio.

El derecho del tanto es considerado como uno de los me- - dios para que el Estado cuide de la división del suelo en for-

(19) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Ob. cit. pág. 130.

ma que impida su mal uso.

Ya en 1900 se combatió en Baviera la esquilmación de las fincas, mediante atribuir a los municipios y a algunas otras - personas jurídicas un derecho legal del tanteo en caso de venta de predios agrícolas cerrados a negociaciones a fincas.

En 1918 a través de un reglamento prusiano se creó al ser vicio de la colonización interior un derecho del tanto en favor del Estado sobre las posesiones agrícolas y forestales de más de 20 hectáreas.

El reich siguió el criterio anterior y estableció para la formación de terrenos de colonización agrícola un derecho legal del tanto sobre inmuebles de 20 hectáreas en pro de las - "empresas colonización de interés colectivo" y otro sobre fincas grandes de 100 hectáreas a favor de las "asociaciones de suministro de tierras", igualmente creó un derecho del tanto - para los otorgantes de propiedades familiares, a fin de evitar el comercio de las propiedades familiares.

Las leyes territoriales a partir de 1919 han desenvuelto de manera muy diversa e independiente este pensamiento.

Los nuevos derechos de compra preferente creados en interés público se han robustecido notablemente la posición de sus titulares. Mientras el derecho ordinario de tanteo sólo puede ser ejercitado cuando el propietario vende la cosa a un terce-

ro todo negocio oneroso de enagenación, por ejemplo la permuta así como la subasta judicial y conforme a la ley de la propiedad familiar es suficiente un negocio cualquiera de enagenación aunque sea gratuito.

I.2.4 Derecho Mexicano.

Por lo que hace a nuestro derecho, encontramos sus principales antecedentes en la época prehispánica y colonial, mismos que a continuación trataremos.

I.2.4.1 Epoca Prehispánica.

Este estudio no hace referencia al derecho azteca, el cual indudablemente constituye un antecedente en otras áreas de nuestro derecho positivo, y esto en virtud de que en el mismo era desconocido el derecho del tanto. Por lo menos es lo que puede desprenderse de las fuentes documentales que han servido para hacer la historia del derecho azteca, en las cuales no aparece vestigio alguno de que se haya tenido noticia de tal institución. En corroboración con lo anterior hay que agregar que los aztecas carecían de los elementos primordiales indispensables para que pudiera tener cabida el derecho del tanto, tales eran: un verdadero derecho de propiedad y de las obligaciones.

Respecto al derecho de propiedad, como sostiene el Licenciado Toribio Esquivel Obregón se decía que "...fuera de la propiedad perteneciente a la familia del rey y algunos grandes

dignatarios, que podían enajenar sus tierras, propiedad un tanto precaria y revocable, las otras tierras eran poseídas en común y el título para disfrutarlas provenía, no de un derecho individual sino de la calidad de vecino y del hecho del trabajo." (20)

Los españoles pensando a su modo, creyeron ver un derecho de propiedad entre los aztecas; en realidad ellos introdujeron esa institución y los indios consolidaron así una situación precaria e indefinida. (21)

Acerca de la teoría de las obligaciones, también con apoyo en la doctrina del mismo autor y en atención a su especial idea del derecho de propiedad que, necesariamente, influye en las vinculaciones jurídicas y en especial en las del tipo que se estudian, se afirma que no habían pasado de la etapa de las más simples convenciones y desconocían totalmente las obligaciones de carácter puramente consensual. En consecuencia, el derecho azteca no llegó a evolucionar a un punto en el que se hubiera podido dar cabida al derecho del tanto.

Por otra parte hay que tener presente que el tanto que nuestro derecho conoció, fue el legado por el español, legislación en la cual alcanzó aquél la madurez.

(20) ESQUIVEL OBREGON, Toribio. Apuntes para la historia del Derecho Mexicano. Tomo I, Editorial Polis, México, 1937. pág. 372.

(21) Ibidem, pág. 374.

I.3 Definición.

El derecho del tanto es aquél en el que el propietario de un bien inmueble, debe dar aviso en forma indubitable su deseo de vender el mismo, precisando el precio, términos, condiciones y modalidades de la compra-venta. (22)

Aquél que tenga derecho de ejercitar el derecho del tanto contará con un término de ocho días, contados a partir de que fue legalmente notificado para hacerle saber al vendedor su deseo de adquirir el inmueble; de lo contrario, es decir, que si no hace valer su derecho en el término anteriormente señalado perderá su derecho. De esta forma el vendedor podrá enajenar el bien con quien mejor convenga a sus intereses.

I.4 Figuras afines.

I.4.1 Derecho del Retracto.

Con la misma base de sustentación que tuvo el derecho del tanto, esto es, por considerarse como medida protectora de la familia o del patrimonio familiar, la legislación romana estatuyó la condición resolutoria conocida como el pacto de retroventa; el vendedor se reserva el derecho de resolver la venta, restituyendo el precio al comprador en cierto plazo, o en cualquier época.

(22) INIMS, H.D. Voz "Tanto", Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI, Editorial Driskill, Argentina, 1986. págs. 1032-1033.

La estipulación de esta condición engendrada, en favor -- del vendedor, un derecho de traer nuevamente a su domicilio la propiedad vendida de retraerla o de retrotraer las cosas al -- estado que guardaban antes de haberse celebrado el contrato, - este derecho en favor del vendedor es el del retracto.

Quizá las intenciones de los romanos fueron realmente - plausibles al dar cabida a esta institución, pues trataba de- proteger al patrimonio familiar; sin embargo, dicha protección no puede negarse que se obtenía a costa del comprador y de ahí los vicios de injusticia que han sido propios del retracto.

La injusticia a que se refiere puede estimarse de gran im portancia, pero el principal defecto de la institución es que iba en contra del principio de definitividad en los contratos.

Pese a lo anterior, el retracto no fue exclusivo del dere cho romano y proliferó, tanto en la relación con el espacio, como en el tiempo. Además desde sus orígenes, no se vió atemp rado como sucedía con el derecho del tanto, sino que tuvo un - vigor mucho mayor que ésta.

Los romanos conocieron el retracto, pero no es a ellos a quienes se les puede atribuir exclusivamente su creación, se- puede sostener más bien, que el retracto tuvo dos nacimientos; uno en Roma y que tendía a proteger a la familia, pero que, a- la vez se daba sobre el supuesto del respecto de la voluntad; otro entre los hebreos, el cual, en orden de aparición, parece

ser más antigua, su origen se debió a otros motivos: religiosas y políticos. (23)

Este retracto hebreo, al difundirse, se hizo más rico, más poderoso con el retracto romano.

Como sucede con casi todas las instituciones, a menudo se dan excesos al tratar de alcanzar al fin para el que se han creado y es entonces cuando se originan las situaciones de injusticia.

Tal es el caso del derecho hebreo que no se conformó con establecer que el contrato de compraventa tuviese un plazo ferial resolutorio, sino que se fue más allá y dispuso que el vendedor o sus parientes cercanos tenían la facultad de anticipar el plazo a su entera voluntad y redimir o recatar la cosa vendida, con esto se dejaba sin defensa al comprador.

Este derecho de redención o de retracto que puede quedar catalogado dentro de la especie del retracto legal, no se conformó con arraigarse entre los hebreos, entre los cuales después de todo, era una consecuencia lógica de su sistema especial de derecho de propiedad, sino que con la difusión del cristianismo tomó carta de ciudadanía entre los mismos romanos, quienes no vieron en la institución algo insólito o desacomunado.

(23) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 6a. ed., Editorial Porrúa, S.A. México 1982, pág. 81.

brado, antes bien encontraron que encaja como institución complementaria de la que ya conocían y que era el resultado del pacto de retroventa. (24)

Así pues los romanos al tener noticia del retracto hebreo, lo aceptaron y con ello tuvieron las dos especies de retracto legal y el contractual.

El tanto y el retracto siguen, en su desarrollo un orden de evolución paralelo y sus mecanismos de operación son similares. Esto trajo consigo que se provocaran confusiones entre ambos derechos hasta se llegase a entender que se trataba de una sola y no de dos instituciones.

La confusión nació precisamente de la similitud entre las obligaciones a cargo del derecho del tanto, su titular debía pagar tanto como ofrecía al tercero, en caso del retracto, también su titular debía restituir al comprador el tanto que hubiese pagado: "tanto por tanto" o adquirir "por el tanto".

La diferencia entre el tanto y el retracto se olvidó por mucho tiempo, ya que se pasaba por alto que, mientras uno era ejercido antes del perfeccionamiento del contrato, el otro lo era después de perfeccionado, o bien que el no dar oportunidad para el ejercicio del derecho del tanto, traía consigo la nulidad del contrato, en cambio el retracto requería de un contra-

(24) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit. pág. 100

to válido. No se tenía presente sino que en ambos casos se usa la palabra "tanto". (25)

Ahora bien el retracto legal se define como el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por venta o dación en pago y se caracteriza frente a otras figuras jurídicas, que también conceden a una determinada persona un derecho preferente a la adquisición de ciertos bienes, por producir sus efectos después de que la enajenación a título oneroso ha tenido lugar y el hallarse dotado por tanto de eficacia real, ya que puede ejercitarse contra cualquier adquirente, siempre y cuando las condiciones exigidas por la ley.

Podemos distinguir el retracto legal del llamado retracto convencional, no sólo en que su origen es voluntario y debido exclusivamente a la voluntad de las partes que establecen el pacto de retrovendo, en que este último se actúa a voluntad del vendedor, dentro del plazo por el precio convenido, con independencia de que exista o no el propósito de enajenar por el actual propietario, cuyo derecho aparece sujeto a condición resolutoria, pudiendo dirigirse, indistintamente contra ese comprador o cualquier otro adquirente.

(25) GARCIA TREVIÑO, Ricardo. Contratos civiles. Tomo I. 4a. ed. Editorial Porrúa, S.A. Guadalajara, Jal., 1982. pág. 120.

El derecho del tanto, en cambio, aunque carezca como tal de efectos reales y tenga únicamente trascendencia interpartes nace tan sólo en el momento en que el propietario de una cosa se propone enajenarla, y concede su titular derecho para hacer la suya en las mismas condiciones de la venta proyectada, constituyendo en tal sentido un verdadero retracto anticipado, que tiende a evitar las perturbaciones que supone el ejercicio de tal derecho, como lo demuestra el hecho de que todos los tanteos vigentes son concedidos en hipótesis en que se reconoce - además el derecho del retracto, que es la única garantía de -- que si el que se propone vender ha omitido el requisito de evitar al titular de tal derecho de las condiciones de la enajenación proyectada, no quede defraudado el derecho de éste, que - podrá hacerlo valer contra el adquirente de la cosa de modo directo.

El retracto legal es siempre un derecho de adquisición - preferente, dotado de efectos reales, que se concede a una persona atendiendo a una razón de orden público, en cuanto pretende, o bien consolidar determinadas situaciones de división de dominio que se presentan como poco deseables y ocasionadoras - de conflictos, o bien facilitar a determinada persona el acceso a la propiedad, al servicio de fines de carácter social, en cuyo caso significa fórmula más o menos temida para resolver - problemas estructurales derivados de la actual distribución - del dominio.

La acción de retracto habrá de dirigirse, por tanto, no -
contra el vendedor o dador en pago, sino de modo directo con--
tra el tercer adquirente y su eficacia se traduce en una verdara
dera novación legal del contrato transmisivo, en virtud de la
cual se subroga el retrayente en todos los derechos del comprado
dor retraído y al comprador en todos los derechos y accione
s del vendedor, es decir que manteniéndose íntegramente en todo
su contenido el contrato originador del retracto, la única modi
ficación que en el mismo se produce es meramente subjetiva,
y así el comprador se convierte en vendedor, cuyos derechos -
asume y el retrayente, en comprador. (26)

Ello sin embargo no debe hacernos pensar que el primitivo
vendedor quede absolutamente liberado de toda responsabilidad,
ya que por el contrario, conserva íntegras frente al retrayente
todas las obligaciones que asumiere en virtud del contrato
primitivo que determinó el ejercicio del retracto, por ejemplo
la obligación de prestar la garantía por evicción, si a ello -
hubiere lugar.

El derecho de retracto exige, para su ejercicio, el reembol
so al comprador del precio a la venta, así como de los gasto
s del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la
venta, al mismo tiempo que los necesarios y útiles hechos por
el comprador en la cosa vendida.

(26) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit. pág. 90

La falta de pago de esas cantidades, o de cualquier consignación judicial dentro del plazo señalado en cada caso por la ley, a través del procedimiento especial que la de enjuiciamiento civil establece para el retracto, determinará la caducidad de la acción automáticamente.

CAPITULO II

**REGULACION DEL DERECHO DEL TANTO EN EL CODIGO
CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

En este capítulo haremos una breve recopilación de los antecedentes legislativos del derecho del tanto; así como un estudio de los artículos del Código Civil vigente para el Distrito Federal en los cuales se prevé el mismo.

2.1 Antecedentes legislativos.

Código Civil de 1870. Este principio de leyes tiene el privilegio de haber sido ideado con miras a buscar un ordenamiento nuevo, pero sin que las innovaciones llegaron a afectar sensiblemente una situación social arraigada en la tradición jurídica del derecho que hasta entonces, se había mantenido en vigor.

El Código de 1870 tenía como metas las siguientes:

El mantener vivas aquellas instituciones que ya habían tomado carta de naturalización.

Eliminar las instituciones que no estuvieran acordes con el momento histórico y a la vez introducir las innovaciones -- que no fuesen contrarias al espíritu del pueblo mexicano y a la realidad social.

Lo anterior es por lo menos lo que se puede desprender de la exposición de motivos de dicho ordenamiento; "Nuestra legislación es la de España que si bien en alguna época pudo considerarse más adelantada que la de otras nacionales de Europa, con el curso de los siglos, con el cambio de las dinastías y con el malestar que hace tanto tiempo aqueja a la nación, ha venido a tal estado de confusión y desorden, que los más ilus-

trados Jurisconsultos españoles se admiran y con razón de cómo ha podido admirarse la justicia bajo el imperio de leyes innadecuadas, otras contradictorias, algunas otras torpemente compiladas." (27)

Apenas contendrá el proyecto uno u otro artículo exclusivo de la comisión, porque su principio fue innovar lo menor posible y aún en este caso prefirió casi siempre a su propio juicio, el formado sobre la materia por los expertos jurisconsultos a quienes se deben las obras referidas.

El Código de 1870 presenta como principal novedad en la materia, la abolición del retracto gentilicio y la reglamentación del retracto convencional: Abolido por el no uso del retracto gentilicio, pues ha dejado de existir razones políticas por las que se introdujo, sólo se ha reglamentado el convencional cuyos inconvenientes se han procurado disminuir.

La legislación civil de 1870 marca muy claramente la etapa de decadencia del retracto. En cambio se puede apreciar que su lugar es ocupado por el derecho del tanto, el cual resurge como el sustituto, misma que la requería.

El derecho del tanto aparece dentro de varias instituciones o figuras jurídicas que pueden agruparse de la siguiente manera:

(27) MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos del Derecho. 32a. ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1986, pág. 46.

a).- Aquellas en las cuales existe un derecho de propiedad que corresponde pro indiviso, a varios titulares y

b).- Aquellas que son resultado de la división de las facultades inherentes al derecho de propiedad, entre dos o más sujetos; en donde hay un desmembramiento del derecho de propiedad. Ejemplo de las del primer grupo son: la copropiedad, la sucesión y la sociedad por acciones; de las segundas el usufructo y la aparcería de ganado.

Al igual que la legislación española, el Código Civil de 1870 parte del supuesto de que el derecho del tanto no requiere de la definición de su concepto y se limita a esparcir en varias instituciones, diversas reglas por las cuales se establece el derecho.

Lo anterior dicta una serie de disposiciones relativas a figuras jurídicas diversas, dentro de las cuales queda establecido el derecho del tanto para casos en particular y deja a la interpretación jurídica la tarea de entresacar dicho concepto de tal conjunto de disposiciones, de las que se puede decir que a pesar de que carecen de un orden y sistematización en torno a la idea del derecho del tanto, como fuera de desearse, no por ello dejan de formar un todo unitario en el que se contienen preceptos supletorios y complementarios, además de las disposiciones que pueden considerarse propiamente excepcionales. (28)

(28) MOTO SALAZAR, Efraín. Ob. cit. pág. 60

El derecho del tanto en favor de los copropietarios, coherederos y socios por acciones existe, además un conjunto de disposiciones que norman todo lo normativo al ejercicio del derecho y sus efectos: el artículo 2430 dispone que el derecho del tanto puede ser ejercitado por los socios conjunta o separadamente; el 2973 que los copropietarios no pueden vender a extraños su parte, si el copartícipe quiere hacer uso del derecho del tanto, éste es, que establece la nulidad del contrato celebrado sin dar oportunidad para el ejercicio del derecho del tanto, por último el 4106 dispone que el heredero o legatario que quisiere enajenar su porción deberá instituir a los demás de las condiciones que haya pactado. (29)

El artículo 2431 aclara que los socios, en la sociedad por acciones, para el efecto de que sean varios los que quisieren hacer uso del derecho del tanto, pueden ejercitarlo en la porción que representan y establece un plazo para su ejercicio, que debe considerarse especial para el caso y que viene a ser de quince días desde la fecha del aviso.

El artículo 2974, por su parte señala el camino a seguir en caso de contravención del derecho del tanto, en que podrá el copropietario preferido pedir la rescisión del contrato, pero solamente dentro de los seis meses contados desde la celebración de la venta.

(29) ESQUIVEL OBREGON, Toribio. Ob. cit pag. 73

Conviene aclarar que el término utilizado por el legislador debió haber sido el de nulidad, en lugar de el de rescisión, puesto que el artículo que le precede, al disponer que no podía enajenarse sin preferir al titular del derecho del -- tanto coloca al contrato en la categoría de acto contrario al tenor de las leyes prohibitivas, por lo que resulta nulo y con secuentemente de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1770 del mismo ordenamiento, no podía darse la rescisión, ya que -- faltaba el supuesto de que la obligación fuera válida; no pueden rescindir más que las obligaciones que en sí mismas son válidas. (30)

Sin embargo y visto lo anterior se puede sostener que se trata del caso de excepción previsto por el artículo 7 del Código Civil en cuestión, que dice que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas, serán nulos si las mismas leyes no disponen otra cosa.

Es decir el artículo 2973 constituye una norma de carácter prohibitivo cuyo incumplimiento trae consigo la nulidad del acto pero, por disposición expresa de la ley, dicha nulidad es sólo causal de la rescisión.

La pregunta que surge necesariamente de la lectura de los párrafos precedentes, es a qué tipo de nulidad nos referimos, será la relativa porque los plazos que señalan los artículos --

(30) ESQUIVEL OBREGON, Toribio. Ob. cit. pág. 90

2431 y 4107, citados, deben considerarse de carácter excepcional.

Tomando en cuenta que los antecedentes del derecho del tanto no son otros que los principios establecidos por la legislación española acerca del retracto, ya que estos antecedentes, fueron los que tuvo a su alcance el legislador al elaborar el Código de 1870 y establecer el derecho del tanto como un derecho hondamente arraigado en nuestra legislación jurídica, esto es, el derecho español para el cual el tanto no era sino un derecho que se regía por los principios del retracto, cuyo plazo de ejercicio era de nueve días. (31)

Además, el Código de procedimientos Civiles en su artículo 176 fracción 2a, disponía que el plazo para el ejercicio del derecho del tanto era de nueve días, a menos que la ley dispusiera lo contrario.

La reglamentación que del derecho del tanto hace el Código Civil de 1870, puede resumirse en los siguientes puntos:

1) Gozan del derecho del tanto, el usufructo los contratantes en la aparcería de ganados, los copropietarios, los coherederos y los accionistas en la sociedad por acciones;

2) Por virtud del derecho del tanto, el vendedor tiene a su cargo la obligación de notificar al titular del derecho las condiciones que hubiese pactado y preferirlo a un extraño;

(31) ESQUIVEL OBREGON, Toribio. Ob. cit. pág. 98

3) En general, el plazo para el ejercicio del derecho del tanto es de nueve días.

4) Cuando existen varios titulares, el derecho del tanto se puede ejercitar por todos y cada uno de ellos, en las porciones que les corresponda;

5) Quien ejercite el derecho del tanto, debe cumplir con las condiciones impuestas al comprador;

6) No tiene lugar el derecho del tanto cuando la enajenación se hace en favor de quien también es titular del derecho del tanto sobre la misma cosa que va a ser objeto de la enajenación, ni en los casos de donación;

7) La contravención del derecho del tanto importa la nulidad del contrato, excepción hecha del que se da entre copropietarios, pues tal es el caso, que la ley señala que sólo es causal de rescisión; y

8) El plazo para demandar la rescisión del contrato, en el caso a que se refiere el punto anterior, es de seis meses a partir de su celebración.

El Código Civil de 1884.- Este nuevo ordenamiento sigue el mismo criterio del que precedió, en lo relativo del derecho del retracto y las limitaciones tratadas.

En efecto, los artículos 2901 y siguientes de este Código los cuales son reproducción de los artículos 3035 y siguientes

de la legislación anterior, mantiene el statu que del retracto convencional.

Los principios expuestos acerca del derecho del tanto en la sociedad por acciones, se mantienen idénticos en el nuevo ordenamiento y lo mismo sucede con el que se da entre coherederos.

Por cuanto hace al derecho del tanto en la copropiedad, se advierte una innovación motivada posiblemente por las experiencias que demostraban la frecuente violación o la comisión de actos en fraude del derecho y así el artículo 2843 después de mantener subsistentes los principios contenidos en el artículo 2973 de la legislación anterior, derogaba el 2974, al -- agregar al texto anterior lo siguiente: A este efecto, el copropietario que enajene, notificará a los demás por medio de -- notario público o judicialmente, la venta que tuviere contenida, para que dentro de los ocho días, por el simple transcurso del término se pierde ese derecho. Mientras no se haya hecho -- la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno. (32)

Es fácilmente apreciable el adelanto contenido en esta -- disposición, pues establece un requisito de forma que servirá de elemento de prueba para el caso de suscitarse alguna controversia, además de que se corrobora expresamente que el plazo -- para el ejercicio del derecho está dentro de la categoría de --

(32) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo III, 5a. ed., Editorial Porrúa, México, 1981, pág. 140.

fatal.

Por último la ley se inclina por considerar que la contravención del derecho del tanto importa la nulidad del acto, el cual no es susceptible de producir efecto legal alguno; aun cuando debe hacerse incapié en el hecho de que si bien el derecho del tanto entre copropietarios se eliminó el defecto del código anterior, según el cual la falta de respeto del derecho daba motivo para demandar la rescisión del contrato, incurrió en el mismo error al establecer que el derecho del tanto en la enagenación de la vía pública, pues sólo señaló su contravención era causa de rescisión. (33)

Otra forma en esta materia es la contenida en el artículo 2844 el cual hace una excepción, para la copropiedad, en la -- que varios titulares del derecho del tanto podían ejercitarlo conjuntamente, ya que dicho precepto concede preferencia al -- que representa la mayor parte y si todos representan proporciones idénticas, al que por suerte resulte favorecido.

Esta reforma, consideramos que no constituye una derogación de la regla general y prueba de ello es que el artículo 3804 claramente se refiere a todos los coherederos como titulares del derecho del tanto y pluraliza inclusive, al referirse a su ejercicio, pues dice que los coherederos serán preferidos si usan el derecho, sin que haya distinción como en el caso de

(33) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit. pág. 150.

la copropiedad.

Esta misma regla aparece en forma expresa en los artículos 2298 y 2299, relativos al derecho del tanto en la sociedad por acciones en las que se dispone que los socios juntos y cada uno por sí tiene el derecho del tanto y que les compete en la proporción que representan.

El régimen del derecho del tanto del Código de 1884 se -- puede resumir en los puntos que se enumeran a continuación:

1) El derecho del tanto, además de mantener en favor de las personas que estaban en las situaciones previstas por el Código de 1870, se estatuye también en favor de los propietarios de predios colindantes a la vía pública, para el caso de enajenación de ésta;

2) El vendedor tiene a su cargo las mismas obligaciones -- previstas en el Código anterior, y además la de hacer la notificación por medio de notario público o judicialmente;

3) El plazo de ejercicio del derecho del tanto, por regla general es de nueve días, de acuerdo con el artículo 115 del -- Código de procedimientos Civiles;

4) Se establece como excepción a la regla el que para el ejercicio del derecho del tanto entre copropietarios debe preferirse a uno sólo, en especial al que tenga la mayor porción.

5) Son cargo del titular del derecho las mismas obligaciones previstas por el legislador anterior;

6) No ha lugar el derecho del tanto en los casos de enajenación en favor de un cotitular del derecho y de donación en favor de un extraño;

7) La contravención del derecho trae consigo la nulidad del contrato, excepción hecha del caso del tanto en la enajenación de la vía pública, en el que se mantiene el principio de que se da lugar a una causal de rescisión que debe ejercitarse en el plazo de seis meses;

8) El plazo para demandar la nulidad del contrato celebrado en contravención del derecho del tanto, sigue las reglas generales de otras nulidades;

9) Se previene expresamente que el plazo para el ejercicio del derecho del tanto, es fatal;

Epoca independiente.- El código civil de 1928 en la legislación vigente da el tiro de gracia al derecho de retracto, pues expresamente el artículo 2302 prohíbe la venta con pacto de retroventa, esto es, deroga por completo el último residuo del retracto, que subsistía en su especie contractual. (34)

Como consecuencia de lo anterior, se observa que el código civil de 1928 reconoce la consolidación del derecho del tan

(34) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit. pág. 90

to como substituto del retracto. Tan es así que el legislador temeroso de caer dentro de una postura demasiado radical al - eliminar el derecho de retracto, previó como medida de transacción un pacto equiparable al derecho del tanto al disponer en el artículo 2303 que se puede pactar que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tanto, para el caso de que se -- desee vender la cosa objeto de la compraventa.

La propiedad no puede ser considerada como especie de - derecho de tanto, pero guarda similitud en el mecanismo del -- ejercicio, con esta última.

El derecho de preferencia en el arrendamiento, señala los siguientes casos en que aparece el derecho del tanto en nues-- tra legislación:

- a) Cuando se trata de enajenar el bien en copropiedad;
- b) Cuando la enajenación vaya a ser del bien dado en usufructo.
- c) El que corresponde a los coherentes cuando uno de ellos quiera vender su derecho a un extraño;
- d) El pacto de preferencia en el contrato de compraventa; y
- e) La preferencia legal en favor del inquilino en el contrato de arrendamiento. (35)

(35) CORTES FIGUEROA, Carlos. "El derecho de preferencia en el arrendamiento." Tomo I, Revista de la facultad de derecho. México. UNAM 1982, pág. 264.

Conviene hacer la aclaración de que, en cuanto al primer caso que cita el Licenciado Cortés Figueroa, existe una ambigüedad en la expresión, puesto que el derecho del tanto se da cuando se pretende vender o ceder el derecho del copropietario o su porción en la copropiedad pero no se trata de la venta del bien, que podrían hacer todos los copropietarios; una segunda salvedad es la relativa a los dos últimos casos que no deben considerarse como figuras equiparables al derecho del tanto, y por último hay que agregar tres casos más que omite dicho autor, con lo cual se puede hacer la siguiente enunciación de las especies del derecho del tanto que se dan en nuestra legislación. (36)

- 1.- El tanto en el usufructo.
- 2.- El tanto en la aparcería.
- 3.- El tanto en la copropiedad
- 4.- El tanto en la sucesión.
- 5.- El tanto en la sociedad; y
- 6.- El tanto en la colindancia con la vía pública.

Si seguimos el orden de agrupación que se señalan para los códigos de 1870 y 1884, resultará que se mantienen los tres grupos dentro de los cuales cabían las especies conocidas por el último de dichos ordenamientos, de la siguiente manera:

(36) CORTES FIGUEROA, Carlos. Ob.cit. pág. 30.

a) Instituciones en las que las facultades inherentes al derecho de propiedad están divididas, para su ejercicio, entre dos o más sujetos;

b) Instituciones en las que el derecho de propiedad corresponde a varios titulares, pero indiviso (copropiedad, sucesión y parcialmente la aparecería de ganado); y

c) Situación en la que se prevé la restitución del derecho de propiedad a quien se vió privado de él o a sus causahabientes (colindancia en la vía pública).

En el Código Civil de 1928 consintió en el establecimiento de la supletoriedad de las reglas del derecho del tanto en la copropiedad, para el que se prevé en el usufructo y así queda como única especie del derecho del tanto que se establece - lisa y llanamente, esto es, sin reglamentación propia y sin -- que expresamente se hable de supletoriedad del derecho. (37)

Lo anterior significa un gran adelanto en lo que se refiere a la preocupación del legislador por lograr una mejor certeza del derecho y como consecuencia de este afán es también el hecho de que establezca como regla general, un plazo de ocho días para el ejercicio del derecho del tanto.

A través de la legislación Española, si bien ésta se refería al retracto y hasta el Código Civil de 1870, priva el cri-

(37) CORTES FIGUEROA, Carlos. Ob. cit., pág. 50

terio de que el derecho del tanto, en el supuesto de que hubiera una pluralidad de titulares, se podía ejercitar por todos - ellos de acuerdo con sus posiciones; en el Código de 1884 se establece la primera excepción, la cual se refiere a quien representa la porción mayor y de ser iguales a quien designe la suerte.

En el código actual se respeta la excepción establecida - por el anterior y además se hace extensiva al derecho del tanto en la sucesión, en los mismos términos apuntados para el de copropietarios.

Este principio expresamente no opera respecto del tanto en la sociedad, ya que pugnaría con las bases sobre las cuales se ha establecido esta institución, las que tienden a evitar - que el acaparamiento de las acciones por un solo individuo o limitado número de socios perjudique los intereses de la minoría de los accionistas, se conceden estos derechos sin atentar contra los intereses de las mayorías. (38)

En otras palabras el espíritu del conjunto de disposiciones normativas de la sociedad, sería incompatible con el criterio apuntado respecto del ejercicio del derecho del tanto con preferencia de uno de los socios y es por ello que en forma ex pressa, dispone el artículo 2706 que el derecho del tanto compete a los socios en la porción que representa.

(38) CORTES FIGUEROA, Carlos. Ob. cit., pág. 70

Por otra parte, esta especie del derecho del tanto, que se daba en los códigos anteriores en la sociedad por acciones, en el actual se da en la sociedad pura y simple; esto es como resultado de un nuevo concepto que se tiene acerca de la figura jurídica.

2.2 Artículos en que se prevé el derecho del tanto.

A continuación transcribiremos y analizaremos algunos artículos de nuestro actual código civil en los que se regula el derecho del tanto y de preferencia.

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

En este artículo observamos todos los elementos que constituyen el derecho del tanto en general, es decir nos encontramos en este artículo en concreto con el derecho de los colindantes a ejercitar el derecho del tanto, una vez que les ha sido notificada la venta; y es caso de que ésta no se haya realizado, los colindantes tendrán la facultad de solicitar la rescisión del contrato en el término fijado por la ley para -

tal efecto.

Artículo 960. La reparación y reconstrucción de las paredes de propiedad común y el mantenimiento de los vallados, setos, vivos, zanjas, acequias también comunes se costearán proporcionalmente, por los dueños que tengan a su favor la copropiedad.

En este artículo hay poco de que comentar, ya que es lógico, justo y equitativo que los gastos a que se refiere el artículo en comento sean devengados por todos los copropietarios.

Artículo 973.- Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviera convenida para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días por el sólo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno.

Con lo que establece el precepto anterior en su parte final, consideramos que en contravención a tal precepto, la venta sí produce sus efectos jurídicos hasta en tanto no sean interrumpidos por alguna persona a quien se le cause agravios, o bien no haya sido notificada de la venta conforme a derecho.

Artículo 974.- Si varios propietarios de cosa indivisa hi cieren uso del derecho del tanto, será preferido al que represente mayor parte, y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario.

No estamos de acuerdo en lo establecido en el precepto anterior, ya que no tiene por qué existir la preferencia por cierta persona sino que debería de ser equitativo.

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

Artículo 100. 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 el aviso de enajenación y al tiempo para hacer uso del derecho del tanto.

Artículo 1292.- El heredero de parte de los bienes que quiere vender a un extraño su derecho hereditario debe notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o -- por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquellos, dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto; si los herederos hacen uso de ese derecho, el vendedor está obligado a consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el sólo lapso de los ocho días se pierde el derecho del tanto. Si la venta se hace omitiendo la notificación prescrita en este artículo será nula.

Artículo 1293.- Si dos o más coherederos quisieren hacer uso del derecho del tanto, se preferirá al que represente mayor porción en la herencia, si las porciones son iguales, la suerte decidirá quién hace uso del derecho.

Artículo 1294.- El derecho concedido en el artículo 1292 cesa si la enajenación se hace a un coheredero.

Artículo 2304.- El vendedor está obligado a ejercer su derecho de preferencia, dentro de tres días si la cosa fuere mueble, después que el comprador le hubiere hecho saber la oferta que tenga por ella, bajo pena de perder su derecho si en este tiempo no lo ejerciere. Si la cosa fuere inmueble, tendrá el término de diez días para ejercer el derecho, bajo la misma pena. En ambos casos está obligado a pagar el precio que el comprador ofreciere, y sino lo pudiere satisfacer quedará sin efecto el pacto de preferencia.

Artículo 2305.- Debe hacerse saber de una manera fehaciente, al que goza del derecho de preferencia, lo que ofrescan por la cosa, y si ésta se vendiere sin dar aviso, la venta es válida pero el vendedor responderá de los daños y perjuicios causados.

Artículo 2306.- Si se ha concedido un plazo para pagar el precio, el que tiene el derecho de preferencia no puede preverse de este término si no da las seguridades necesarias de que pagará el precio al expirar el plazo.

Artículo 2307.- Cuando el objeto sobre que se tiene derecho de preferencia se venda en subasta pública, debe hacerse - saber al que goza de ese derecho el día, hora y lugar en que se verificará el remate.

Artículo 2308.- El derecho adquirido por el pacto de preferencia no puede cederse, ni pasa a los herederos del que lo disfrute.

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

Artículo 2750.- Al concluir el contrato de aparcería, el aparcerero que hubiere cumplido fielmente sus compromisos goza - del derecho del tanto, si la tierra que estuvo cultivando va a ser dada en nueva aparcería.

Artículo 2763.- EN caso de venta de los animales, antes - de que termine el contrato de aparcería, disfrutarán los con--tratantes del derecho del tanto.

Artículo 2448 I.- Para los efectos de este capítulo el -- arrendatario, si está al corriente en el pago de la renta tendrá derecho a que, en igualdad de condiciones, se le prefiera a otro interesado en el nuevo arrendamiento del inmueble. Asimismo tendrá el derecho del tanto en caso de que el propieta--

rio quiera vender la finca arrendada.

Artículo 2448 j.- El ejercicio del derecho del tanto se -
sujeta a las reglas siguientes:

I.- En todos los casos el propietario deberá dar aviso -
en forma indubitable al arrendatario de su deseo de vender el
inmueble, precisando el precio, términos condiciones y modali-
dades de la compraventa.

II.- El o los arrendatarios dispondrán de quince días -
para notificar en forma indubitable al arrendador su voluntad
de ejercitar el derecho del tanto en los términos y condicio-
nes de la oferta.

III.- En caso de que el arrendador cambie cualquiera de
los términos de la oferta inicial estará obligado a dar un nue-
vo aviso en forma indubitable al arrendatario, quien a partir
de ese momento dispondrá de un nuevo plazo de quince días para
los efectos del párrafo anterior. Si el cambio se refiere al -
precio, el arrendador sólo está obligado a dar este nuevo avi-
so cuando el incremento o decremento del mismo sea de más de -
un diez por ciento.

IV.- Tratándose de bienes sujetos al régimen de propiedad
en condominio, se aplicarán las disposiciones de la ley de la
materia.

V.- Los notarios deberán cerciorarse del cumplimiento de
este artículo previamente a la autorización de la escritura de

compra venta.

VI.- La compra-venta y su escrituración realizadas en contravención a lo dispuesto en este artículo serán nulas de pleno derecho y los notarios incurrirán en responsabilidad en los términos de la ley de la materia. La acción de nulidad a que se refiere esta fracción prescribe a los seis meses contados a partir de que el arrendatario tuvo conocimiento de la realización del contrato.

En caso de que el arrendatario no dé el aviso a que se refieren las fracciones II y III de este artículo prescribirá su derecho.

CAPITULO III

**CONSECUENCIAS JURIDICAS EN RELACION A LA VIOLACION
DEL DERECHO DEL TANTO.**

En este tercer capítulo abordaremos el problema y el planteamiento del mismo en relación a la violación del derecho del tanto; así como las consecuencias jurídicas del mismo.

3.1 Planteamiento del problema.

El problema lo plantean las siguientes disposiciones legales de nuestro Código Civil vigente:

Artículo 973.- Que dispone que los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el copropietario notificará a los demás por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el sólo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno.

Artículo 1292.- EL heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario debe notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquellos, dentro del término de ocho días hagan uso del derecho del tanto; si los herederos hacen uso de ese derecho, el vendedor está obligado a consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el sólo lapso de los ocho días se pierde el derecho del --

tanto. Si la venta se hace omitiendo la notificación prescrita en este artículo, será nula.

En efecto en ambas disposiciones se establece una prohibición de enajenar la parte alícuota de un copropietario o la parte alícuota de un heredero a un extraño, sin respetar el derecho del tanto del copartícipe o del coheredero, por las razones bien conocidas de que tanto el derecho privado como el derecho público mexicanos tienen una verdadera alergia a los bienes de manos muertas, por las consecuencias funestas para la colectividad y para los copropietarios, y precisamente una -- fuente de bienes de manos muertas es la copropiedad. (39)

Los dos artículos estatuyen la caducidad del derecho por el sólo transcurso de los ocho días; la forma de hacer conocer a los copropietarios o a los coherederos de venta propalada es diversa, pues en la copropiedad debe notificarse notarial o judicialmente en cambio en los casos de herencia se permite la notificación extrajudicial, ante dos testigos, además de las formas anteriores.

El segundo de los preceptos transcritos es más explícito respecto al contenido del derecho, puesto que dispone que en caso de que uno de los coherederos quisiera hacer uso del citado derecho del tanto, el vendedor deberá consumar la venta a

(39) FINA, Rafael De. y CASTILLO LARRANAGA, José. Instituciones De Derecho Procesal Civil. 15a. ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. pág. 93.

su favor, conforme a las bases concertadas, disposición que se aplica seguramente al caso de la copropiedad.

Finalmente, en cuanto a la sanción por la violación de las disposiciones legales, el primer artículo nos dice que -- mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno; en cambio el segundo sanciona la venta con la nulidad. (40)

En resumen: los artículos 973 1292 del Código Civil, en su redacción, plantean como problemas principales los siguientes:

1.- ¿La violación al derecho del tanto, produce la inexistencia del contrato celebrado con violación al mismo, ya que el artículo 973 nos dice que la venta no produce efecto legal alguno?

2.- Si se elimina la inexistencia del contrato, la violación al derecho del tanto ¿podrá producir nulidad y de qué especie?

3.- En el supuesto de que la sanción a la violación del derecho del tanto no sea la inexistencia, ni la nulidad, ¿cuál será?

(40) PINA, Rafael De., Y otro Ob Cit. pág. 55

3.2 CONSECUENCIAS JURIDICAS.

Antes de comenzar a resolver las anteriores cuestiones, estudiaremos otras soluciones que para casos semejantes a los planteados, prevee nuestra legislación civil, específicamente en la materia de arrendamiento, en la que se protege un derecho de preferencia, que lo haremos en el siguiente capítulo .

Por lo que respecta a las sanciones, el Código Civil para el Distrito Federal sanciona en su artículo 2448 J fracción VI, que: La compraventa y su escrituración realizadas en contravención de lo dispuesto en este artículo serán nulas de pleno derecho y los notarios incurrirán en responsabilidad en los términos de la ley de la materia. La acción de nulidad a que se refiere esta fracción prescribe a los seis meses contados a partir de que el arrendatario tuvo conocimiento de la realización del contrato. En caso de que el arrendatario no dé el aviso a que se refieren las fracciones II y III de este artículo precluirá su derecho. (41)

La fracción anterior carece de una adecuada técnica legislativa, lo que resulta más grave es que confunde las nociones de nulidad absoluta y nulidad relativa, es por ello que sin pretender profundizar en la teoría de las nulidades mencionaremos algunos puntos.

(41) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo V. 5a. ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1981. pág. 101

La tesis que sostiene Julián Bonnacase, debido a que ésta para los efectos del Derecho Mexicano, es la que mayor interés, reviste y presenta mayor relieve si se toma en cuenta que sus ideas orientaron al legislador Civil de 1928 en la redacción del Código, el cual ha definido la nulidad absoluta y relativa, casi en los términos textuales en lo que hace a Ronnacase.

En los códigos de 1870 y 1884 se siguió la escuela clásica pero en forma imperativa, faltaba técnica jurídica tanto -- para definir como para clasificar y caracterizar la inexistencia y la nulidad. Por lo que toca a la inexistencia, en nuestros Códigos anteriores ni siquiera se menciona; se sigue el criterio clásico de que la inexistencia domina los textos y no se necesita definirla ni reglamentarla; pero en cuanto a la nulidad los Códigos de 1870 y 1884 cometieron algunas confusiones; en el contrato se confundieron los elementos esenciales, que son consentimiento y el objeto, con los elementos de validez, que son la capacidad, la forma, la ausencia de vicios del consentimiento y el objeto lícito. (42)

El Código Civil vigente siguiendo la doctrina clásica y a Bonnacase en la modificación que propone, dedica un título a la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos y no sólo de los contratos, como hacía el Código anterior. Se presentan -- como elementos orgánicos y esenciales, el consentimiento y el

(42) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit. pág. 71.

objeto, pero en el artículo posterior se habla de actos solemnes, lo que quiere decir que en nuestro derecho, en algunas - ocasiones la forma es elevada a categoría de elemento esencial y entonces se llama "solemnidad".

El artículo octavo del Código Civil (que tiene por origen el artículo cuarto del proyecto de Código Español comentado -- por García Goyena), nos da un precepto general sobre las nulidades, ya que establece el propio de que: Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario. No especifica el precepto si la nulidad a que se refiere es absoluta o relativa. Castán Tobeñas dice: "A la nulidad de pleno derecho se refiere el artículo cuarto, según el cual son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto por la -- ley." (43)

Pero Valver dice: "Por lo demás, insistimos en la consideración que hacíamos antes, es decir, que en la aplicación que hace el Código Civil de su criterio de nulidad de los actos -- que regula, se nota una variabilidad tan grande, que se hace -- necesario consultar sus disposiciones en cada caso." (44)

Baudry Lacantinerie y Hougues-Fourcade se expresan así:
 "...hay que investigar cuál es la especie de nulidad que corresponde al fin que se ha propuesto el legislador, según la econo

(43) BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 13a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1982. pág. 107

(44) Ibidem, p. 108

mía general de la ley de que se trate."

Manuel Borja Soriano se adhiere a la opinión anterior." (45)

Asimismo nuestro Código Civil contiene diversos preceptos especiales sobre inexistencia y nulidad. Distingue claramente la inexistencia (Artículo 2224) de la nulidad, aun la absoluta (Artículo 2226) por falta de un elemento esencial y por la carencia de efectos en el primer caso y la posibilidad de que se produzca en el segundo.

Le asigna caracteres fijos a la nulidad absoluta (Artículo 2227) señalando los casos que corresponden a esta nulidad (Artículo 2228).

El acto ilícito o el contrario a las leyes de orden público, o de las buenas costumbres (Artículo 1830), lo sanciona -- con la nulidad ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

La ley podrá algunas veces, contener esta disposición expresamente, pero cuando no sea así, habrá que descubrir si el legislador ha querido imponer una nulidad absoluta o una relativa, según se requiera para asegurar la observancia de la regla que sancione.

En apego a la tesis de Bonnacase podemos decir que la nulidad de un acto se reconoce en que uno de sus elementos orgá-

(45) BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., pág. 102.

nicos: voluntad, objeto y forma, se ha realizado de manera imperfecta o también en que el fin que perseguían los autores del acto sea directa o expresamente condena por la ley, sea implícitamente prohibido por ello porque contraría al buen orden social.

"Bonnecase hace una doble clasificación de las nulidades, distingue como un interés general y de interés privado, aunque puede afirmarse que toda nulidad se inspira en el interés general y tiene por fin protegerlo, así se puede hablar de:

- a) Nulidad absoluta o de interés general.
- b) Nulidad relativa o de interés privado."⁽⁴⁶⁾

La nulidad absoluta reposa sobre el supuesto de la violación a una regla de orden público y tiene las siguientes características:

- a) Puede invocarse por cualquier interesado.
- b) No desaparece por la confirmación del acto, ni por preparación.
- c) Necesita ser declarada por la Autoridad Judicial.
- d) Una vez declarada, se retrotrae en sus efectos y se destruye el acto.

La nulidad relativa encuentra su caracterización por un método de exclusión:

(46) SANCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 6a. ed., Editorial Porrúa, México, 1989, pág. 77

- Es relativa toda nulidad que no corresponda rigurosamente a la noción de nulidad absoluta.

Ambas nulidades absoluta o relativa, coinciden en que una vez pronunciadas (declaradas por la autoridad judicial) el acto impugnado es integral y retroactivamente destruido.

Hasta aquí la teoría de Bonnacase coincide prácticamente con la teoría clásica. Se separa de ella en cuanto a la ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto, que en la doctrina clásica produce siempre la nulidad absoluta, en la teoría de Bonnacase la ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto, puede producir la nulidad absoluta o relativa, si en este último caso el acto puede ser confirmado, la acción es prescriptible; o en los dos casos en que exista alguna disposición legal que confiera la acción de nulidad sólo a determinadas personas.

Sobre este punto, nuestro máximo tribunal ha sostenido lo siguiente:

"NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA.- La nulidad absoluta y la relativa se distinguen en que la primera no desaparece por confirmación ni por prescripción; es perpetua y su existencia puede invocarse por todo interesado. La nulidad relativa en cambio no reúne estos caracteres. Sin embargo en ambas el acto produce provisionalmente sus efectos, los cuales se destruyen retroactivamente cuando los Tribunales pronuncian la nulidad."(47)

(47) Seminario Judicial de la Federación 1917-1975. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tercera Sala, México, 1975, pág. 771

Por otra parte, se ha señalado lo siguiente:

"La nulidad no existe de pleno derecho, sino hay disposición expresa en las leyes y los casos en que ellas comprendan, nuestra legislación no autoriza -- que reconozca la existencia de nulidades de pleno derecho sino que las nulidades deben ser declaradas -- por la autoridad Judicial, en todos los casos y previo el procedimiento formal correspondiente."

Nulidad de pleno derecho.- La jurisprudencia sobre nulidad de pleno derecho distingue dos situaciones:

a) Cuando hay ley expresa que establece la nulidad de pleno derecho.

b) Cuando no existe ley expresa, único caso en que la nulidad tiene que ser declarada por la autoridad Judicial. (48)

Una vez analizados los conceptos de nulidad absoluta y relativa, así como sus características y efectos, procederemos al análisis de la fracción VI del artículo 2448J, transcrito al principio de este punto.

Dicha fracción en su parte inicial nos dice que: La compraventa y su escrituración realizadas en contravención de lo dispuesto en este artículo serán nulas de pleno derecho.

Se menciona en dicho numeral que el acto jurídico de compraventa, habiendo omitido dar el aviso del derecho del tanto

(48) Semanario Judicial de la Federación 1955. Última compilación de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. - Cuarta Parte, Tercera Sala. México 1975. pág. 124.

a los inquilinos es nulo absoluto, pero en algunos casos esta sanción es demasiado severa sobre todo en los actos celebrados con buena intención de las partes y que fueron señalados en los incisos anteriores, en los que incluso en algunos casos -- planteados, el contrato se celebró con antelación a la entrada de la ley. (49)

Sin embargo, la misma fracción posteriormente nos dice que:

La acción de nulidad a que se refiere esta fracción prescribe a los seis meses contados a partir de que el arrendatario tuvo conocimiento de la realización del contrato. Como puede observarse, señala la acción de nulidad un período de seis meses, transcurrido el cual prescribe dicha acción.

Tal disposición es contraria a las características que posee la nulidad absoluta, la cual es inconfirmable e imprescriptible, no desaparece por la confirmación del acto ni por la -- prescripción; es por ello que podemos señalar que si la acción de nulidad se extingue por prescripción nos encontramos ante una nulidad relativa.

Ahora bien, si nos preguntamos: ¿a qué personas les compete la acción de nulidad?, observamos que sólo puede ser invocada por determinadas personas cuyo interés lo establece la ley siendo en este caso el arrendatario; en este sentido estamos -

(49) SANCHEZ MEDAL, Ramón. Ob. cit. pág. 102.

también ante una nulidad relativa, ya que si se trata de una nulidad absoluta, podría invocarse por cualquier interesado.

El legislador para poder disponer cuándo un acto ilícito está afectado de nulidad absoluta o nulidad relativa, debe tomar en cuenta la causa para clasificar la nulidad y fijar sus características, pero lo que no "debe", es calificarlo con una nulidad absoluta y darle algunas consecuencias que corresponden a la nulidad relativa. La función del legislador debe ser distinta, debe atribuir las consecuencias o características después de haber fijado la causa.

La función del juez es totalmente opuesta, él no va a fijar la nulidad por su causa, sino por las características que le ha dado el legislador; no va a investigar si por la causa el acto jurídico debe clasificarse como nulidad absoluta o relativa; si el acto es prescriptible ya no le importa la causa, pues debe aclarar que es una nulidad relativa, aun cuando la causa fuera de nulidad absoluta.

Al introducirse este derecho del tanto en favor del inquilino, en forma rigurosa en que lo hacen los artículos 2248 J y 2248 I, esto es, no a la manera actual artículo 2447 del Código Civil como un simple derecho de preferencia concedido al arrendatario en caso de venta y como una correlativa obligación de no hacer a cargo del arrendador cuyo incumplimiento genera sólo la responsabilidad por daños y perjuicios pero no la sanción de nulidad de la venta, se crea ahora un verdadero gra

vamen real sobre el inmueble arrendado para habitación.

En efecto, llámense hoy en día derechos reales de adquisición a aquellos gravámenes en una cosa que dan al titular el derecho de convertirse en propietario y dentro de ellos se -- consideró cabalmente el derecho del tanto, el cual para que -- produzca sus efectos contra terceros deberá inscribirse en el registro público de la propiedad. (50)

Por lo que respecta a la situación notarial y registral -- la sanción es severa, sobre todo en el primer caso en donde la suspensión del cargo es hasta por un año y en el segundo es -- verdaderamente imposible para el registrador saber si debe ins -- cribir o no el acto jurídico, puesto que está en imposibilidad para saber cómo se computa el plazo y si existió o no acepta-- ción para comprar por parte del inquilino.

No es menos importante la fracción V del mismo artículo -- como una amenaza grave al Notario, que debe ahora como inspec -- tor cerciorarse del cumplimiento de tal dispositivo previamen -- te a la autorización de la escritura; al respecto, el artículo 126 fracción III, inciso D) de la ley del notariado para el -- Distrito Federal, dispone que hay suspensión del cargo hasta -- por un año, cuando sin cerciorarse se autorice la escritura, -- ello sin considerar que la misma es nula de pleno derecho, con -- forme a la fracción VI del artículo 2448 J del Código Civil, --

(50) SANCHEZ MEDAL, Ramón. Ob. cit. pág. 17 y 18.

dada la naturaleza de la disposición violada, al recordarse - que es de orden público, de interés social e irrenunciable, -- conforme establece el artículo 2448.

Es interesante destacar que la iniciativa Presidencial - del 16 de octubre de 1984, de reforma a la ley del notariado - del Distrito Federal, no se contenía ninguna alteración al artículo 126, salvo la fracción II, pero no a la III que grave-- mente ahora obliga a una pesquisa previa al fedatario. Es de - hacerse notar que esa iniciativa presentada a la Cámara de Di-- putados, no fue resuelta por la III legislatura y es factible que la LII la rescite. (51)

Procedencia de Daños y Perjuicios.

El cumplimiento forzoso indirecto se opone como sabemos, al cumplimiento forzoso directo en el sentido de que no habien-- do podido obtener el acreedor el objeto de la obligación, se - repara el perjuicio que ha sufrido mediante una suma de dine-- ro, llamada indemnización de daños y perjuicios.

Se distinguen dos categorías de daños y perjuicios:

- a) los moratorios; y
- b) los compensatorios.

El objeto de los primeros es reparar las consecuencias - perjudiciales de un retardo en el incumplimiento de las obliga

(51) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones 5a. ed., Editorial Cajica, Puebla, 1984, pág. 91.

ciones. Los daños y perjuicios compensatorios se refieren a las consecuencias perjudiciales de un incumplimiento definitivo de la obligación.

Una consecuencia de la violación al derecho del tanto, -- viene a ser el incumplimiento de una obligación, fenómeno que se puede apreciar en el momento en que el obligado contrata -- con un tercero, mientras la obligación subsiste, es decir antes de formulación de la notificación de la oferta.

No puede hablarse de incumplimiento cuando hecha la oferta, ésta fue aceptada o no por el sujeto activo, ya que si medió la aceptación junto con el pago o consignación del precio, se llegó al perfeccionamiento del contrato, si el sujeto pasivo enajena en favor de un tercero, está vendiendo algo que ya no es de su propiedad y el problema sale de la esfera de -- este tema; si en cambio no hubo aceptación el derecho caducó y la obligación dejó de subsistir. (52)

El incumplimiento viene a ser pues, la celebración del -- contrato sin que haya mediado la notificación oferta al sujeto activo.

El derecho del tanto, es una institución jurídica que no pertenece a la teoría general de las obligaciones, sino que -- está encuadrada dentro del régimen jurídico de la propiedad, -- puesto que es precisamente, la figura jurídica de la modalidad

(52) GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit. pág. 96

a la propiedad; de ahí que el incumplimiento de la obligación del tanto no esté regido por dicha teoría general de las obligaciones, sin que se resuelve de acuerdo con principios excepcionales, propios más bien del estatuto general de la propiedad.

El incumplimiento de la obligación del tanto viene a ser la comisión de un acto, que en los términos del artículo 2104 del Código Civil, debería traducirse en el pago de daños y perjuicios; la ley resuelve, con un criterio más apegado a derecho, pero que para la teoría de las obligaciones es excepcional, que el incumplimiento de la obligación del tanto trae consigo que el contrato celebrado no produzca efectos de derecho, ya que se considera viciado de nulidad. (53)

En efecto el Código Civil dispone que el contrato celebrado en contravención del derecho del tanto no producirá efecto legal alguno, y la interpretación a contrario sensu, del artículo 2227 del Código Civil viene a señalar que, precisamente - esas son las consecuencias de la nulidad absoluta.

Sin embargo, no se dan en el caso de contravención del derecho del tanto, otros caracteres propios de la nulidad absoluta; sino que más bien se observa un panorama que lleva a decir que se trata de una nulidad relativa, que en realidad, así produce provisionalmente sus efectos.

(53) GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit. pág. 100

La obligación válidamente constituida impone al que está obligado a prestarla, al deber de cumplirla con aquella exactitud que está en la intención de las partes, según su respectiva posición en el contrato estipulado.

Sin embargo, ya sea por el retraso injusto del pago, por la imposibilidad absoluta de hacerlo o por que se realice en - substancia, modo o lugar distintos a los convenidos, el acreedor ha podido resentir perjuicios y sufrir menoscabos, si todos esos modos de incumplimiento tienen como causa un hecho o una omisión del deudor, intencionalmente o no, conscientes o - simplemente derivadas de su falta de diligencia pero en uno y en otro caso imputable a él, deberá también reparar esos efectos procurando reponer a su acreedor lo más exactamente posible, en la situación que tendría si hubiere recibido satisfacción en los términos convenidos. (54)

Se ha dicho que el fundamento de la obligación de reparar el daño causado está en ese principio que obliga a reparar las consecuencias del hecho injusto, impidiendo que el deudor se - lucre indebidamente o empeore la condición de su acreedor, no puede considerarse sino errónea la teoría que asienta ese deber en la voluntad expresa o tácita de los contratantes.

Si esto fuera cierto además no existiría la obligación de indemnizar en todos aquellos casos en que no hay convenio, por

(54) IBARROLA, Antonio De. Cosas y sucesiones, 6a. ed. Editorial Porrúa, S.A., México, 1986. pág. 72.

ejemplo en los cuasicontratos, en las obligaciones puramente legales, aun en los casos en que no hay otra obligación preexistente, en que la culpa no puede ser sino estracontractual.

La injuria contenida en el acto culposo puede ser cometida respecto a una obligación existente entre el ofendido y el injuriante de modo que por la culpa de este último el incumplimiento de la obligación no se ha verificado o ha sufrido retraso injusto, negligencia ésta en que en la ejecución de la relación de la obligación constituye la culpa contractual.

Las normas que la ley da acerca de ellas tiene por esto un valor, no sólo en el caso de que las partes, con su silencio hayan hecho de ellas parte integrante del contrato, sino también en aquellas formas especiales de los contratos, en general siempre y cuando se trate de la ejecución de una relación obligatoria que surgiera, bien sea por la voluntad, bien por causa de culpa, aún en la hipótesis en que no preexiste --ninguna obligación, entonces se tiene la culpa estracontractual, justificada siempre con el criterio fundamental expuesto de que cada cual está obligado a las consecuencias de la injuria a que el hubiere dado lugar con su negligencia y que le --fuere imputable. (55)

(55) BARRERA, Antonio De. Ob. cit., pág. 80

CAPITULO IV

SOLUCION AL PROBLEMA

En este último capítulo trataremos de proporcionar la solución al problema planteado en los capítulos que preceden, -- tanto en el punto de vista doctrinal, como el código civil vigente para el Distrito Federal y mencionaremos algunas propuestas, esperando que las mismas puedan ser de utilidad en la -- aplicación del derecho del tanto.

4.1 Solución al problema.

En este punto trataremos en forma específica la solución al problema planteado.

El Código Civil vigente de 1932, desde luego denota una mejor reglamentación del problema, ya que abandono los prece-- dentes y acogiendo las tendencias modernas, reglamenta la co-- propiedad en forma general, en el capítulo VI, del Título IV del libro II, que se titula de la propiedad; como consecuencia también establece una mejor reglamentación del derecho del tan to. (56)

El artículo 973, transcrito al principio de este trabajo contiene, en esencia lo siguiente: se trata de una cosa indivi sa; establece la prohibición a los copropietarios de enajenar su parte alícuota, ya definida en el artículo 950, a menos de respetar el derecho del tanto que establece el mismo precepto; para evitar confusiones establece la forma de hacer la notifi cación; señalando el plazo de ocho días para ejercitarlo, así como su caducidad y acoge la fórmula anterior de que mientras

(56) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo IV, Libro II, Editorial Porrúa, S.A. México, 1981, pág. 110.

no se haga la notificación, "La venta no producirá efecto legal alguno."

A su vez el artículo 1292, al referirse a derecho hereditarios, cuando el heredero deseara venderlos a un extraño, lo obliga a notificar a sus coherederos además de poder emplear las formas expresadas en el artículo 973, podrá hacerlo ante dos testigos; pero además lo obliga a hacer del conocimiento de los coherederos las bases o condiciones concertadas y al celebrar el contrato conforme a ellas; es más explícito que el anterior, caduca el derecho en el mismo plazo de ocho días; -- pero en lugar de emplear la misma sanción del artículo 973, expresa que la venta será nula.

Por primera vez, en el Derecho Mexicano se emplea esta sanción; pero desde luego se nota cierta incongruencia, puesto que a pesar de ser nula la venta hecha al extraño, siguen vigentes las condiciones esenciales del contrato, como son la cosa y el precio y es raro que un contrato nulo siga vigente -- para imponer los elementos esenciales del contrato cuando el coheredero su derecho de retracto. (57)

Como consecuencia, lo novedoso de la disposición legal que se comenta es que por primera vez, sanciona el contrato celebrado, en violación al derecho del tanto, con la nulidad.

(57) Ob. cit. pág. 105.

El maestro Manuel Mateos Alarcón, al comentar el capítulo de los que pueden comprar y vender, llega a la conclusión de - que la venta celebrada violando el derecho del tanto, es rescindible, y como consecuencia, valida posición sostenida por - el Código Civil de 1870, pero al comentar las disposiciones -- contenidas en los artículos 4106 y 4107 del propio Código, que se refieren al retracto de herederos, llega a la conclusión de que la venta es válida y que no existe una subrogación. (58)

Finalmente en su obra del Código Concordado en el comentario del artículo 733, ya del Código Civil de 1884, expresa que la división es contraria al interés público y al de los copropietarios por lo cual éstos no están obligados a permanecer en la indivisión; pero en su comentario al artículo 2844 del mismo Código es más explícito, pues además de repetir las anteriores razones expresa que la sanción consiste en que mientras no se haga la notificación a los demás copropietarios la venta no produce ningún efecto legal; es decir, no transmite la propiedad y el comprador no está obligado a pagar el precio.

Parece entonces, que afirma que el contrato es válido pero debe subrogarse en los derechos y obligaciones al copropietario que ejercite el retracto y precisamente para que pueda - efectuar esta subrogación, la venta celebrada con violación al derecho del tanto, no producirá ningún efecto.

(58) MATEOS ALARCON, Manuel. Lecciones de Derecho Civil. Tomo V, Editorial Porrúa, S.A., México 1982, pág. 312.

El maestro Rafael Rojina Villegas, expresa que el artículo 1292 reconoce el derecho del tanto de los herederos cuando alguno pretenda vender a un extraño su derecho hereditario -- (parte alícuota), pues deberá notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, - las bases o condiciones en que se haya concertado la venta, a fin de que ellos puedan hacer uso del derecho del tanto, dentro del término de ocho días.

Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en el citado precepto será nula; igual disposición existe - para la copropiedad ordinaria en el artículo 973, con la única modificación de que este precepto en su parte final dispone -- que mientras no se haga la notificación la venta no producirá efecto legal alguno, lo que ha motivado que se discuta si se trata de una nulidad absoluta o relativa o de una inoponibilidad, es decir, que ambas situaciones la venta no será oponible al heredero o copartícipe pretendidos. (59)

A lo anterior deberá negarse el Registro Público de la - Propiedad, cuando se trate inmuebles, a inscribirlas. Asimismo los tribunales y demás autoridades deberán negar todo efecto a las citadas enajenaciones. Pero si una controversia se promueve dado que el adquirente generalmente se encontrará en posesión de la parte alícuota respectiva, o habrá pagado ya el precio de la misma, será necesario tramitar el juicio correspon--

(59) Ob. cit. pág. 120

diente y que se decida por sentencia que por ser inoponible la venta al heredero o copartícipe excluido y cuyo derecho del -- tanto se violó, tendrán derecho en todo tiempo para adquirir - la parte alícuota que indebidamente fue enajenada a un extra--ño.

Será por consiguiente el heredero o copropietario interesados que ante la resistencia del partícipe que violó el derecho del tanto, para enajenarles en las mismas condiciones, intentarán la acción correspondiente y el juez, una vez dictada la sentencia, deberá firmar en el caso de rebeldía del condenado, la escritura pública o privada de venta sirviendo como precio el mismo que estipuló con el tercero.

En la hipótesis de que el mismo heredero o copropietario que hubieren violado el derecho del tanto, se allanaran (por - la ineficacia total de la venta hecha), a otorgar la enajena--ción en favor del copartícipe interesado, prescindiendo total--mente de la venta anterior, deberá considerarse que por ser -- ésta totalmente ineficaz la nueva operación será la única que legalmente pueda surtir efectos.

Precisamente las consecuencias de la inoponibilidad se advierten con claridad en este caso, ya que no sólo entre las partes y en las relaciones con los particulares, sino también respecto a los órganos del Estado, no deberá surtir efectos la

venta que se hizo con violación del derecho del tanto. (60)

Exactamente igual que cuando se declara inoponible con relación a un tercero, el acto, contrato, título o documento que debiendo registrarse no quedó inscrito en el Registro Público de la Propiedad. Así como no es menester un juicio que declare previamente la inoponibilidad en esta hipótesis debe decirse lo mismo para el caso de violación del derecho del tanto, a efecto de respetar íntegramente la venta que hiciera el copropietario con otro de los copropietarios o coherederos, no obstante la enajenación que con anterioridad hubiese hecho en favor de un extraño; pero sólo para los efectos de que si le prive a éste de la posesión o se logra declarar ineficaz el registro de la venta que indebidamente se hubiere hecho, será necesario el juicio y la declaración judicial respectiva. Lo mismo debe decirse cuando el partícipe que violó el tanto se negare a dar preferencia al copropietario o coheredero interesados.

Como se aprecia de la lectura anterior, el Maestro Rojina Villegas no está de acuerdo con la nulidad que expresamente declara el artículo 1292 del Código Civil y explica el fenómeno jurídico, de acuerdo con las ideas imperantes por el concepto de inoponibilidad. Esta solución tiene la ventaja de eludir la objeción fundamental que se hizo a la nulidad como sanción, --

(60) GARCIA TREVIÑO, Ricardo. Contratos civiles y sus generalidades. Tomo I, 4a. ed., Editorial Front, Guadalajara, Jal. pág. 130.

pues explica por qué no se destruye el contrato celebrado y - producen efectos las estipulaciones de las partes, respecto de los elementos esenciales.

También la inoponibilidad permite explicar por qué el - contrato celebrado en violación a los derechos del tanto no -- producirá efecto legal alguno, con la finalidad de que el contrato que se celebre, con el que tenga el derecho del tanto, - no tenga ningún obstáculo y no necesite declararse judicialmente la nulidad del contrato . (61)

Es decir, la solución se encontrará en que este contrato celebrado con el no copropietario no vaya a estorbar la celebración del contrato con el copropietario; que no haya necesidad de un largo juicio para invalidarlo sino que ese derecho - del copropietario sea respetado y en caso de violación, tenga una rápida solución el conflicto.

Por las razones anteriores, a partir del Código Civil de - 1884, apartándose de la solución de la rescisión que daba el - anterior, agrega al artículo 2483: Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno, -- frase que repite el 1932, pero además, al reglamentar la venta del derecho hereditario es más explícito, ya que impone al coheredero la obligación de transmitir sus derechos de coheredero, conforme a las bases concertadas; pero aquí sí en términos ex-

(61) GARCIA TREVIÑO, Ricardo. Ob. cit., pág. 135.

presos sanciona con la nulidad al contrato indebidamente celebrado.

Sólo queda averiguar si en realidad se trata de una nulidad o de otra institución jurídica distinta.

Ya sea que se trata de una nulidad absoluta o de una nulidad relativa, ambas tienen la consecuencia de destruir el acto jurídico desde su celebración, con el efecto retroactivo, una vez declarada. Sin embargo en el caso concreto del derecho del tanto dicho acto jurídico anulado producirá efectos: fijar los elementos esenciales del contrato que el copropietario o coheredero que haya violado el derecho del tanto, tendrá que celebrar con el copropietario o coheredero preferido.

Es más jurídica y más científica la opinión de Mateos -- Alarcón, al decir que el contrato violatorio de los derechos del copropietario o coheredero, le es inoponible y que deberá subrogarse en los derechos y obligaciones del tercero no copropietario, por eso nos dice que ese contrato es válido pero rescindible.

Sin embargo, tampoco es admisible la subrogación desde el momento que no es convencional, pero tampoco está considerada esta hipótesis como un caso de subrogación legal, en ninguno de los tres Códigos Civiles que han regido en el Distrito Federal.

Una vez analizadas y estudiadas las posturas anteriores de los maestros, Manuel Mateos Alarcon y Rafael Rojina Villegas respectivamente, nos adherimos de común acuerdo a la postura planteada por el maestro ROJINA VILLEGAS; ya que la - - misma consideramos es la más acorde y práctica para dar solución al problema central del presente estudio.

4.1 Propuestas:

En este punto trataremos de proporcionar algunas propuestas, esperando que las mismas sean de utilidad para la aplicación del derecho del tanto en nuestro país.

Por lo que se refiere al artículo 973 del Código Civil - que nos dice que: Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva si el participe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto; - transcurridos los ocho días, por el sólo lapso del término se pierde el derecho, mientras no se haya hecho la notificación - la venta no producirá efecto legal alguno.

De la lectura del artículo anterior proponemos lo siguiente: Que los propietarios de cosa indivisa, puedan vender su -- parte alícuota, una vez notificados los copropietarios conforme a derecho y que éstos a su vez contarán de un término de -- cinco días para determinar si hacen o no uso del derecho del - tanto.

Lo anterior se podrá observar como un beneficio para el vendedor, el cual gozará de un término a su favor para ejercitar o concertar la operación de compraventa con quien mejor le acomode.

En lo establecido en el artículo 974 mismo que señala: Si varios propietarios de cosa indivisa hicieren uso del derecho del tanto, será preferido al que represente mayor parte, y -- siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario.

En el artículo anterior se reconoce expresamente la preferencia de quien representa mayor parte pues es principio admitido evitar la copropiedad, procurando que uno de sus propietarios llegue a ser el único.

En lo establecido por el artículo 1292 el cual dispone - que: El heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario debe notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquellos, dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto; si los herederos hacen uso de ese derecho, el vendedor está obligado a concertar la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el sólo lapso de los ocho días se pierde el derecho del tanto. Si la venta - se hace omitiendo la notificación prescrita en este artículo - será nula.

De lo anterior podemos señalar que el heredero que quisie re vender a un extraño, debería notificar a sus coherederos - única y exclusivamente por notario o judicialmente.

CONCLUSIONES

Primera.- El derecho del tanto nace entre los romanos -- como una medida atemperante de un pacto protector de la propiedad de tipo familiar. Posteriormente se hace más general y es utilizado como medida que tiende a revertir la propiedad a su estado natural cuando ha sido desnaturalizada, como en la co--propiedad al recaer su titularidad en más de una persona.

Segunda.- El derecho del tanto aparece estrechamente vinculado con el derecho de propiedad, por cuanto restringe los - atributos del propietario, al imponer su abstención.

Tercera.- EL contenido del derecho del tanto es una obligación en la cual, el sujeto pasivo tiene el deber de abstenerse de contratar con terceros y se termina cuando el sujeto pasivo notifica al sujeto activo las bases a condiciones en que pretenda enajenar su bien o derecho.

Cuarta.- El derecho del tanto tiene lugar antes del perfeccionamiento del contrato con el tercero y tiene por objeto que el copropietario venda su derecho sobre el bien indiviso - al copropietario que quiera adquirirlo, excluyendo a todas las demás personas que no tengan esta calidad.

Quinta.- El derecho del tanto encuentra su fundamento y - existencia en cuanto tienda a garantizar al coposeedor su derecho de adquirir la parte que enajene alguno de los demás coposeedores.

Sexta.- El no ejercicio del derecho del tanto trae consigo la prescripción.

Séptima.- El incumplimiento de la obligación del derecho del tanto importa la nulidad relativa del contrato celebrado con el tercero y la acción que resulta del incumplimiento del derecho del tanto es la nulidad.

Octava.- En cuanto al cómputo de los ocho días que se establecen para que el inquilino ejercite su derecho del tanto para adquirir, la ley debe declarar que ya sea judicial o extrajudicialmente, la notificación debe contarse por días naturales.

Novena.- En cuanto a las sanciones respecto al notario que pudiera incurrir en responsabilidad, esta es severa, ya que consiste en la suspensión del cargo hasta por un año.

Décima.- La ley debería establecer una atenuación en los casos en que exista buena fe por parte de los contratantes, del notario y del registrador, pues calificar con la nulidad el contrato de compraventa celebrado conlleva a serios perjuicios para todos.

NOTA: Por unificación de criterios tanto del conductor de tesis, como del dictaminador de la misma; las extracciones de textos que se indican en las citas de pie de pagina no aparecen con comillas; por la sencilla razón de que son párrafos completos y solo aparecen con la cita numerada que a cada una corresponda.

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

- BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las obligaciones.
13a. ed., Porrúa, México, 1982.
- CARNELUTTI, Francesco. La Prueba Civil.
2a. ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982
- CASTAN TOBEÑAS, José Derecho Civil Español Común y Floral.
5a. ed.m Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941
- ESQUIVEL OBREGON, Toribio. Apuntes para la Historia del Dere-
cho en México. Tomo I. 4a. ed., Polis, México, 1937.
- FLORIS MARGADANT S., Guillermo. El Derecho Privado Romano.
11a. ed., Esfinge, México, 1982.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Dercho Civil.
5a. ed., Porrúa, México, 1982.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho.
38a. ed., Porrúa México, 1986
- GARCIA TREVIÑO, Ricardo. Contratos Civiles y sus Generalidades
Tomo I, 4a., Font, Guadalajara, Jal, 1982
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones.
ra. ed., Cajica, Puebla, Pue., 1984
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. El Patrimonio.
2a. ed., Cajica, Puebla, Pue., 1984
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones.
5a. Ed., Cajica, Puebla, Pue., 1984

- IBARROLA, ANTONIO De. Cosas y Sucesiones.
6a. ed., Porrúa, México, 1986.
- LOZANO NORIEGA, Francisco. Contratos.
4a. ed., Editado por la Asociación Nacional del Notario - -
México A.C., México, 1986.
- MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos del Derecho.
12a. ed., Porrúa, México, 1986.
- PINA, Rafael De. Tratado de las Pruebas Civiles.
3a. ed., Porrúa, México, 1981.
- PINA, Rafael De., CASTILLO LARRAÑAGA, José. Instituciones de -
Derecho Procesal Civil. 15a. ed., Porrúa, México, 1982.
- ROJINA VILLEGAS. Rafael. Derecho Civil México.
TOMO III, IV,V, Vol. I,II y VI. 5a. ed. Porrúa, México,
1981.
- SANCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles.
6a. ed., Porrúa, México, 1982
- SANCHEZ BEJARANO, Manuel. Obligaciones Civiles.
3a. ed., Harla, México, 1984.
- VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho.
5a. ed., Porrúa México, 1982.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Contratos Civiles.
2a. ed., Porrúa, México, 1985.

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.

MEXICO, CONGRESO DE LA UNION. Código Civil para el Distrito -
Federal. 5a. ed., Porrúa, México, 1991.

MEXICO, CONGRESO DE LA UNION. Código de Procedimientos Civiles
para el Distrito Federal. 40a. ed., Porrúa, México 1991.

Semanario Judicial de la Federación 1917-1975. Tercera Sala, -
México. 1975.

Semanario Judicial de la Federación 1955. Ultima compilación -
de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. México,
1975.

O _ T _ R _ O _ S _

OBREGON HEREDIA, Jorge Diccionario de Derecho Positivo Mexica-
no. 2a. ed., Obregón heredia, México, 1982.

OSORIO Y FLORIT, Manuel diccionarios de Ciencias Jurídicas y
Sociales. 1a. ed., Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1978.

PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Civil
17a. ed., Porrúa, México, 1986.

Enciclopedia Jurídica omeba. Tomos XXI, XXV, XXIV. Editorial
Ancalado, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1974.

Enciclopedia Jurídica Española. Tomos XXIV. XXVII y XXIX.
Francisco Seix Editor, Barcelona, Española.