

192
2 tj



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS "ARAGON"**

**"LA PREFERENCIA DEL COPROPIETARIO SOBRE
EL ARRENDATARIO PARA EL CASO DE
ENAJENACION DE UN INMUEBLE, EN EL D. F."**

FALLA DE ORIGEN

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
INES CRISPINA HERNANDEZ ISLAS**

ASESOR: LICENCIADA ROSA MA. VALENCIA GRANADOS.

MEXICO,

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES

SR. SIMON HERNANDEZ VARGAS E ISABEL ISLAS RAMIREZ.

CON AMOR, CARIÑO Y RESPETO, por haberme dado la vida y al enseñarme el camino cuesta arriba, con su ejemplo de trabajo y honradez, por su gran cariño silencioso para demostrarlo, porque se que Ustedes son así, hicieron que realizara mi gran sueño, llegar aquí, gracias papá, gracias mamá, no les he podido dar más de lo que aquí les doy, que es lo más grande e importante de mi vida.

A MI ESPOSO SR. RAFAEL DE PADUA FLORES.

Con amor y cariño, juntos siempre, quiero darte las gracias por tu gran apoyo y confianza, porque sin importarte el tiempo, compartiste conmigo, alegrías, tristezas, éxitos, me ayudaste a recorrer el camino, pasando fríos, lluvias y otras cosas, y lograste que realizara mi gran sueño, gracias Rafa porque se que en todo momento seguiré contando contigo.

**A LA MEMORIA DE MI SOBRINO CARLOS SIMON SANDOVAL HERNANDEZ
(GUMARO) con amor y cariño, por ser parte de mis sueños, que desde aquí comparto
contigo, porque se que desde donde estés los compartirás conmigo, tu recuerdo vivirá
siempre aquí, gracias Carlitos.**

A LA MEMORIA DE MI SUEGRA ANGELITA FLORES HERNANDEZ.

**Porque siempre quiso verme tranquila y que cumpliera mis sueños, ahora que cumpli
uno de ellos, gracias por sus deseos y sé que desde donde esté seguirá con nosotros.**

A MIS HERMANOS .

Margarita, Rufina, Melitón, María del Carmen, Leonila, Felipe, Marcela, Jovita y Omar, todos Hernández Islas, con amor y cariño por estar siempre conmigo, por sus buenos deseos para que terminara lo que siempre quise realizar, gracias hermanos.

A MI SUEGRO Y CUÑADOS,

Ignacio De Padua M., Ferencia de los Dolores, Sofia, Ignacio, Teresa de Padua Flores, gracias por todos los buenos deseos que tuvieron para mí, y por ser parte de mi familia.

A MIS SOBRINOS

Ezequiel, José Luis, Karina, Isabel, Saynita, Manuel, Meynardo, René, Miguel Angel, Isabel, Maritza, Francisco, Evelyn Lilibana, Laura, Víctor Eduardo, Mirielle, Sonia, Ibrahim, Jonathan, Omar, Oscar, Berenice, José Alberto, Oscar, Norma Angélica, Grisell, Dulce María, Virginia, Griselda, Genaro, Margarita, Tere, Stefany, Luis Xavier (cocoliso), a todos les deseo que algún día lleguen a realizar sus sueños más preciados, y que nunca es tarde para que lo logren, gracias por ser parte de mi gran familia.

A MIS CUÑADOS Y CUÑADAS,

Sr. José Luis Sandoval, en memoria de él, y a Margarita, Paulina, Rosaura, y a todos los demás, gracias por ser parte de mi familia.

**A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL
DISTRITO FEDERAL.**

Que por más de 25 años he tenido su amistad y sus buenos deseos para llegar a realizar mi gran sueño, gracias.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO,
A LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES 'CAMPUS
ARAGON',
A TODOS MIS MAESTROS, A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS, QUIENES DE
ALGUNA FORMA CONTRIBUYERON A MI FORMACION PROFESIONAL.**

**A MI PROFESORA Y ASESORA DE TESIS, LIC. ROSA MA. VALENCIA
GRANADOS. Gracias, porque es la persona más humana y comprensible que he
conocido, por su gran apoyo y ánimos, sin Usted no hubiera logrado realizar este trabajo
de tesis. Gracias.**

**LA PREFERENCIA DEL COPROPIETARIO SOBRE EL ARRENDATARIO PARA
EL CASO DE ENAJENACION DE UN INMUEBLE, EN EL D.F.**

I N D I C E

INTRODUCCION	1
---------------------	----------

CAPITULO I

EL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES Y SUS REFORMAS A TRAVES DEL TIEMPO, HASTA LA ACTUALIDAD.	1
---------------------------------------------------------------------------------------------------	----------

A. CONCEPTO	9
B. ELEMENTOS ESENCIALES	19
C. REQUISITOS DE VALIDEZ	25
D. OBJETO DEL CONTRATO	29
E. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR	30
F. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO	32

CAPITULO II

LA COPROPIEDAD	33
A. CONCEPTO	38

B. NATURALEZA JURIDICA	47
C. TIPOS DE COPROPIEDAD	50
D. DIFERENCIA DE LA COPROPIEDAD CON LA PROPIEDAD	
E. COLECTIVA O COMUNIDAD Y LA SOCIEDAD	58

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE PREFERENCIA POR ENAJENACION.

69

A. CONCEPTO	71
B. DIFERENCIA CON EL DERECHO DE RETRACTO	76
C. FORMA DE RESOLVER EL CONCURSO DE DERECHOS, EN EL ARRENDAMIENTO	85
D. FORMA DE RESOLVER EL CONCURSO DE DERECHOS EN LA COPROPIEDAD	87
E. PREFERENCIA DEL COPROPIETARIO SOBRE EL ARRENDATARIO	95
CONCLUSIONES	104
BIBLIOGRAFIA	107

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

La presente tesis es realizada con la finalidad de analizar la actividad jurídica para la aplicación del Derecho respecto a las diferentes figuras, tales como la copropiedad, el condominio y el arrendamiento de inmuebles, en los que las personas habitan, establezcan oficinas, negocios y que los dueños poseedores explotan para beneficio de sus intereses.

Estas figuras jurídicas aparentemente independientes en su estructura interior plantean en la práctica problemas que los estudiosos del Derecho tratan de darle una solución que sea estrictamente apegado a Derecho, sin embargo esto trae como consecuencia un conflicto de leyes, y ante la presencia de dos derechos de preferencia, en el que un Juez debe decidir sobre el que va a prevalecer, en la hipótesis que se plantea, y se trata de estudiar a quien jurídicamente le corresponde la mejor preferencia en la enajenación de un inmueble, esta la puede tener el titular del derecho personal que es el arrendatario o bien el titular del derecho real o sea el copropietario en una copropiedad.

De lo anterior se pretende que el estudiante de Derecho tenga la habilidad y conocimiento fundamentado para distinguir

estas figuras jurídicas, en una forma teórica, a efecto de que en la práctica tenga la seguridad de su aplicación, conforme a Derecho.

CAPITULO I

EL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES Y SUS REFORMAS A TRAVÉS DEL TIEMPO, HASTA LA ACTUALIDAD.

La doctrina en forma unánime reconoce que México, en la época de la Colonia y por más de tres siglos, mientras empezó a crear sus propias leyes, tuvo a la Legislación Española como Derecho Positivo y sólo después de distintas épocas complicadas por las ideologías políticas que dieron impulso y seguimiento al movimiento de Independencia se generaron nuestros propios Ordenamientos Jurídicos.

De la conclusión de la Independencia, hasta el año de 1870, se afirma que seguían teniendo eficacia las leyes españolas, hecho que no es completamente cierto ni totalmente falso, pues poco a poco y en la medida que se fue desarrollando la capacidad legislativa Mexicana, fueron poniéndose en vigor algunos ordenamientos.

Gracias a la acuosidad de investigadores a este respecto, han sido rescatadas la compilación de leyes de 1821 a 1830 y de 1833 a 1837 formadas por Don Mariano Galván, mediante

autorización otorgada por el Congreso de la Unión, el día 27 de abril de 1929.

Basilio José Arrillaga publicó una Recopilación de Leyes formadas por orden del Supremo Gobierno que comprende las de 1828 a 1838, 1849, 1850 y de 1858 a 1863.

Existe una colección de Leyes publicadas por el Semanario Judicial, que comprende las expedidas de 1850 a 1855.

Justo Sierra O'Reilly por encargo oficial de Don Benito Juárez, presidente de la República, se encargó de hacer un proyecto del que sería nuestro primer Código Civil.

El proyecto de mérito se inició en 1859 y se terminó hasta 1861, sin embargo, fue hasta 1870 cuando la Comisión formada por Don Mariano Yáñez, Don José María Lafragua, Don Isidro Montiel y Duarte, Don Rafael Dondé y Don Joaquín Eguía Liz, se encargó de la redacción del Código Civil, retomando el proyecto de Justo Sierra y los trabajos de una comisión que se integró en 1861 con Don Jesús Terán, José María Lazunza Escudero.

El Código Civil de 1870, es reflejo de la ideología individualista en materia económica que prevalecía en su época, consagra la autoridad casi absoluta del marido sobre la mujer, la desigualdad de los hijos naturales, la propiedad como Derecho

irrestricto y estableció la libertad de testar, que en el proyecto de Justo Sierra no se contempló.

Después de 14 años de vigencia, una comisión encabezada por Miguel S. Macedo, publicó los "Datos para el estudio del Nuevo Código Civil del Distrito Federal", en donde se exponen las razones que se tuvieron en cuenta para promulgar el Código de 1884, el cual prácticamente constituye una reproducción del de 1870. ¹

Durante la vigencia del Código Civil de 1884, Don Venustiano Carranza promulgó en Veracruz el 29 de diciembre de 1914 la Ley del Divorcio Vincular, cuyas disposiciones se incorporarían a la Ley de Relaciones Familiares el 9 de abril de 1917.

Finalmente el 20 de agosto de 1928, se promulgó el Código Civil que entró en vigor el primero de octubre de 1932 y a la fecha se encuentra vigente y es de aplicación en el Distrito Federal, en Materia Común, y en el Orden Federal en toda la República.

En Materia de arrendamiento ha sufrido diversas modificaciones Legislativas, toda vez que en la Ciudad más

¹ Cfr. De Ibarrola, Antonio. Cosas y Sucesiones. Quinta Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1981, Pág. 1020.

grande, el alquiler de localidades, principalmente para vivienda se ha convertido en un problema de relevancia económica y social.

En nuestro concepto tres han sido los momentos en los que el contrato de arrendamiento regulado por el Código Civil de 1928 se ha reestructurado en cuanto a sus efectos económicos y sociales sin alteración de lo que la doctrina Jurídica considera como elementos reales.

El primero es el perfil de lo que hoy es el arrendamiento en el Distrito Federal, se da el 20 de diciembre de 1948, cuando el entonces Presidente de la República Miguel Alemán promulga el "DECRETO QUE PRORROGA LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE LAS CASAS O LOCALES QUE SE CITAN", en el Diario Oficial de la Federación cuyos principales efectos fueron la prórroga indefinida en la duración de ciertos arrendamientos y la congelación del precio de la renta.

Este decreto que en su momento produjo distensión social a largo plazo resultó completamente negativo, pues desequilibró la equidad que debe existir en todos los contratos y debido a condiciones ajenas a dicho decreto, tales como el desajuste en la economía o el rezago en la impartición de justicia, otorgó mayores beneficios que se convirtieron en reales abusos en favor de los arrendatarios de las localidades de renta

congelada, los cuales tenían, en los últimos tiempos, rentas tan bajas que ya no existía moneda del curso legal para pagarlas.

El 30 de diciembre de 1992, apareció en el Diario Oficial de la Federación un decreto que abrogó el de 1948 poniendo fin a 44 años de rentas congeladas, tiempo en el que se deterioraron una cantidad de inmuebles ubicados en el Centro Histórico de la Ciudad de México, toda vez que a la fecha de expedición del decreto de 1948 en dicha zona se encontraba el mayor número de inmuebles dados en arrendamiento.

Cabe añadir que el decreto de 1992 surtió efectos abrogatorios a partir del año de 1996, por lo que para algunos arrendadores el congelamiento de los contratos significó hasta cincuenta años de atraso, en atención a que el Legislador en esta materia es sumamente voluble y en cualquier momento podrá volver a tornarse populista.

En el mismo sentido demagógico, se promulgaron las reformas aparecidas durante el gobierno del Presidente Miguel de la Madrid Hurtado, mismas que básicamente consistieron en adicionar el capítulo IV del Título Sexto de la Segunda Parte del Libro Cuarto del Código Civil.

Ante la incapacidad del Gobierno Federal de promover la inversión en materia de vivienda popular, se tomó en aquel

entonces la decisión de reglamentar en favor de los inquilinos, una serie de condiciones en los artículos 2448, 2448-A, 2448-B, 2448-C, 2448-D, 2448-F, 2448-G, 2448-H, 2448-I, 2448-J, 2448-K y 2448-L del Código Civil, relativos a el arrendamiento de fincas destinadas a la habitación.

Dichas reformas a los citados artículos del Código Civil fueron declaradas de orden público y de interés social, lo cual conformó al artículo 80. del propio ordenamiento, las volvió de carácter obligatorio entre los contratantes, irrenunciables e inderogables por la voluntad de las partes.

Además, la Ley Federal de Protección al Consumidor fue reformada, otorgándole competencia a la Procuraduría Federal del Consumidor, para conocer de las quejas que ante la citada Oficina presentaran los inquilinos en contra de los arrendadores, equiparando a éstos últimos a los proveedores mercantiles de bienes y servicios, iniciando con ello una década de persecución en contra de los que habían tomado la decisión de dar en arrendamiento algún inmueble de su propiedad.

Fue tal el impacto social de las reformas, que el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, tuvo que solicitar al Ejecutivo Federal, la presentación de una iniciativa de reformas ante el Congreso de la Unión, a efecto de que se crearan los Juzgados de Arrendamiento puesto que los Juzgados

Civiles no soportaron la cantidad de procesos que con motivo de controversias de arrendamiento saturaban el funcionamiento del Poder Judicial Local.

Por supuesto que ninguna persona en su sano juicio invirtió durante aquella década en inmuebles para destinarlos al arrendamiento de casa habitación y dado el crecimiento demográfico de la Ciudad de México y de la zona Metropolitana, el problema de la vivienda tomó proporciones cada vez mayores que el Estado no pudo evitar.

Ante los lamentables efectos de las reformas referidas, el Ejecutivo Federal, muy preocupado por tener una Ciudad capital muy mermada en sus inmuebles por el sismo de 1985 y con una escasa inversión económica en la materia, debido a la Legislación imperante, se vio en la necesidad de presentar una iniciativa de reformas al Código Civil y a la Ley Federal de Protección al Consumidor, a efecto de que fuera más fácil para los arrendadores resolver los contratos por el que habían quedado indisolublemente ligados, así como modificar el precio del arrendamiento. Asimismo, se propuso la modificación respectiva al Código de Procedimientos Civiles, para que la tramitación en la vía de Controversia de Arrendamiento Inmobiliario resultara más ágil y se derogara el juicio Especial de Desahucio.

El Congreso de la Unión aprobó sin mayor dificultad la iniciativa del Ejecutivo Federal y la opinión Pública de la Ciudad de México, rechazó el contenido de las reformas, puesto que las clases populares estaban por demás acostumbradas a la tutela excesiva que el Estado venía ejercitando en los contratos de arrendamiento para casas habitación, razón por la que las reformas al Código Civil, a la Ley Federal de Protección al Consumidor y al Código de Procedimientos Civiles, no entraron en vigor a los 90 días siguientes a su publicación en el Diario Oficial de la Federación que se verificó el día 21 de julio de 1993, sino que, ante las presiones de la opinión pública y la proximidad de las elecciones Federales, el Congreso de la Unión tuvo que expedir un decreto por el cual escalonó la entrada en vigor de las reformas modificando al efecto los artículos transitorios del decreto del 21 de julio. El decreto modificadorio se publicó el 23 de septiembre de 1993 y entró en vigor el 19 de octubre del mismo año.

El arrendamiento tanto de inmuebles como de cosas muebles en la Ciudad de México, es uno de los contratos que tiene mayor uso en la entidad, toda vez que en la misma se reúnen los factores políticos, económicos y de crecimiento demográfico, en forma más acentuada que en el resto del país.

A.- CONCEPTO.

El artículo 2398 del Código Civil, establece: "Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por este uso o goce un precio cierto".

El anterior concepto es uno de los que menos discusiones doctrinarias engendra, pues es muy claro, sin embargo para cumplir con el desarrollo de este apartado pasaremos a revisar la opinión de diferentes tratadistas para comparar y conocer sus diversas definiciones.

Domínguez del Río manifiesta: "El contrato de arrendamiento en su relación práctica ya celebrado y puesto en marcha puede ser una cuña incrustada en el derecho de propiedad, ya que el arrendador conserva la posesión originaria de la cosa arrendada y al arrendatario le concierne solamente la posesión derivada, puesto que en la esfera jurídica de cada una de las partes que la formalizan es indudable que para que cumpla el arrendador su obligación de conceder al inquilino su derecho de usar y de gozar la cosa, éste, la recibe como una contraprestación de las rentas que se obliga a pagar. No se concibe la ejecución del contrato sin que el arrendatario quede en aptitud de disfrutar la cosa. El arrendatario una vez en

ella, le sobran recursos a veces de los más reprobables para retener el pago de la renta".²

A lo que agregaríamos también en la vida práctica los arrendatarios recurren a excusas y obstáculos legales para restituir la cosa dada en arrendamiento.

Por su parte, Rafael de Pina, define el contrato materia de este estudio, como: "El contrato en virtud del cual una parte cede a otra el uso y disfrute de una cosa o derecho mediante un precio cierto, que recibe la denominación de renta o alquiler".³

Asimismo, el autor en cita reconoce que el arrendamiento es el más importante de los contratos llamados de uso y disfrute.

Sánchez Medal, por su parte lo define como: "... Contrato por el que el arrendador se obliga a conceder el uso o goce temporal de una cosa dada al arrendatario, a cambio de un precio cierto".⁴

² EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y SU PROYECCION EN JUICIO.- Editorial Porrúa, S. A. México, 1978. Pág. 15.

³ "Diccionario de Derecho". Editorial Porrúa, S. A., México, 1983, Pág. 98.

⁴ DE LOS CONTRATOS CIVILES, Sexta Edición, Editorial Porrúa, S. A. México, 1982, Pág. 223.

De las tres opiniones vertidas se desprende sin dificultad, la consideración unánime tanto del Legislador como de los jurisconsultos de que la obligación que se engendra con el arrendamiento es contractual y no deriva de alguna otra fuente de obligaciones.

El arrendamiento cumple normalmente con la función económica de permitir el aprovechamiento de las cosas ajenas, pues aún cuando se puede llegar a él a través de los derechos reales de uso, usufructo o habitación, o mediante el contrato de comodato, la experiencia demuestra que la forma normal de aprovechar la riqueza ajena es a título oneroso y mediante el contrato de arrendamiento.

Mientras que en los contratos traslativos de dominio como la compraventa o la donación, la función económica del contrato es la transferencia de cosas con todas las utilidades, en el arrendamiento, el arrendador, que de ordinario es también propietario, conserva el poder de disposición y transfiere a otros solamente el poder de goce.

La atribución del goce de la cosa es el elemento básico del contrato que tratamos y constituye su substrato económico, el goce de la cosa consiste en que el arrendatario usa de ella para una finalidad determinada, por ello constituye una obligación

esencial del arrendatario servirse de la cosa para el uso pactado.

El arrendamiento es un contrato bilateral, puesto que intervienen dos partes por lo menos en su integración y perfeccionamiento, es oneroso puesto que el uso y goce del bien arrendado se otorga mediante el pago de un precio cierto y en dinero, es conmutativo dado el intercambio de prestaciones ya referido, su ejecución es de tracto sucesivo o de ejecución duradera y, por último se clasifica como "INSTITU PERSONAE" por lo que se refiere al arrendatario en atención a que éste no puede subarrendar ni ceder sus derechos a terceros, sin permiso del arrendador; se trata también de un contrato consensual cuando su objeto son muebles, formal cuando el objeto son inmuebles y en algunos casos debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, para que surta sus efectos contra terceros.

El arrendamiento tiene diferencias muy claras, con la compraventa y con otros contratos traslativos que mencionaremos más adelante. En la compra venta existe transmisión del derecho real de propiedad, inmediata o diferida y el pago del precio cierto precisamente en dinero, y en el arrendamiento sólo hay nacimiento de obligaciones personales y el precio cierto aún se podría pactar aunque no fuere en dinero. Sin embargo, hay ocasiones en que puede confundirse el arrendamiento con la compraventa, por ejemplo cuando el objeto del contrato es una

cosa cuyos frutos o productos pasan a ser propiedad de la persona a quien se le concede el disfrute del bien, como ocurre en los contratos para la explotación de una mina o de una huerta de árboles frutales. En esos casos habrá arrendamiento si el precio se fija por unidad de tiempo y será compraventa si el precio se fija por unidad de frutos o de productos que se perciban.

Es compraventa, y está sujeta a reglamentación imperativa por los artículos 2310 al 2315 del Código Civil, el llamado arrendamiento-venta, por virtud del cual uno de los contratantes entrega al otro una cosa para que la use por cierto tiempo, durante el cual la parte que recibe debe pagar cantidades periódicas de dinero, que en su cuantía excedan del precio comercial de ese uso, y con el pacto de que al cubrirse la última de tales cantidades o al pagarse además de ella un simbólico precio adicional se convertirá en propietaria de la cosa.

Conforme a la exposición de motivos del Código Civil en vigor, se reglamentó lo más completo posible el contrato de promesa de compraventa, con el fin de evitar que muchas de las ventas que ahora se hacen por las Compañías de máquinas de coser, pianos, automóviles, etc., así como por las que venden terrenos en Colonias de reciente formación, se disfracen de contratos de arrendamiento, con graves perjuicios para los compradores y en ocasiones para las propias empresas.

Sin embargo, desde la década pasada, han aparecido y proliferado numerosas empresas "Arrendadoras", que se dedican a la venta, bajo la forma de arrendamientos financieros según el caso, para los diversos interesados en este tipo de operaciones.

En el creciente desarrollo de los contratos de arrendamiento financiero, sólo se han tomado en cuenta los aspectos fiscales o Financieros, prescindiendo de la Real Estructura Jurídica de tales actos, a ello se debe que sólo los contadores públicos, los fiscalistas y los banqueros hayan sido los que traten este sistema.

Las Instituciones de crédito canalizan buena parte de sus inversiones financieras a las compañías arrendadoras, haciendo posible que éstas adquieran los bienes que a su vez darán en arrendamiento financiero a particulares o empresas, percibiendo de esta manera usurarias utilidades con las diferencias en el tipo de réditos que pagan y de los intereses que cobran, además dichas arrendadoras no corren mayores riesgos, pues suelen documentar las supuestas ventas con títulos de crédito a su favor y además sin necesidad de inscripción alguna en el Registro público de la Propiedad, los bienes objeto del arrendamiento financiero no pueden ser embargados por algún acreedor de los clientes, toda vez que han sido entregados a éstos en simple arrendamiento.

Los particulares o empresas que reciben esos bienes a título de arrendamiento se benefician grandemente en atención a que las rentas que pagan a la Compañía son enteramente deducibles de pago al impuesto sobre la renta y para satisfacer la participación de utilidades a los trabajadores, permitiéndoles además una depreciación acelerada de esos bienes, ya que si éstos fueran comprados abiertamente, aunque fuera en abonos, formarían parte de los activos fijos de esos particulares en un plazo de diez años a razón de diez por ciento anual.

En la doctrina subsiste la opinión generalizada que es necesario precisar la naturaleza jurídica del arrendamiento financiero.

En la economía nacional, tan inestable, han cobrado inusitada importancia las ventas a plazos o en abonos a causa de las múltiples ventajas que ofrecen por igual a compradores y a vendedores, por ello el legislador en 1928 trató de esclarecer con pulcritud la naturaleza jurídica de las ventas en abonos y sobre todo, reguló en forma adecuada su funcionamiento en favor de la parte débil, que en las ventas en abonos ordinariamente es el comprador.

Finalmente, en relación al arrendamiento financiero jurídicamente algo hay seguro, atendiendo a la naturaleza de las prestaciones pactadas por las partes y el objeto convenido en el

contrato. Nunca el membrete de un contrato o cualesquier instrumento contractual, debe tomarse como dato definitivo de la voluntad de las partes, siempre hay que estarse al sentido literal de las cláusulas y sólo en caso de duda sobre la intención de los contratantes, deben tomarse en consideración los artículos 1851 a 1857 del Código Civil; lo cual está debidamente corroborado por lo menos en dos Tesis Jurisprudenciales que establecen lo siguiente:

"CONTRATO.- Para determinar la naturaleza de todo contrato, debe atenderse primeramente a la voluntad expresa de las partes, y sólo cuando ésta no se revela de manera clara, habrá que recurrir a las reglas de interpretación". *

"CONTRATOS, INTERPRETACION DE LOS.- La naturaleza de los contratos depende, no de la designación que le hayan dado las partes, que puede ser errónea, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas en relación con las disposiciones legales aplicables atenta la regla de interpretación del Código Civil vigente. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquella". *

Finalmente, respecto al arrendamiento puro, o sea el que se encuentra regulado en el Código Civil, debe distinguirse de otros contratos con los que guarda semejanza.

* Visible en el Apéndice de Jurisprudencia del Semanario Judicial de la Federación de 1917 a 1965. Cuarta Parte, Tercera Sala, Tesis 309, Pág. 383.

* Ibidem, Tesis 310, Pág. 385.

Tal es el caso del contrato de estacionamiento, garage o aparcamiento, que algunos autores consideran como un arrendamiento como cualquiera y otros piensan que se trata de un contrato atípico diverso, con características que lo hacen claramente diferenciable. ⁷

Los contratos de depósito en cajas de seguridad en los bancos, de títulos o de mercancías en almacenes generales, han llegado a ser estudiados como contratos de arrendamiento, situación que en nuestro concepto ya se encuentra superada, toda vez que la doctrina del derecho privado, sistemáticamente aborda su estudio dentro del Derecho Mercantil, en el apartado correspondiente a las operaciones de crédito.

El arrendamiento puro, se distingue también del usufructo y del derecho de uso de habitación, ya que éstos tienen la naturaleza de derechos reales, mientras que la naturaleza jurídica del arrendamiento es la de un derecho personal. En éste tiene el arrendador la obligación de entregar y conservar la cosa en estado de servir para el uso convenido o natural de la misma cosa y de garantizar en caso necesario ese uso al arrendatario, en tanto que en el usufructo no tiene el nudo propietario ninguna obligación específica, sino que el, como cualquier tercero, simplemente ha de abstenerse de realizar cualquier acto que impida o entorpezca al usufructuario el uso y disfrute de dicha

⁷ Cfr. Sánchez Medal, Ramón. Ob. cit., Pág. 195.

cosa, por lo que en el usufructo nada, ni nadie, garantiza el uso de la cosa, mientras que en el arrendamiento, como ya se anotó, corresponde al arrendador garantizar el uso de la cosa al arrendatario mientras dure el contrato.

Por último debe considerarse que ciertos contratos de prestación de servicios de carácter comercial, llegan a tener parecido con el arrendamiento, sobre todo cuando incluyen dentro de su objeto la asignación de un espacio o la posibilidad del uso de un equipo dentro de una feria, exposición o plaza comercial, sin embargo, a este respecto debe considerarse que el uso del equipo, o del espacio no constituye la prestación principal en dichos contratos, sino que son precisamente los servicios de publicidad, ubicación de la feria o plaza, estudios de mercado, decoración y arquitectura del recinto, los que constituyen el motivo principal de los contratantes y por lo tanto el objeto del contrato.

Lo anterior nos obliga a considerar la reiterada controversia que se suscita al entrar al estudio de la naturaleza jurídica de los contratos de prestación de servicios, tanto personales como profesionales, contratos en los que un sector de la doctrina considera que se estaba en presencia de verdaderos arrendamientos, idea que se ha superado desde la perspectiva social y humanista que dio origen al moderno Derecho del Trabajo,

el cual parte de la idea de que la dignidad del ser humano no es objeto de especulación comercial, y por lo tanto, la prestación de sus servicios personales no pueden equipararse al arrendamiento de muebles, de los que hasta ahora se ha seguido, que tanto en los contratos de Trabajo y contratos de aprendizaje ambos en el ámbito de Derecho Laboral, por una parte, y en los contratos de prestación de servicios técnicos o profesionales, que inciden en el campo del Derecho civil, se considere que son figuras jurídicas autónomas, sui generis, en las que no existe parentesco con el arrendamiento, por la básica razón de que el arrendamiento recae en bienes muebles o inmuebles siempre, y nunca tiene su objeto en personas.

B.- ELEMENTOS ESENCIALES.

Para la existencia del contrato, que no es otra cosa que un convenio que produce o transfiere obligaciones conforme lo dispone el artículo 1793 del Código Civil, se requiere de dos piezas, las cuales en esta ocasión me permito llamarlas así para dejar en la mente del lector la firme idea de la dualidad de los elementos que la doctrina civilista llama elementos esenciales de todo contrato.

CONSENTIMIENTO Y OBJETO son los elementos esenciales de los contratos, la falta de uno sólo de ellos importa necesaria y

fatalmente la inexistencia del contrato, lo cual se infiere de la interpretación del artículo 1794 del Código Civil.

El acto jurídico es la manifestación exterior de la voluntad tendiente a la producción de efectos de Derecho, sancionados por la Ley.

Como todo ser real o conceptual, precisa para su formación, de ciertos elementos esenciales sin los cuales no existe, siendo ellos la voluntad o consentimiento de las partes, el objeto posible física y jurídicamente hacia el cual se dirige esa voluntad y por último, añadiendo, algunos derivan del contenido sistemático del Código Civil que en ocasiones la Ley marca como requisito esencial de manera solemne en que debe exteriorizarse la voluntad.

En el arrendamiento y en cualquier acto jurídico es necesario que los contratantes emitan su voluntad, y la misma esté libre de cualquier vicio, para efecto de que surta plenamente el acto y por ende sus consecuencias.

El objeto del arrendamiento, así como el de casi todos los contratos nominados, se encuentra descrito e identificado en el precepto con el que el legislador pretende definir a la figura y que normalmente encabeza el capítulo respectivo en el Código Civil; por ello, el artículo 2398 en su parte conducente expresa

que las partes se obligan una conceder el uso o goce temporal de una cosa y la otra a pagar por ese uso o goce un precio cierto y en dinero, radicando en dichas contraprestaciones el objeto del contrato de arrendamiento.

Consentimiento y objeto, en el arrendamiento, y en todo contrato son elementos esenciales y sin la presencia de ambos se estaría en un caso de inexistencia.

Sobre el objeto del arrendamiento, encontramos que algunos doctrinarios, al estudiarlo en los contratos, informan que dicho objeto también puede ser descompuesto llamando a sus partes elementos reales del contrato. *

Asimismo, es posible el arrendamiento sobre géneros conforme lo prevé el artículo 2475 del Código Civil, siendo en este caso que las cosas rentadas deben entregarse como fungibles, para ser restituidas idénticamente, con las excepciones que marca el artículo 2400 del Código Civil.

En el arrendamiento, por último, el tiempo es un elemento esencial.

Conforme al artículo 2398 del Código Civil, el arrendamiento no puede exceder de diez años para las fincas

* Cfr. Sánchez Medal, Ramón. Ob. cit., Pág. 198.

destinadas a habitación y de veinte años para las fincas destinadas al Comercio o a la Industria.

Con anterioridad al decreto de julio de 1993, el mismo dispositivo legal establecía que el arrendamiento no podía exceder de diez años para fincas destinadas a habitación, de quince para las destinadas al comercio y de veinte a las destinadas al ejercicio de una industria.

A diferencia del Derecho Romano que permitía los arrendamientos a perpetuidad, el derecho moderno los rechaza por estimar el legislador que más valdría identificarlos con una venta, ya que una propiedad que nunca pudiera recuperarse sería ilógica y desvirtuaría la propiedad inmobiliaria.

A ese respecto se pronunció la comisión redactora del Código Civil de 1928, aduciendo que en la práctica los inmuebles que permanecen arrendados por largo tiempo quedan fuera del comercio, porque nadie tiene interés en adquirir bienes que por mucho tiempo han de permanecer en poder de otro.

La limitación concreta y expresa a la libertad contractual a la cual se ha estado haciendo referencia, no existió en el Código Civil de 1870, ni en el de 1884 por ende, la limitación es relativamente nueva y ha generado cierta problemática en su aplicación.

Cabe preguntarse qué sucede si las partes pactan un plazo mayor del establecido como límite legal. A este respecto podría llegarse a pensar que nos encontraríamos frente a un contrato nulo o inexistente.

Sin embargo, ello no acontece, pues existe un principio llamado de la conservación del contrato, plasmado en el artículo 1853 del Código Civil, que en relación a este problema produce el efecto único de reducir el plazo al tope legal.

Por otra parte, no existe impedimento para que el arrendador otorgue promesa de nuevo arrendamiento al final del plazo del primer arrendamiento, así como para que también se pudiera pactar, en su caso, un derecho de preferencia en igualdad de condiciones a otra persona al finalizar el contrato para darle un nuevo arrendamiento, incluyéndose una pena convencional muy elevada para garantizar el debido cumplimiento de la promesa.

Por razones de falta de independencia del Poder Judicial Federal, no fue posible aplicar el criterio de máxima temporalidad obligatoria en los contratos de arrendamiento, a raíz del Decreto de Congelación de rentas de 1948, pues en caso contrario, la descongelación habría operado gradualmente y a través de resoluciones judiciales.

Habiendo pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación diversas Tesis de Jurisprudencia respecto al tema de congelación de rentas, hubo que esperar más de 40 años para que el Ejecutivo Federal enmendara la situación.

No obstante, que el tiempo es el elemento real en el contrato de arrendamiento, si las partes omiten señalar el plazo de duración, la Ley establece en forma supletoria el modo de terminar el arrendamiento, facultando a cualquiera de las partes para que fije el término del contrato, previo aviso por escrito dado a la otra parte con quince días de anticipación, si el predio es urbano y con un año si es rústico, en términos del reformado artículo 2478 del Código Civil.

Con anterioridad al decreto del 21 de julio de 1993 el plazo de la anticipación del aviso para dar por terminado un contrato por tiempo indeterminado, era de dos meses para predio urbano y de un año para predio rústico.

El contrato de arrendamiento confiere derechos de carácter personal entre las partes, tanto el derecho al pago de pesos respecto del arrendador, como el derecho al uso respecto del arrendamiento.

C.- REQUISITOS DE VALIDEZ.

Son requisitos de validez de los contratos, aquellas circunstancias que deben prevalecer en torno a los elementos esenciales, es decir al consentimiento y al objeto. Las aludidas circunstancias son:

A.- Capacidad legal de las Partes.

B.- Ausencia de vicios en el consentimiento.

C.- Licitud en el fin y objeto del contrato.

D.- Que el acto revista la forma establecida por la Ley.

Lo anterior se deduce del contenido del artículo 1795 del Código Civil, interpretando a contrario sensu, pues dicho dispositivo establece que un contrato puede ser invalidado por incapacidad de las partes o de una de ellas, por vicios del consentimiento, para la ilicitud del objeto o fin, que el contrato persiga y por qué el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la Ley establece.

Actualmente no existe controversia doctrinal en torno a dichos requisitos de validez, si en cuanto a su contenido,

razón por la que en forma breve se procede a su exposición y comentario.

Por capacidad debe entenderse aquel atributo de la personalidad que permite a las personas jurídicamente consideradas ser el centro de imputación de obligaciones y derechos.

En tal virtud tanto las personas físicas como las personas morales, poseen el atributo de la capacidad desde que nacen o se constituyen y la pierden por la muerte o la disolución, salvo el caso de los Derechos humanos que desde el momento en que son concebidos ya que son objeto de tutela del orden jurídico.

La capacidad jurídica se divide para su estudio en capacidad de goce y capacidad de ejercicio, siendo la primera la que permite el disfrute de derechos y la última es aquella que permite contraer obligaciones.

En la formación de los contratos, el consentimiento que cada una de las partes aporta, debe contar con la capacidad jurídica que sea su basamento, la minoría de edad, el estado de interdicción y cualquier otra incapacidad establecida por la ley son restricciones o la capacidad de ejercicio y en consecuencia

pueden producir la anulación del acto en que ha participado el incapaz. ⁹

El consentimiento, segundo requisito de validez, puede ser expreso o tácito, es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El consentimiento tácito resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que con sana lógica autoricen o presumirlo excepto en aquellos casos en que por convenio o por ley, la voluntad deba manifestarse en forma expresa.

Hay ausencia de vicios en el consentimiento cuando éste se manifiesta en forma expresa o tácita, sin que haya sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo. ¹⁰

El error, conforme a los supuestos legales establecidos en el Código Civil, puede ser de Hecho, de Derecho o de Cálculo. ¹¹

El dolo es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en el a alguno de los contratantes. Por otra parte, la mala fe se configura cuando uno

⁹ Cfr. Artículos 22, 23, 24, 450 y 2228 del Código Civil.

¹⁰ Cfr. Artículos 1812, 228 y 230 del Código Civil.

¹¹ Cfr. Artículos 1813 y 1814 del Código Civil.

de los contratantes, se percata del error del otro y lo disimula con la finalidad de que se mantenga en el error. ¹²

Actualmente es uniforme la concepción de que error es el falso concepto de la realidad, y se clasifica en error indiferente, error nulidad y error obstáculo, siendo evidentemente, el error nulidad a que vicia el consentimiento. ¹³

Entrando a la descripción del tercer requisito de validez, encontramos que conforme al artículo 1830 del Código Civil, es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

El Derecho concede a los particulares la facultad de crear actos jurídicos y regir con ellos su propia conducta, así como el poder de modificar su esfera jurídico-económica gozando de cierta libertad de acción por el ejercicio de su voluntad autónoma.

La autonomía de la voluntad tiene por límite lógico y necesario a la Ley, el orden jurídico, pues el objeto de los

¹² Cfr. Artículos 1815, 1816 y 1817 del Código Civil.

¹³ Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Tercera Edición. Editorial Harla, S. A. de C.V. Pág. 116.

actos jurídicos, su fin y condiciones no deben contradecir, contrariar o rebasar las normas contenidas en la Ley.

Ninguna conducta que viole la Ley puede tener la protección del orden jurídico, por el contrario suscitará la represión del mismo.

Por último, en cuanto a la forma, en los contratos civiles, cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la Ley.

En tal virtud, cuando la Ley exija determinada forma para un contrato, mientras no revista dicha forma no es válido, pero queda expedito el derecho de cualquiera de los contratantes de pedir que se dé al contrato la forma legal. ¹⁴

D.- OBJETO DEL CONTRATO.

Resulta de explorado Derecho, que la palabra "OBJETO" en el Derecho Civil, es el elemento esencial del acto jurídico, por lo que el objeto del contrato, es la cosa u omisión sobre las cuales recae el acuerdo de voluntades, éste se integra de tres

¹⁴ Cfr. Artículos 1832 y 1833 del Código Civil.

aspectos diferentes, el primero se refiere al Objeto Directo de los actos Jurídicos, que constituye la producción o transmisión de derechos y obligaciones, el segundo se refiere al objeto indirecto de los actos jurídicos, que consiste en la conducta que adoptan las partes en la relación contractual la que se traduce en dar, hacer o no hacer, y el tercero es el aspecto remoto que consiste en la cosa misma materia del contrato, en este caso el contrato de arrendamiento y en todos los contratos en los que no se trasmite la propiedad, sino únicamente la tenencia de la cosa en forma temporal y mediante el pago cierto y en dinero.

Encaminados a la consecución del objeto del contrato y conforme al último aspecto señalado con anterioridad, el Legislador enumeró los derechos y obligaciones de las partes en la relación contractual las que se indican a continuación.

E.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR.

El arrendador, que es el que concede el uso o goce temporal del bien arrendado, se encuentra obligado a entregar al arrendatario la cosa arrendada, con todas sus pertenencias y en estado de servir para el uso convenido y si hubo pacto sobre el uso, debe entregarse en estado de servir para aquel uso que por su misma naturaleza pudiere corresponderle.

Igualmente, el arrendador está obligado a conservar la cosa arrendada en estado de servir, realizando todas las reparaciones que fueren necesarias a tal efecto.

También debe abstenerse de estorbar, o de entorpecer el uso de la cosa, excepto en casos urgentes o indispensables a juicio de ambos contratantes.

Debe garantizar el uso o goce pacífico de la cosa durante el término del contrato y será responsable de los daños y perjuicios que sufra el arrendatario por los defectos o vicios ocultos de la cosa arrendada anteriores al arrendamiento. ¹⁵

Estas obligaciones del arrendador, son de carácter natural, concomitantes al nacimiento del contrato de arrendamiento, y por lo tanto deben ser observadas por las partes y en su caso, por los jueces, a pesar de que no estén pactadas en forma expresa.

Algunas reglas de interpretación sobre las obligaciones de los arrendadores, se encuentran consignadas en los artículos 2413 al 2424 del Código Civil, y respecto de los arrendamientos de fincas destinadas a casa habitación; existen reglas específicas en los artículos 2448 A al 2448 L de la misma Ley sustantiva Civil.

¹⁵ Cfr. Artículo 2412 del Código Civil.

P.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO.

De igual forma que el arrendador, aunque no exista pacto expreso, el arrendatario se encuentra obligado a pagar la renta en el tiempo y forma convenidos, a responder por la pérdida o menoscabo que sufra en su poder la cosa arrendada por su culpa, la de sus familiares, sirvientes o subarrendatarios y a servirse de la cosa solamente para el uso convenido y conforme a la naturaleza y destino de ella. ¹⁶

Siguiendo el mismo esquema, el legislador delimitó las obligaciones de los arrendatarios, conforme a lo dispuesto por los artículos 2426 al 2447 del Código Civil, además de los importantes y significativos derechos que el neopopulismo les confirió, cuando el Congreso Legisló sobre los artículos 2448-A hasta el 2448-L, del Código en cita, a cuya lectura remitimos a los interesados en obvio de innecesarias repeticiones.

¹⁶ Cfr. Artículo 2425 del Código Civil.

CAPITULO II

LA COPROPIEDAD

Sin duda alguna, la Legislación Española, que a su vez se nutrió del Derecho Francés y éste del Romano, son las principales fuentes históricas de nuestra legislación Civil Mercantil.

En lo que concierne a la copropiedad, lo anteriormente expresado no podía ser la excepción y es así como se aprecia en el Código Civil Español vigente, en el Título Tercero relativo a los bienes, la propiedad y sus modificaciones que el artículo 392 establece:

"Artículo 392.- Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro-indiviso a varias personas. A falta de contrato o disposición especial se regirá la comunidad por las prescripciones de este título".

Dicho artículo es y fue, la fuente histórica del artículo 938 de nuestro Código Civil.

El precepto citado del Código Español, se refiere a la cotitularidad que recayera sobre el derecho de propiedad, el

dominio que dos o más personas ejercen sobre el mismo bien denominada comunidad o copropiedad.

La copropiedad también es considerada como una especie de un género más amplio, constituido por la comunidad de bienes.

La copropiedad es la modalidad más importante y conocida de la comunidad de bienes y derechos, en ésta se mantiene el derecho de cuota, atribuyéndole a cada partícipe su disposición sobre la misma, a la vez que se le faculta para que si así lo desea, pueda pedir la división más cómoda que resulte otorgándole al copropietario, mientras dure la copropiedad, el derecho de usar la cosa común sin estorbar a los demás copropietarios, consagrándose a tal efecto el principio de administración por mayoría de los comuneros, teniendo cada uno de ellos carácter de propietario, razón por la que a cada uno de ellos les corresponde percibir, en su caso, los frutos de su cuota, puede disponer libremente de la misma, y la copropiedad se puede extinguir por pérdida, consolidación o extinción de la cosa común.

En la copropiedad en Condominio regulada en el Código Civil Español, no se admite el llamado derecho del Tanto, llamado Tanteo y el Derecho de Retracto.

La suspensión de los aludidos derechos de adquisición preferente, se apoya en la consideración, de que el reconocimiento de tales derechos implicaba el absurdo de dar primacía al aspecto comunitario de la propiedad horizontal (Coproiedad sobre los elementos comunes), sobre el aspecto individual o exclusivo, ya que lo mismo, el tanteo que el retracto encontraba su justificación en la existencia de un régimen de cotitularidad de manera semejante a lo que ocurre en el retracto de comuneros y en el de coherederos.

La eliminación del retracto y el tanteo, que representaba una preferencia adquisitiva en favor de los propietarios de otros pisos del mismo edificio, se justifica teniendo en cuenta que la regulación de la llamada propiedad horizontal, no persigue la concentración y extensión de la propiedad en una sola persona, sino todo lo contrario, busca su más amplia difusión en una diversidad de titulares.

El mismo Código Español, en su artículo 1522 atribuye a los comuneros un Derecho de Retracto, el copropietario de una cosa común podrá usar el retracto en caso de que se enajene a un extraño cierta parte alícuota. Cuando dos o más copropietarios quisieran usar el retracto, sólo podrán hacerlo a prórrata de la porción que tengan o les corresponda en la cosa común, el retracto de comuneros prevalece sobre los colindantes.

Lo anteriormente expuesto, de alguna manera pasó al Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal, modelo y fuente informal de los Códigos Civiles, de cada uno de los Estados de la República.

Las figuras jurídicas provenientes de la Legislación Española, se fueron insertando en nuestra Legislación a través del devenir histórico que significó la evolución del Derecho de propiedad en nuestras tierras.

Recordando el primer párrafo del artículo 27 de la Constitución, se establece la base sobre la que se construye la historia de la propiedad en nuestro País.

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio Nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyéndose la propiedad privada.

Habrà que recordar que la segunda mitad del siglo XIX se caracterizó por ser la época codificadora en Materia jurídica, la cual cristalizó en los Códigos Napoleónicos de Francia, en 1808, mismos que fueron modelo de la Legislación en el mundo civilizado durante todo el siglo XIX y principalmente en su parte final.

De acuerdo a nuestra investigación, el artículo 938 del Código Civil vigente, mismo que define la copropiedad no tiene antecedentes en los Códigos Civiles de 1884 y 1870 por ello citamos al principio de este apartado el artículo 392 del Código Civil Español, que es la fuente Real del enunciado vigente sobre la materia.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que la copropiedad estaba íntegramente regulada, tanto en el Código de 1870 como en el de 1884, pues a manera de ejemplo, hemos de citar los artículos 830 del Código de 1884 y 733 del Código de 1870 y sólo para dar una idea de la similitud que guardan con el artículo 939 del Código Civil vigente.

Así en el Código Civil de 1870 encontramos:

Artículo 733.- Los que por cualquier título legal tienen el dominio común de una cosa, no pueden ser obligados a conservarlos indiviso, sino en los casos en que por la misma naturaleza de la cosa o por determinación de la Ley, el dominio es indivisible".

Finalmente el dispositivo vigente dice:

Artículo 939.- Los que por cualquier título tienen el dominio legal de una cosa, no pueden ser obligados a conservarlo indiviso, sino en los casos en que por la misma naturaleza de las cosas o por determinación de la Ley, el dominio es indivisible".

De lo que se puede desprender, la similitud de la regulación en todos los casos, con la única diferencia consistente en que el Legislador de 1928 utilizó el plural "cosas" en lugar del singular anteriormente empleado.

A.- CONCEPTO.

La naturaleza jurídica de la copropiedad, se rige por la tesis de la teoría de la división ideal del Derecho, en el que cada copropietario tiene un derecho sobre la totalidad de la cosa, pero su derecho es una parte del derecho entero de propiedad, las facultades que deriven del mismo corresponden a los copropietarios pro-parte la cuota a representar lo que se denomina "pars domini" y no la llamada "para rei", la "Pars domini" es la parte sobre el dominio, los copropietarios tienen un derecho parcial sobre el dominio de la cosa, el llamado "pars rei" es la parte materia o física del objeto. ¹⁷

Rojina Villegas "nos da su concepto de copropiedad, cuando una cosa o un derecho patrimonial pertenece pro-indiviso a dos o más personas, los copropietarios no tienen dominio sobre partes determinadas de la cosa, sino un derecho de propiedad

¹⁷

De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil, bienes y Sucesiones, Séptima Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1977, Pág. 108.

sobre todas y cada una de las partes de la cosa en cierta proporción, es decir, sobre la parte alícuota".¹⁸

Y define la palabra parte alícuota diciendo "Que es una parte ideal determinada desde el punto de vista aritmético, en función de una idea de proporción. "Es una parte que sólo se representa mentalmente, permitiendo establecer sobre cada molécula de la cosa una participación de todos y cada uno de los copropietarios, cuya participación variará aún los derechos de éstos".¹⁹

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su capítulo cuarto, "De la copropiedad" en el artículo 938 manifiesta: "Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen pro-indiviso a varias personas".²⁰

Para Gutiérrez y González. "La palabra pro-indiviso es un término latino jurídico, la que significa. "Sin división material de partes". Aplicando este significado no todos son copropietarios al por ciento que les corresponda de todas y cada una de las partes de la cosa, de cada ladrillo, de cada molécula

¹⁸ Compendio de Derecho Civil, II Bienes Derechos Reales y Sucesiones. Decimosexta Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, Pág. 111.

¹⁹ Ídem., Pág. 112.

²⁰ Código Civil, para el Distrito Federal, 55a. Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1986, Pág. 208.

que forma cada ladrillo les corresponde el por ciento determinado, esto es lo que significa lo de pro-indiviso en la copropiedad".²¹

Seage, opina todo lo contrario al comentario de Gutiérrez y González, diciendo: "La antigua opinión según la cual cada parte mínima de la cosa puede ser considerada dividida a su vez en particular y en cada una de las cuales participa cada copropietario, se basa únicamente en una ficción y ahora está generalmente abandonada".²²

Fernández Aguirre Arturo, al respecto dice: "Al hablar de la palabra pro-indiviso entiéndase que en la propiedad indivisa, subsiste la autonomía de las partes".²³

"La palabra pro-indiviso significa indivisamente sin división material de partes, tratándose de la copropiedad, ésta existe cuando la cosa o el derecho pertenece sin división material de partes a varias personas". Comentario que hace Soto Alvarez Clemente.²⁴

²¹ El Patrimonio. Segunda Edición, Editorial Cajica, S. A. Puebla, Pue. México, 1979, Pág. 307.

²² Cit. pos. Ennecerus Ludwig. Op. cit., Pág. 750.

²³ Derecho de los Bienes y Sucesiones, Segunda Edición, Editorial Cajica, S. A., México, 1972, Pág. 99.

²⁴ Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Editorial Limusa, México, 1975, Pág. 170.

Para Fernández Aguirre "La palabra copropiedad es siempre una propiedad individual en función de partes, necesariamente pasajera y accidental (excepto en la indivisión forzosa), no es el fin de esta propiedad la indivisión y por eso no puede imponerse". ²⁵

En cambio Planiol, la define diciendo: "Una cosa perteneciente a varios propietarios se halla en indivisión cuando el derecho de cada propietario recae sobre la totalidad (y no sobre una porción determinada) de la cosa común. La parte de cada uno no es por lo tanto una parte material, sino una parte alicuota que se expresa mediante una cifra, un tercio, un cuarto, una décima. El Derecho de propiedad está dividido entre ellos, la cosa no es indivisa, el derecho de cada propietario recae sobre todas y cada una de las moléculas de la cosa y en ella encuentra el derecho de sus copropietarios en la medida correspondiente a estos". ²⁶

De Ibarrola, en su obra enuncia:- "La copropiedad es la simultaneidad en el derecho de varios individuos que tienen respecto de una cosa el cual poseen una parte ideal que se denomina la parte alicuota, los dueños no pueden alegar derecho

²⁵ Ibídem., Pág. 99.

²⁶ Tratado Elemental de Derecho Civil, (los bienes). Tomo II, Vol. III, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983, Pág. 238.

a una parte determinada y concreta de la cosa, hay unidad en el objeto y pluralidad de sujetos. ²⁷

La copropiedad es el Derecho de propiedad que corresponde a la vez a varias personas, sin que exista división materia de la cosa. "Esto es la propiedad para Capitán y Colín".²⁸

Los autores Aubry y Rau, afirman: "La copropiedad es el Derecho de propiedad que compete a varias personas sobre una sola y misma cosa no perteneciendo a cada uno de ellos sino una cuota ideal o abstracta". ²⁹

Josserand manifiesta: "Hay copropiedad cuando una sola cosa pertenece en conjunto a varias personas sin que pueda designar materiales y divisas sin que ninguno de ellos pueda decir: ¡esto es sólo mío!" ³⁰

Para este tipo de conceptos de la copropiedad, existen tratadistas que lo ven desde otro punto de vista, tal es el caso

²⁷ Cosas y Sucesiones, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1977, Pág. 128.

²⁸ Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo II, Vol. II, Editorial Reus, Madrid, 1950, Pág. 180.

²⁹ Cit. pos. Silva Segura, Enrique. Acciones actos y Contratos sobre Cuotas. Editorial Samyer, Chile, 1962, Pág. 46.

³⁰ Ídem. Pág. 47.

de Bioni que dice: "Es verdadera y lógicamente imposible que la misma cosa pertenezca en propiedad por entero a una pluralidad de personas y es una contradicción hablar de los términos de copropiedad si una cosa es mía. Existe la incomprensibilidad de que está plegada la doctrina del condominio en la actualidad".³¹

En su obra Aurelian Inoasco, comenta: "Cuando un bien pertenece a varias personas o a un grupo de estas que no tienen personalidad jurídica se dice, que ese bien pertenece en copropiedad o indivisión, la copropiedad se refiere solamente a la cosa material susceptible de propiedad".³²

Para el Tratadista Bragio Brugi manifiesta: "Que se puede llamar comunidad de propiedad el derecho que en virtud de convenio o de otro título pertenece simultáneamente por cuotas ideales a muchos individuos sobre la misma cosa de forma, con todo, que la administración y el mejor goce de la cosa dependen normalmente de la voluntad de la mayoría de partícipes".³³

³¹ Cit. pos. Peña Guzmán, Luis Alberto. Derecho Civil (Derechos Reales). Tomo II, Editorial Argentina, Buenos Aires, 1978, Pág. 531.

³² Cit. pos. Silva Segura. Op. cit., Pág. 47.

³³ Ídem., Pág. 184.

"La copropiedad es la propiedad perteneciente a varias personas que constituyen la comunidad y esta no es más que un modo de la propiedad". Es el comentario de Francisco Ricci. ³⁴

La definición de Roberto de Ruggiero es la siguiente: "Una cosa puede ser propiedad de una sola o varias personas cuando esto ocurre, se habla de condominio o copropiedad en sentido más general de comunidad y también de propiedad colectiva". ³⁵

Valverde da su concepto al respecto, "la copropiedad es la simultaneidad en el derecho que varios individuos tienen respecto de una cosa en la cual poseen una parte Ideal o Alicuota". ³⁶

Definición de Parte Ideal o Alicuota. ³⁷

El tratadista Chileno Alfredo Barros dice: "Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa universal o singular

³⁴ Derecho Civil Teórico y Práctico. Tomo XI, Madrid, s/fecha, Pág. 3.

³⁵ Instituciones de Derecho Civil. Vol. I, Editorial Limusa, S. A., Madrid, 1929, Pág. 566.

³⁶ Cit. pos. Silva Segura. Op. cit., Pág. 42.

³⁷ "La parte alicuota es una proporción ideal determinada aritméticamente y cuya especificación material sólo podrá determinarse al dividir la cosa común". Araujo Valdivia, Luis. Op. cit., Pág. 101.

pertenece pro-indiviso a dos o más personas que no hayan pactado sociedad".³⁸

Víctor Delpiano define: "El Derecho de propiedad privada admite dos modalidades diferentes, el dominio individual y el dominio colectivo o común, o simplemente condominio, el primero es el que existe cuando un sólo individuo tiene derecho de propiedad sobre la cosa tiene lugar el segundo, por el contrario cuando son varios los individuos que sin perder su carácter de simples particulares tienen derecho de dominio sobre la cosa".³⁹

Para el maestro Claro Soler, dice: "La copropiedad llamada también comunidad, es el derecho de propiedad de dos o más personas sobre una sola y misma cosa pro-indiviso y que corresponde a cada una de ellas en una parte alícuota ideal o abstracta".⁴⁰

En materia de Derecho Comparado, podemos decir que de los países que forman el globo terráqueo algunos de ellos adoptaron la corriente Germánica y otros la Romanista, así se ve en el Código de Suiza de 1907 en su artículo 646 que dice:

³⁸ Curso de Derecho Civil. Tomo III, Editorial Cartagena, Santiago de Chile, 1917, Pág. 387.

³⁹ Cit. pos. Silva Segura. Op. cit., Pág. 40.

⁴⁰ Derecho Civil. Tomo VII, Editorial Reus, México, 1965, Pág. 503.

"Cuando varias personas tienen cada una por su cuota la propiedad de una cosa que no esté materialmente dividida, ellos son copropietarios de la misma".⁴¹

El Código Civil de Portugal de 1867 en su artículo 2175 dice: "Que la propiedad común es la que pertenece a dos o más personas simultáneamente".⁴²

El artículo 2673 del Código Civil de Argentina de 1869 expone: "El condominio es el Derecho Real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble. "En Argentina se ha considerado que el condominio sería cuasi-contrato, un condominio solidario sobre la parte de cada condómino y un dominio común de todos sobre la cosa entera, es el derecho real."⁴³

El Código Civil vigente de Chile, no emplea en su vocabulario las palabras copropiedad o condominio, sólo habla de condueños o copropietarios, acepta los términos indivisión, pro-indiviso y comunidad.⁴⁴

⁴¹ Cfr. Silva Segura. Op. cit., Pág. 41.

⁴² Ídem., Pág. 42.

⁴³ Ídem., Pág. 43.

⁴⁴ Ídem.

Después de las definiciones y conceptos dados a conocer, se podría ejemplificar a la copropiedad diciendo: Que la copropiedad puede existir en una casa en donde habrá dos o más copropietarios o los dos solamente, sin que éstos estén en la indivisión, cada uno es propietario exclusivo de una parte determinada de la cosa común y de toda su parte alícuota existiendo partes que se consideran indivisas ya que, estas sirven a todos como las paredes maestras, cimientos de la casa por algún motivo llegase a destruirse y sólo quedará el terreno sobre el cual se edificó, ninguno de los copropietarios podrá decir que parte del terreno por partes iguales. Luis Muñoz comenta: "El hecho de que una pluralidad de personas tengan una relación dominical o de pertenencia sobre una cosa, suscita numerosos problemas de índole social, económico y jurídico de la más alta importancia".⁴⁵

B.- NATURALEZA JURIDICA.

Los elementos de la copropiedad son: La pluralidad de sujetos titulares del Derecho real de propiedad respecto de una cosa, cuando menos dos titulares: La Unidad física del objeto, en donde reunidos los titulares ejercen el dominio sobre los mismos elementos, sin que esté deslindada la parte material de cada uno. Las cuotas ideales o cuotas partes, son un determinado por ciento

⁴⁵ Cfr. Muñoz, Luis. Op. cit., Pág. 124.

que cada copropietario tiene, todos los copropietarios ejercen en conjunto el dominio sobre los mismos bienes sin que se señale la parte material determinada que pudiera pertenecer a cada uno, por lo tanto, no habrá copropiedad cuando diversas personas son dueñas de partes especificadas y determinadas que integran una misma cosa.

El derecho de cada propietario recae sobre el conjunto de la cosa común, cada uno de los copropietarios tiene una parte alícuota, el Derecho de propiedad es el que se reparte no la cosa, este derecho queda dividido entre sus titulares, la posesión de los copropietarios es pro-indiviso, cada uno de éstos no tiene posesión alguna sobre determinadas partes el inmueble, sino por el contrario sobre todas y cada una de ellas en parte alícuota, la cosa se encuentra dividida en partes o cuotas ideales, todo acto de disposición es válido si se efectúa con el consentimiento unánime de todos los copropietarios.

El tratadista Chileno Silva Segura, comenta el concepto de cuota diciendo:- "La copropiedad moderna no representa ya el objeto del derecho correspondiente a cada condominio, sino a la razón o porción según, la cual las utilidades o cargas de la cosa van a favor y a cargo de los partícipes, 'sigue diciendo', "La cuota tratándose de una copropiedad sobre una cosa universal está formada por la parte ideal del Derecho dividido intelectualmente y alcanza al conjunto así como a las partes del mismo, las cosas

singulares de la universalidad son pequeñas proporciones. Cada propietario tiene un verdadero derecho de propiedad sobre su cuota, él puede ejercer sobre ella sin el consentimiento de los otros, los derechos de todo propietario siempre que sean compatibles con la naturaleza intelectual de su cuota parte".⁴⁶

Ennecerus, expone: "El concepto de cuota corresponde a la necesidad de conciliar la unidad del derecho con la pluralidad de titulares, la cuota forma parte de su patrimonio como entidad autónoma distinta y separada de las cuotas. La cuota no es un derecho con contenido propio, sino medida aritmética de un derecho".⁴⁷

Resumiendo diremos que la copropiedad es una figura jurídica con caracteres propios y no una modalidad de la propiedad, pues si bien es cierto que las dos figuras tienen caracteres comunes, por ser del mismo género, también es verdad que en la copropiedad se nota la ausencia de algunos elementos principales de la propiedad, como es la exclusividad del dominio y en el propietario único, hay un sujeto pasivo universal e indeterminado. Y frente al copropietario hay además de ese sujeto, varios sujetos determinados que tienen interés directo en la cosa como copropietarios que son.

⁴⁶ Op. cit., Págs. 108 y 215.

⁴⁷ Cfr. Op. cit., pág. 753.

La definición de la copropiedad de Jorge A. Siller, apoya más lo anteriormente dicho: " ... cabe afirmar que la copropiedad es, en términos generales, la atribución de la propiedad de una "COSA" a varias personas por separado en forma de partes ideales proindiviso, esto es, de fracciones ideales que implican ciertas facultades divisibles de manera tal, que relativamente a esas cuotas partes, puedan dichas facultades ser ejercitadas por cada uno de los proporcioneros".

C.- TIPOS DE COPROPIEDAD.

Dentro de los tipos de copropiedad que existen encontramos las: Voluntarias, forzosas, temporales, permanentes, reglamentadas y no reglamentadas, sobre bienes determinados y sobre un patrimonio, por actos entre vivos y por causa de muerte, por virtud de un hecho jurídico y un Acto jurídico. Estos son los tipos de copropiedad que existen y que a continuación se explicarán cada uno de ellos.

En la copropiedad voluntaria existe un principio que dice: Nadie está obligado a permanecer en la indivisión y en consecuencia no es válido el pacto por el cual los condueños se obligan a permanecer en dicho estado.

Gutiérrez y González explica tal principio:- "Para dar este principio existieron dos razones: a) Que la copropiedad es fuente continua de problemas y dificultades entre los copropietarios y por lo mismo es una institución que no se debe de fomentar por el legislador; b) Porque si la esencia de la copropiedad radica en la división ideal, no tendría razón de ser tal división, sino que se pudiera pedir la división material de la cosa. La copropiedad es una institución que de no darse entre personas verdaderamente ligadas por lazos muy estrechos, efectos culturales o de otra índole, es realmente deseable pues siempre crea dificultades por su administración uso de la cosa y beneficios de la misma". "

La copropiedad forzosa, es aquella en que por la naturaleza de las cosas o por mandato de la Ley existe una imposibilidad para llegar a la división o venta, recayendo sólo en bienes inmuebles, se deriva de la naturaleza misma de la cosa sobre la cual recae el derecho real, tal copropiedad se identifica como la medianería.

Planiol y Ripert define a la medianería diciendo: "La medianería es una forma especial de la división aplicable únicamente a las cercas, hay medianería cuando los muros, cetos vivos, zanjas, cercas, pertenecen indivisamente a los dos propietarios que separa. La palabra medianería proviene de

" Cfr. Op. cit., Págs. 337 y 338.

medianero (mitoyen) "mitoyen"; cuya anticuada era "moitoien" en latín "medietaneus" (siglo VII), se relaciona con las palabras; "moitie" (mitad), como las palabras "metaine", "Metayer" cuyas formas antiguas son: "moitoienie", "Moitoier".⁴⁹

El medianero (aparcerero) es aquel a quien pertenece la mitad de los frutos de la tierra que cultiva como el muro medianero, es aquel que pertenece por mitad a los dos propietarios.

Para Rafael de Pina, "La medianería es la pared común a dos predios rústicos que deslinda. La naturaleza, jurídica de la medianería es considerada como una servidumbre y como copropiedad, como ésta, están las paredes divisorias de los predios y las de propiedad común las de zanjas y acequias abiertas entre las heredades y árboles existentes en cercas de copropiedad o que marquen lindero".⁵⁰

Jorge A. Siller en su trabajo comenta: "... en rigor del lenguaje, el muro medianero debiera considerarse como dividido en dos, en el sentido de su altura por un plano vertical alzado sobre la línea que divide las dos fincas, y cada

⁴⁹ Cfr. Op. cit., Págs. 241, 242, 243.

⁵⁰ Cfr. Elementos de Derecho Civil (bienes y sucesiones). Vol. II, Séptima Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1977, Pág. 111.

propietario debiera de poseer, en propiedad, la mitad que se hallase a su lado y que descansa sobre su terreno".

La copropiedad temporal nace a consecuencia de la voluntad en virtud del principio reconocido legalmente en los que por cualquier título tienen el dominio de una cosa no pueden ser obligados a conservarla indiviso, se establece por cierto término conforme a la Ley.

Excepcionalmente puede ser una copropiedad permanente, cuando sea forzosa en donde la ley prohíbe su cesación.

La copropiedad reglamentada es aquella que tiene una legislación expresa y una forma especial, dada su naturaleza puede presentar ciertos conflictos. La no reglamentada se rige por las reglas generales de la copropiedad.

La copropiedad sobre bienes determinados, por regla general ésta recae sobre los mismos, existe una excepción cuando es sobre un patrimonio ya sea, activo o pasivo, esta figura es la copropiedad hereditaria que puede tener o formarla por bienes, derechos y obligaciones.

La copropiedad por actos entre vivos, puede tener como fuente un contrato, un acto jurídico unilateral, un hecho jurídico unilateral, un hecho jurídico o la prescripción.

La copropiedad por causas de muerte, se presenta en el intestado o sucesión legítima, y en la copropiedad por causa de muerte siendo la principal fuente del testamento.

La copropiedad por causas de un hecho jurídico, se origina por medio de la ocupación, accesión o prescripción y por acto jurídico se crea por el contrato, testamento o acto unilateral.

Dentro de los tipos de copropiedad se encuentra la figura jurídica del condominio, éste, es aquella forma de comunidad por cuya virtud la propiedad de una cosa corporal pertenece a una pluralidad de personas por cuotas partes cualitativamente iguales. Luis Muñoz dice:- "Desde el punto de vista científico, los modernos, entienden que no se debe hablar de cuota parte, sino, de una porción racional que los condominios tienen en las utilidades y en las cargas de la cosa."⁵¹

El condominio actúa sobre una cosa corporal, la cosa ha de ser ante todo de la misma naturaleza. El condominio por su naturaleza es una modalidad del dominio que suele manifestarse legalmente de dos formas: cada condueño tiene una parte o cuota-parte pro.indiviso de la cosa y su parte alícuota.

⁵¹ Cfr. Op. cit., Pág. 125.

El condominio es una relación de igualdades que se limita recíprocamente a una relación de equilibrio que hace posible la coexistencia de derechos iguales en la misma cosa, limitando en cada uno la facultad de goce y disposición. La naturaleza propiamente dicha, estriba en la pluralidad de sujetos, una identidad de objeto y la imprescriptibilidad para solicitar la división o participación de la cosa en común. Quienes tienen una propiedad en condominio son copropietarios de todo y a éstos se les conoce con el nombre de condóminos, teniendo cada uno un derecho exclusivo de uso y aprovechamiento de la cosa, cuando hay copropiedad forzosa cada uno de los pisos pertenece el pleno dominio a los destinos interesados respecto de ellos no hay copropiedad, cuando todo el edificio es materia de copropiedad, uno de los copropietarios tiene una parte alícuota de las partes que forman el edificio, en esta forma de copropiedad no hay modo de terminar la división de la cosa común, sólo puede darse en caso fortuito, como expropiación o demolición, las cosas comunes no tienen valor independiente y sólo se puede llegar a vender por acuerdo de todos, no se puede obligar a los copropietarios a que se consoliden las cuotas en uno sólo ya que, se rompería con el principio de equidad.

La palabra copropiedad debe entenderse en sentido genérico de derecho real y condominio en sentido específico, éste, se da como se dijo anteriormente cuando una cosa es propiedad de dos o más personas a la vez, una parte de la casa se

encuentra dividida en partes singulares a sus respectivos dueños, los elementos comunes deben permanecer indivisos para el mejor aprovechamiento de la cosa común, ninguno de los copropietarios puede pedir la indivisión y la facultad de disposición de cada uno sobre lo que le pertenece, ya que es menor que en la propiedad originaria.

Para el tratadista Luis Muñoz, "El condominio no representa un conjunto de cuotas ideales, sino, un conjunto proporcional de utilidades y cargas que varias personas tienen respecto de una cosa, el derecho de cada condueño es cualitativamente igual, ninguno puede atribuirse mayores facultades todos son propietarios".⁵²

Las fuentes legales del condominio se encuentran en la voluntad concorde de los condueños, en virtud de un acto extraordinario a esa voluntad y de la obligación contractual. Se puede decir entonces, que el condominio ordinario es el derecho de dominio en común que tienen dos o más personas en una parte espiritual de una cosa no dividida materialmente.

Por el sistema de administración que la Ley impone en el condominio, siendo ésta una ordenación individualista de la propiedad es siempre antieconómico y además motivo de inquietudes personales debido a dicho sistema. Existen otras formas de

⁵² Op. cit., Pág. 129.

condominio, como la comunidad de bienes entre los coherederos, en el matrimonio, en el patrimonio de familia, en los bienes ejidales y aprovechamientos forestales de agua y concesiones administrativas, pero además de todas estas formas de condominio, está la propiedad horizontal, que es a manera de un condominio por cuotas, es un derecho dividido entre varios titulares con cargas y obligaciones mutuas. Jorge A. Siller habla en su obra de la naturaleza de la propiedad horizontal. " ... Lo que ha ocurrido en las doctrinas más generalizadas es que para poder explicar la posición del propietario individual frente a las llamadas partes comunes insertadas en el todo, se auxilia del concepto de copropiedad lo cual es un contrasentido ontológico real, porque decir "PROPIETARIO-COPROPIETARIO" de la misma cosa, equivale predicar que es propietario no propietario de un bien, lo cual se evidenciará meditando, que el departamento, piso o local, "partes comunes" y totalidad estructural indican la trabazón de unas y otras en un complejo indivisible", sigue diciendo "Podría objetarse que la copropiedad y el conjunto de propiedades individuales son compatibles a lo cual respondemos que nunca respecto a un edificio, porque no es posible predicar el concepto de propiedad que es unisubjetivo y simultáneamente el de copropiedad que es el de atribución de propiedad plurisubjetiva".

El modo más frecuente de adquisición de la propiedad por piso, es el que tiene lugar por enajenación de los mismos por

el propietario de la casa y que a veces se reservan ciertas habitaciones de la misma o que apela a tal procedimiento, ya que, para encontrar más fácilmente compradores o para lucrar éstos, producen más ganancias que si vendiese la casa a una sola persona.

El objeto de la propiedad horizontal está constituido por pisos o locales a la vez que por unos elementos comunes a todos aquellos y con relación a una cuota que sirve de modelo, hoy en día es muy común encontrar condominios horizontales.

D.- DIFERENCIA DE LA COPROPIEDAD CON LA PROPIEDAD COLECTIVA O COMUNIDAD Y LA SOCIEDAD.

Es de suma importancia tratar este tema, ya que existen diferencias específicas entre las figuras jurídicas de la copropiedad, comunidad y sociedad, siendo que dichas figuras parecen ser sinónimos por la forma en que algunos autores o tratadistas la interpretan.

La Sociedad, por su origen es siempre voluntaria, existe una persona jurídica y con ésta un patrimonio; dando nacimiento a un derecho único de propiedad de la persona jurídica con respecto al conjunto de bienes, derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio. La sociedad, existe, si la Ley le da

existencia, teniendo como meta la reunión de varias personas, siendo la sociedad una institución dotada de personalidad, que debe tener un nombre, sea denominación o razón social, la persona moral constituida por la sociedad es la única titular del patrimonio, además se necesita de un órgano administrativo para actuar. Existe un derecho personal de cada socio con relación a la sociedad, éste siempre es de carácter personal independientemente de que la Sociedad tenga dentro de su patrimonio, bienes inmuebles, como se dijo anteriormente, su origen es por medio de la voluntad, siendo el contrato de sociedad la forma legal de su existencia. ⁵³

La copropiedad se confunde con la comunidad que puede recaer sobre cualquier derecho aunque no sea real y sobre cosa determinada aunque no esté sujeto al derecho de propiedad, la copropiedad y la propiedad colectiva o comunidad coinciden en la pluralidad de sujetos o titulares de los derechos subjetivos (cotitularidad).

Hablemos pues, de la comunidad, la de bienes, comprende todas las relaciones jurídicas de carácter patrimonial que se produce cuando varias personas son titulares de un mismo Derecho,

⁵³

"Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituye una especulación comercial". Artículo 2688, del Código Civil.

cuando un derecho o un conjunto de derechos corresponden en común a una pluralidad de sujetos proviniendo de la voluntad de las partes que la crean o disposición de la Ley. Luis Muñoz la conceptúa diciendo: "La palabra comunidad, abarca desde un conjunto de personas unidas entre sí, por las relaciones afines, hasta la reunión del goce de varias personas sobre una misma cosa. La comunidad en el uso de los bienes comunes en la relación que existen entre los asociados civiles o mercantiles, entre coherederos respecto a la herencia o en el disfrute de los bienes comunales de un núcleo de población".⁵⁴

Las causas de nacimiento de la comunidad pueden ser: la Ley, un negocio jurídico, un contrato o por último la Voluntad. La comunidad se da por adquisición original del derecho en el caso de unión de mezclas, esto se ve cuando dos copropietarios de una casa la arriendan conjuntamente adquiriendo así en común los derechos que le competen en virtud del contrato de arrendamiento. La propiedad colectiva o comunidad, es un estado particular de la propiedad que tiene en sí mismo su fin y su razón de ser tiene esta forma para que preste a todos los asociados los servicios de que son susceptibles, la propiedad colectiva suprime la autonomía de los individuos, hay un aprovechamiento común directo o indirecto de la cosa afectada por completo a una utilidad general, la propiedad colectiva toma la apariencia exacta de la propiedad individual. La característica principal de la

⁵⁴ Cfr. Op. cit., Pág. 124.

comunidad reside en la expansión de la cuota, la comunidad es un complejo de derechos y la exhibición de uno de éstos Derechos supone necesariamente el amplificarse de los otros, hasta reconstruir el dominio pleno y exclusivo de un sólo particular, esto se le llama acrecimiento, en consideración al hecho de que la cuota del que renuncia acrece a los demás partícipes, la Ley en Materia de sucesiones se ocupa del Derecho de acrecer, al respecto Beltrán de Heredia Pablo nos dice: En el Derecho de acrecer los comuneros no tienen partes indivisas enajenables, no pueden ser propietarios en proporciones diferentes y al morir uno de ellos los demás quedan como únicos copropietarios de todo, absorbiendo la parte del "De Cuius" ejerciendo por lo mismo un verdadero Derecho de acrecer, es el "Condominium in Silidum" consecuencias de las instituciones primitivas de la vida comunitaria familiar".⁵⁵

El fundamento de esta institución, es diverso del que sea el fundamento de la expansión de la cuota del comunero, la expansión se verifica después de que la comunidad haya surgido y no antes de que surja, como ocurre por el contrario en la hipótesis del acrecimiento hereditario.⁵⁶

⁵⁵ Cfr. Op. cit., Pág. 77.

⁵⁶ El artículo 14 de la Ley de Autor, dice: Muerto uno de los coautores o su cesionario sin herederos, su derecho acrecerá el de los demás titulares. "Legislación sobre Derechos de Autor. Quinta Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1985, Pág. 23.

En la comunidad la expansión de la cuota por falta de un partícipe es la cotitularidad, cuando los titulares sean dos la desaparición de uno de ellos, su renuncia al Derecho, supone la reconstitución plena de éste en manos del supérstite, derecho que no se acrece por efecto de la renuncia, sino, que el mismo se reconstruye por la falta de un titular.

Otra característica de la comunidad, es el Derecho común que corresponde a varios sujetos por cuotas de manera que cada uno de ellos puede ejercer en proporción a sus cuotas aquellas facultades cuyo ejercicio parcial sea posible, mientras que las demás facultades por lo general sólo pueden ser practicadas conjuntamente, aunque las puede realizar aisladamente el individuo siempre y cuando no lesione los intereses de los demás comuneros.

La comunidad se puede llegar a extinguir mediante porción o liquidación amistosa convenida entre todos los comuneros (no por acuerdo de la mayoría). Por la extinción, esta pretensión se dirige contra los demás partícipes quienes por consiguiente están obligados a consentirla, y a una división conforme a las disposiciones de la Ley, la pretensión es imprescriptible, además, el derecho a la extinción de la comunidad puede estar excluido cuando cada uno de los copropietarios de un edificio le está atribuido el aprovechamiento exclusivo de una parte. Ahora bien, Araujo

Valdivia Luis dice: "Cuando el derecho común de que se trata es el de propiedad la comunidad toma el nombre de copropiedad". Y nos comenta que dentro del Derecho comparado la legislación Alemana define a la comunidad: "como una situación Jurídica que tiene lugar cuando un derecho corresponde a varios en común, (Geneinschaft) y a la copropiedad (Miteigentum), a la idea de comunidad referida al derecho de dominio, las normas de la comunidad es cotitularidad de cualquier derecho de copropiedad es la cotitularidad del derecho de propiedad".⁵⁷

Recomienda, no se debe confundir a la copropiedad con la comunidad o la propiedad colectiva la primera es una propiedad individual, por tanto exclusiva y alineable, los actos de disposición que ella admite no se refieren más que al modo de explotación o de uso de la cosa a la repartición de frutos".⁵⁸

Para el maestro Donderis Tatay Luis, "La comunidad tiene sentido amplio, comprende todas las relaciones en las que el sujeto del Derecho sean varias personas al mismo tiempo. La copropiedad es un concepto restringido de la comunidad cuando ésta tiene por objeto el derecho de propiedad sobre una cosa. La

⁵⁷ Op. cit., Págs. 306 y sig.

⁵⁸ Cit. pos. Peña Guzmán y Argüello Luis. Op. cit., Pág. 106.

copropiedad sería una especie de comunidad que recaería sobre un bien singular, perfectamente determinado e individualizado".⁶⁹

En verdad, la diferencia más grande está en que la comunidad constituye el género y la copropiedad constituye la especie, en la comunidad la cotitularidad es de derechos de crédito u otros, y en la copropiedad la cotitularidad es en el derecho de propiedad, ésta, puede nacer con base en un contrato o con fundamento a un testamento.

La naturaleza de la copropiedad no deriva de la Ley, es propia y no se la confiere ésta, se trata de una situación de hecho que el derecho sólo reconoce o regula. La copropiedad como fin, tiende a que varias personas gocen de la misma cosa en el aprovechamiento y conservación. En esta, no se da nacimiento o creación a una persona moral. En la copropiedad existen bienes determinados, un activo en cada uno de los dueños en relación a su parte alícuota.

En relación a la comunidad, la copropiedad es la especie, recae sobre cosas específicas y determinadas, el condominio es la cotitularidad del derecho de propiedad como ya se había dicho con anterioridad. La copropiedad o condominio es comunidad o indivisión al mismo tiempo, en efecto, comunidad

⁶⁹ La Copropiedad. Editorial Reus, S. A., Madrid, 1933, Pág. 59.

porque se trata de un derecho con varios sujetos simultáneamente titulares e indivisión, porque la cosa objeto del Derecho no debe estar dividida materialmente, de manera que corresponda a cada titular una porción determinada de la cosa, ya que en el estado actual de la doctrina no se puede hablar de comunidad, ésta, designa la concurrencia de sujetos en un mismo derecho sobre una cosa no dividida materialmente (indivisión) en cambio, la copropiedad es la comunidad del derecho de dominio sobre una cosa en la indivisión.

Respecto a la diferencia de copropiedad con indivisión se dice, que no es lo mismo, según Boncase, "El término copropiedad indica un Derecho real, perteneciente colectivamente a varios sobre una sola y misma cosa individualizada la indivisión al contrario, designa una universalidad siempre perteneciente a varios, misma que no goza de un régimen organizado".⁶⁰

También comenta al respecto Aurelián Ionasco, "La copropiedad se refiere a las cosas materiales susceptibles de propiedad mientras que la indivisión expresión más amplia a toda clase de bienes, tanto a las cosas materiales como corporales, la indivisión puede tener por objeto un patrimonio, una herencia, un

⁶⁰ Cfr. cit. pos. Silva Segura, Enrique. Op. cit., Pág. 258.

conjunto de bienes, un establecimiento comercial, la indivisión sería el género y la copropiedad una especie de indivisión".⁶¹

En cambio Somarriva afirma "Cuando la indivisión recae sobre el dominio de una singular, recibe el nombre de copropiedad. La indivisión o comunidad supone entonces que exista una pluralidad de titulares del Derecho en una Universalidad ..." sigue diciendo " ... no habrá entonces inconveniente para que nosotros hablemos de comunidad o copropiedad y condominio, sin embargo usaremos el término indivisión pues él evoca con mayor fidelidad el estado de propiedad indivisa que existe cuando varias personas son titulares de un Derecho."⁶²

Para Bernardo Superville, "Los términos copropiedad, indivisión y comunidad tienen cierta analogía pues responde a situaciones bastante parecidas, pero que, en realidad se refieren a hechos concretos que tienen su especificidad, la indivisión es una pluralidad de sujetos que están en relación a un objeto jurídico que puede ser un derecho determinado o puede ser una universalidad jurídica. Respecto a la indivisión que recae puede ser real, personal o una obligación, si el Derecho real es de

⁶¹ ídem.

⁶² ídem.

propiedad tenemos, que la terminología lo indica la copropiedad".⁶¹

De los autores citados, unos restringen los conceptos, en virtud de que la copropiedad la designan como el fenómeno de la pluralidad de sujetos en el derecho de dominio, y que como comunidad o indivisión es una especie de copropiedad, un condominio sobre una universalidad jurídica para éstos, el término copropiedad el género (dominio con varios sujetos), y la comunidad o indivisión es una especie de copropiedad, un condominio sobre una universalidad.

Después de haber estudiado a los diferentes tratadistas que se dieron cita, nos atrevemos a dar nuestro punto de vista y decimos que la comunidad existe y tiene la finalidad de conservarla, no es un condominio, sino una forma general de comunidad forzosa, ya que nace con independencia absoluta de los interesados, siendo que ésta es el género o un término amplio comprensivo de varias situaciones jurídicas y la copropiedad o condominio es la especie, es decir, una variante singular de la idea de comunidad.

En materia de jurisprudencia, se dice, que la copropiedad supone un estado de indivisión, tal y como lo reza la siguiente Tesis Jurisprudencial.

⁶¹ Cit. pos. Silva Segura, E. Op. cit., Pág. 258.

"ACCIÓN REIVINDICATORIA. SU EJERCICIO POR UN COPROPIETARIO".- la copropiedad supone un estado de indivisión en el que cada copropietario ejerce su derecho, no sobre una parte determinada de la cosa, sino respecto de toda ella y sobre toda la cosa el copropietario ejerce un derecho de goce, en consecuencia, teniendo por objeto la acción reivindicadora, la protección del Derecho de propiedad, es lógico reconocer en el copropietario, la facultad de ejercer dicha acción sin que valga decir que sólo puede ejercerla por una parte proporcional, pues su derecho se extiende sobre toda la cosa".⁶⁴

Quinta Época; Tomo XXXIV, p. 2200. Ibarra Víctor, Suc.
Sexta Época, Cuarta Parte: Vol. VII, pág. 286, A.D. 555-57,
Francisco F. Porras. Unanimidad de 4 votos. Vol. LXIX, p. 9, A.D.
6304/60 María Mérida de Rodríguez. Unanimidad de 4 votos.

⁶⁴ Obregón Heredia, Jorge. Código Civil para el Distrito Federal en Materia común, y para toda la República en Materia Federal. Editorial Porrúa, S. A., México, 1988, Pág. 213.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE PREFERENCIA POR ENAJENACIÓN.

Este es el capítulo que considero de mayor importancia, en virtud de que se plantea la problemática que originó la motivación para la realización de esta Tesis y acerca de quién es el que tiene la preferencia en su derecho del tanto, entre un copropietario o el arrendatario en una copropiedad.

Como información histórica respecto a este tema, decimos que el Derecho Español, es la fuente jurídica del Derecho del tanto en nuestra Legislación.

En la Legislación Española, al Derecho del Tanto se le conoció como Derecho de Prelación, Derecho del Tanto y Derecho de Retracto, las leyes de toro también consignan algunas aclaraciones en el Derecho del Tanto; la novísima Recopilación Española dedica el título XIII del Libro X al estudio de los retractos y al derecho del tanto. Las leyes de la X a XXI hablan de diversos derechos de tanteo en los siglos XVI, XVII y XVIII, ésta Institución típicamente española (derecho del tanto), sirvió para regular situaciones económicas de índole general. En las

siete partidas se manifiesta. "Dos omes o más aviendo alguna cosa comunalmente de so una, dezimos que qualquier de ellos pudela vender a cualquier de aquellos que han de ella parte o a otro extraño; pero si alguno de los han parte en la cosa quisiera dar tanto por ella como el extraño ese la deveave ante aquel extraño".⁶⁵

La Legislación formal Española que rigió la vida Jurídica de nuestro País a fines del siglo XIX habla de derecho de tanto o derecho real de tanteo. Ya en nuestro derecho aparece el derecho del tanto en el Código de 1870 en donde se otorga derecho de preferencia por el tanto al usufructuario, copropietario, al dueño y enfiteuta, herederos y legatarios. En 1884 otorga este derecho a los mismos y además a los socios y aparceros.

La naturaleza jurídica del derecho del tanto es estrictamente legal y no la pactan las partes, lo establece la Ley conforme a los artículos 950, 2447, 2448I, 2706 y 1292 del Código Civil vigente, para el Distrito Federal y el artículo 66 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. De todos estos artículos mencionados sólo nos interesan los numerales 950, 2447 y 2448 J del citado Código ya que estos mencionan el derecho del tanto en la copropiedad y en el arrendamiento.

⁶⁵ Cfr. Moya Palencia, Mario. Tesis Expropiación Privada Las Preferencia por el tanto, Facultad de Derecho, U.N.A.M., México, 1955, p. 39.

A.- CONCEPTO

La naturaleza del Derecho del tanto, como se menciona la Ley le otorga, pero en sí la idea en la copropiedad es la de mantener la intimidad en los copropietarios y otro de terminar con la copropiedad, esto puede ser el fundamento y la existencia del Derecho del tanto por lo menos en la copropiedad, ya que en el fondo éste busca que uno de los comuneros pretendan enajenar su parte en la comunidad a un extraño, para que los demás copropietarios no le permitan la operación de venta entonces la Ley confiere a los demás una preferencia para adquirirla en igualdad de condiciones que un tercero y por lo tanto no se permita que entre a la copropiedad un extraño.

Araujo Valdivia, nos dice: "El interés de la Ley es evitar la intromisión de un extraño a la comunidad, teniendo como fin proteger los intereses privados de los copropietarios, el Derecho del tanto no pretende tutelar el orden público".⁶⁶

La Ley está interesada en que no se prolonguen los estados de indivisión (copropiedad forzosa) y no establece imperativamente la obligación de terminarla ya que dicha indivisión es una fuente de constantes dificultades entre sus

⁶⁶ Op. cit., Pág. 309.

moradores, podríamos decir entonces que las normas del Derecho del tanto son de interés privado.

En la obra de Silva Segura, apoya lo anterior, exponiendo, "El Derecho del tanto se funda en la utilidad social de conservar los bienes en familia de no dividir excesivamente las propiedades y de consolidar los derechos".⁶⁷ Así, el evitar las indivisiones, el cerrar la partición hereditaria a los extraños, el consolidar el dominio y usufructo, el dar oportunidad de una nueva contratación a arrendatarios, aparceros, etc. Son algunas de las metas que pretende el Derecho del tanto.

Asimismo, se define al Derecho del tanto como la preferencia de los demás condueños para adquirir la parte alicuota del que trata de vender la suya, sólo cuando el copropietario desea enajenar a extraños y no a uno de los copropietarios".⁶⁸

Dentro de la investigación, que nos llevó a la realización de este tema, se confirmó que el Derecho del tanto no existe en todas las legislaciones ni aún en los Estados de la República. Castán Tobeñas, nos da su concepto diciendo: "Es el

⁶⁷ Cfr. Op. cit., Pág. 358.

⁶⁸ Cfr. Araujo Valdivia. L- Op. cit., Pág. 309.

Derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa en el caso de que el dueño quiera enajenarla".⁶⁹

Silva Segura, define al Derecho del tanto, como: "La facultad que por ley, costumbre jurídica, tiene una persona para adquirir del comprador algo de preferencia a los demás y por el mismo precio".⁷⁰

Considerando que la definición anterior es muy simple, ya que el Derecho del tanto se le otorga a las personas que se han hecho acreedoras a tal derecho, bajo ciertas circunstancias y no a cualquiera como lo dice el autor. La definición de Gutiérrez y González parece la más acertada puesto que afirma: "El Derecho del tanto es el que se le confiere por Ley a los comuneros, copropietarios, coherederos y socios para adquirir en igualdad de bases que un tercero. La parte de la comunidad de un comunero que desee enajenar".⁷¹ Este Derecho se entiende como el Derecho de Preferencia, que se tiene sobre terceras personas, así en el caso de la copropiedad, si un copropietario desea vender su parte alícuota, y con ella su parte común, deberá de hacerse saber a sus copropietarios su deseo de vender, para que en el término legal que es de ocho días, ejerciten su Derecho del tanto en la vía legal, manifestando su derecho de comprar la

⁶⁹ Op. cit., Pág. 570.

⁷⁰ Op. cit., Pág. 570.

⁷¹ Op. cit., Pág. 293.

parte de la copropiedad que se vende, produciendo así un acrecentamiento de la cuota del copropietario comprador para poder llegar a la consolidación de las demás cuotas para que termine la copropiedad.

Moya Palencia, considera que al Derecho del tanto se le debería llamar Derecho de Preferencia por el Tanto, ya que esta última da una idea clara de que se trata, de una facultad de ser preferido por una parte y de que esa prelación se entiende por el mismo tanto que ofrezca un extraño, o en otras palabras en igualdad de circunstancias con terceros. ⁷²

El Código Civil, también hace mención del Derecho de preferencia por el tanto en su artículo 2303, produciendo con esto confusión doctrinal, ya que producen consecuencias distintas en su violación, así pues vemos que la violación por no respetar el Derecho del tanto, lleva la impedición de la operación jurídica, excluyéndola de todo efecto jurídico, produciendo por lo tanto la nulidad absoluta sea originado por la vía legal o contractual y que nazca de un derecho real o personal, aunque a veces se produce la acción de daños y perjuicios o la acción de retracto.

Derecho por el tanto o llamado derecho de preferencia por el tanto, se define como la facultad pactada en un contrato

⁷² Cfr. Op. cit., Pág. 38.

traslativo de dominio, para que el enajenante adquiriera la misma cosa que enajenó con preferencia a que un tercero, si fuere el caso de que el adquirente desee volver a enajenarla, o bien es la facultad otorgada a una persona por el titular de un derecho transmisible si es que éste desee enajenar, para que adquiriera o si lo desea con preferencia a cualquier otra persona ese derecho. El Código Civil señala este derecho en su artículo 2303 que a la letra dice: "Puede estipularse que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tanto, para el caso de que el comprador quisiere vender la cosa que fue objeto del contrato de compra venta", la Propia Ley impone un término para hacer valer el derecho de preferencia por el tanto, éste no se cede, ni se puede heredar.

Como mencionamos anteriormente la violación al derecho del tanto produce la nulidad absoluta, como lo sabemos la establece el Código Civil en su apartado 2226 la violación del derecho del tanto se considera o se efectúa cuando no se notificó legalmente la venta, en nuestro caso de la cuota alícuota del copropietario, y se llevó a cabo la venta con un tercero, cuando el o los copropietarios tienen el conocimiento de esta situación promueven legalmente la nulidad absoluta por la falta de notificación del vendedor-copropietario.

B.- DIFERENCIA CON EL DERECHO DE RETRACTO.

Para hacer una diferencia entre el Derecho del tanto y el de retracto, se da una reseña histórica.

La palabra retracto viene del latín "retractus" derivado de *Retractum* de *Retrahere*, que quiere decir llevar, atraer hacia atrás, probablemente el nombre se le dio al pacto de retroventa en forma exclusiva en el Derecho Canónico, y el Común de la Edad Media y se le conoció al retracto como expropiación particular teniendo por lo tanto una serie de denominaciones que únicamente ha llevado a la confusión, al grado de identificarlo con el tanteo. El origen del retracto está en las Leyes Mosaicas, llamadas de Abolengo, patrimonial, familiar o de sangre en la doctrina francesa se le conoció como "retrait lignager".⁷³

En el Derecho Feudal Francés, los contratos de venta dación en pago, las donaciones onerosas y remuneratorias y el arrendamiento a renta redimible daban apertura al retracto feudal, cuando su objeto había sido el feudo móvil, el tiempo para ejercer dicho retracto variaba según las costumbres, pero se concedió de veinte a sesenta días. Existieron varios tipos de retractos como el retracto de consentimiento en el que el señor tenía derecho a retraer las heredades de plebeyos; retractos sobre bienes de iglesia, retracto sucesorio, se facultó a los

⁷³ Cfr. Moya Palencia. Op. cit., Pág. 74.

herederos de expropiar los derechos hereditarios, retracto conyugal y retracto de preferencia. ⁷⁴

Doctrinalmente para Silva Segura, el retracto, es el "Derecho que por virtud del pacto o de la Ley, compete al vendedor o a una tercera persona que no ha intervenido en el contrato para adquirir la cosa vendida subrogándose en el lugar y derecho del comprador". ⁷⁵

Para De Ibarrola, "El Derecho de retracto consiste "... En el derecho que tiene cualquiera de los partícipes, ya realizado el contrato mediante el cual su copartícipe vendía su parte a un extraño a substituirse a éste en cuanto a los derechos y obligaciones asumidos en el contrato". ⁷⁶

En cambio Pothier, dice: " ... No es otra cosa que el derecho de hacer suya la compra de otro y de constituirse comprador en su lugar. El retracto no tiende nunca a rescindir ni a destruir el contrato sino a subrogarse en todos los derechos resultantes del mismo, la persona del retrayente al del comprador sobre quien el retracto ejerce". ⁷⁷

⁷⁴ Moya Palencia. Op. cit., Págs. 24 y sig.

⁷⁵ Cfr. op. cit., Pág. 293.

⁷⁶ Cfr. op. cit., Pág. 379.

⁷⁷ Cit. pos. Moya Palencia. op. cit., Pág. 13.

La naturaleza jurídica del retracto deriva de que en cierto modo es una forma de expropiación privada, es un derecho subjetivo para subrogarse en ciertas condiciones en el contrato que otros celebran para adquirir una cosa o hacerse de un derecho aún en contra de la voluntad de su dueño. El retracto considerado como acción procesal involucra lo que se ha llamado el Derecho de persecución, esto es, la facultad de dirigirse contra cualquier tercero.

Las diferencias entre el Derecho del tanto y el de retracto para los estudiosos del Derecho. Como Alberto y Oscar Vázquez del Mercado es la siguiente: "La diferencia entre el Derecho del tanto y el de retracto, está en que el derecho del tanto se ejercita antes que la cosa sea vendida y el retracto se hace valer ya que la cosa lo fue".⁷⁸

Pothier afirma: " ... El retracto legal a diferencia del convencional no rescinde ni destruye el contrato originario de venta, sino únicamente subroga a un extraño en la persona del comprador respecto a todos los derechos resultantes del mismo".⁷⁹

Entendemos que en el retracto legal la Ley únicamente concede a la persona favorecida el derecho de subrogarse en la

⁷⁸ Cit. pos. de Ibarrola. op. cit., Pág. 380.

⁷⁹ Cit. pos. Puig Peña. op. cit., Pág. 238.

persona del comprador, existen sin embargo otros derechos de retracto, pero desde ahora cabe decir que van precedidos normalmente de un Derecho del tanto. Queda claro que retracto tiene lugar después de realizada la venta; en cambio el tanto procede antes de llevarse a cabo la venta. El retracto lleva en el fondo el tanto, pues el retrayente lleva la cosa por el mismo precio en que había sido vendida. Se puede decir que el derecho del tanto es una preferencia en la venta y retracto es una subrogación en el contrato.

Ahora bien, no es la temporalidad del ejercicio del derecho de retracto y el de preferencia, lo que los distingue, ya que el Derecho del tanto no da sino una preferencia de igualdad de condiciones dejando abierto el camino a la licitación, el retracto es una forma de subrogación en el contrato. El Derecho de preferencia por el tanto puede darse para favorecer a un sujeto jurídico cuando se encuentra en igualdad de condiciones con terceros demandantes. El derecho de retracto sólo tiene lugar en contratos traslativos de dominio concretamente compra-venta y dación en pago, mientras que se otorga preferencia al arrendatario y al aparcerero para celebrar contrato traslativo de uso o goce.

Moya Palencia, hace una diferencia acertada a nuestro parecer dice: "... preferencia y retracto no son dos momentos de un mismo derecho, sino figuras jurídicas distintas y muchas veces

en contraposición, ya que es tendencia generalmente por los nuevos códigos el considerar solamente a uno de los dos derechos".⁴⁰

En cambio Silva Segura dice lo contrario: "Por lo tanto, no son derechos distintos, sino dos fases de un mismo derecho, expresión de dos oportunidades para un mismo ejercicio. Ambos derechos con modalidades diversas de una misma institución. "ius prothomiseos" del Derecho Bizantino, consagrándose en el Fuero Real, las Partidas, Leyes de Toro y Novísima Recopilación".⁴¹

En base a todo lo anterior, nos adherimos al criterio de Moya Palencia ya que para nosotros el retracto y el Derecho del tanto son figuras jurídicas distintas y no forman parte de un mismo Derecho en distintas etapas de su aplicación, porque el Derecho del tanto tiene su aplicación en la copropiedad, comunidad por herencia pues este derecho es otorgado por la Ley para que se sigan conservando las mismas figuras jurídicas y se procure la no intromisión por parte de un extraño a las comunidades, puesto que se ejercita antes de que se haya efectuado por la compraventa, es en este contrato donde se origina el ejercicio del Derecho del tanto y en la intención de vender la cosa el nacimiento del mismo.

⁴⁰ Cfr. op. cit., Pág. 40.

⁴¹ Cfr. op. cit., Pág. 41.

Sin embargo, en el retracto se da su realización ya efectuada la compraventa, es una exposición privada mediante el pago de la indemnización, o sea se da cuando el objeto se vendió a un tercero, violando el derecho a quien le correspondía, por lo tanto, se retrae para así poder adquirir el bien que injustamente y por violación a su Derecho del tanto se le privó del bien objeto del contrato de compra-venta.

La figura del retracto tiene como fin la protección a los derechos de preferencia por el tanto, "Derecho distinto al Derecho del tanto" y sólo puede ejercitarse en los casos de violación expresa de esta facultad.

En nuestra Legislación el retracto funciona como acción, ACCIÓN DE RETRACTO al respecto encontramos que hay Tesis Jurisprudencial en donde unas afirman que el Derecho del tanto y el retracto son distintos y otras contradictorias.

ACCIÓN DE RETRACTO Y DERECHO DEL TANTO.- Tratándose de la enajenación de que uno de los copropietarios hace en favor de un tercero extraño a la comunidad, se pueden presentar dos situaciones; cuando la venta está simplemente propalada y cuando está consumada. En el primer caso los copropietarios pueden ejercitar el Derecho del Tanto, que implica una venta directa del copropietario enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras en

el segundo caso, los copropietarios preferidos pueden ejercitar el Derecho de retracto por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador.

A.D.4983/1957 Guillermo Escobar. 5 votos. Sexta Época, Vol. XIII, Cuarta Parte. p. 198.

A.D.59/1957, Pedro Solís Salas, Unanimidad de 4 votos Sexta Época. Vol. XL. Cuarta Parte. p. 112. ²²

DERECHOS DEL TANTO Y ACCIONES DE RETRACTO. DURACIÓN.-

En los términos del artículo 1291 del Código Civil, el ejercicio del Derecho del tanto supone que la venta de los derechos hereditarios entre el copartícipe y el tercero extraño no se ha consumado, así como que no se notificó a los coherederos las bases o condiciones en que fue concertada. De modo que si la venta se realiza omitiendo la notificación aludida, resulta jurídicamente imposible el uso del Derecho del tanto; más el conocimiento y violación a este derecho engendra la acción de retracto que tiene por objeto la vía judicial, al respecto de dicho derecho removiendo el obstáculo jurídico que implica la venta hecha al tercero. En tal virtud de la acción de retracto no solamente se notifica la venta sino que el coheredero se subroga en los derechos del cesionario; cabe observar que esta

²² Jurisprudencia y Tesis sobresalientes, (1974-1975). Segunda Edición, Actualización IV Civil. Ed. Mayo. México, 1984. Pág. 6.

nulidad no tiene por objeto volver las cosas al estado que tenían antes, como sucede en el mayor número de las nulidades, toda vez que su efecto no es que el vendedor devuelva el precio al comprador y éste aquel los derechos vendidos, sino que el heredero ejercitante de la acción de retracto se substituya y subroga en los derechos y obligaciones del comprador en los términos y condiciones en que hubiere pactado, devolviendo al comprador el precio que haya pagado por ello, si en el ejercicio del derecho del tanto puede pagar, el heredero el precio dentro del plazo de ocho días, en el ejercicio de la acción de retracto es condición sine qua non que se exhibe el precio con la demanda, puesto que el acto va a subrogarse en los derechos del comprador por efecto de la sentencia. Por otra parte, es también importante establecer que el término para hacer uso del derecho del tanto es diverso del término para ejercitar la acción de retracto que compete a quien no se le dio oportunidad de hacer valer aquel derecho; en efecto el plazo para usar del derecho del tanto es de ocho días, contados a partir de la notificación que se haga a los coherederos, mientras que la acción de retracto puede deducirse durante el plazo de diez años que la Ley señala para la prescripción en general de las acciones.

Sexta Época, Cuarta Parte, Vol. XXIV, p. 76
A.D.3761/1959. Sucesión de María de Jesús Viuda de Ledezma y
Coag. Unanimidad de Cuatro Votos. ⁴³

Esta Tesis habla de los coherederos, pero en el fondo se aplican los términos, interpretándola en la copropiedad, tiene funcionalidad ya que el término para ejercitar el Derecho del tanto en la copropiedad es de ocho días, y ésta misma nos menciona la diferencia entre la acción de retracto y el Derecho del tanto.

La Tesis siguiente se relaciona con la primera Jurisprudencia, en ésta también encontramos que se habla de los coherederos, pero es aplicable a la copropiedad.

DERECHO DEL TANTO Y ACCIÓN DE RETRACTO. DURACIÓN.- El Derecho del tanto y la acción de retracto son en el fondo lo mismo; de tal aseveración no puede deducirse que su ejercicio esté regido por el mismo término. Es cierto que en el fondo ambas acciones son lo mismo en cuanto a que tienden a proteger el derecho de preferencia que concierne a los coherederos excluidos en la venta de los derechos hereditarios, pero según se ha

⁴³ Cfr. Jurisprudencia y Tesis sobresalientes. op. cit.,
Págs. 464 y 465.

observado el modo de ejercitar ambos derechos y el plazo dentro del cual deben de hacerse valer son completamente diferentes. ⁸⁴

Sexta Época, Cuarta Parte. Vol. XXIV, p. 76 A.D. 3761/1959, Sucesión de María de Jesús Viuda de Ledezma y Coag. Unanimidad de cuatro votos.

**C.- FORMA DE RESOLVER EL CONCURSO DE DERECHOS,
EN EL ARRENDAMIENTO.**

El arrendamiento es otra de nuestras figuras jurídicas a estudio el cual ya lo desarrollamos con anterioridad, ⁸⁵ en éste veremos si existe o no un Derecho del tanto y quien tiene ese derecho en el arrendamiento para poder desarrollar este capítulo, ubicaremos la figura del arrendamiento en bienes inmuebles de fincas urbanas destinadas a la habitación (departamentos, locales comerciales y casas).

El artículo 2447 del Código Civil, establece el Derecho del tanto en los casos en donde los arrendamientos hayan durando más de cinco años y cuando el arrendatario ha hecho mejoras de importancia en la finca arrendada tiene este derecho, si está al

⁸⁴ Cfr. Jurisprudencia y tesis sobresalientes. op. cit., Pág. 465.

⁸⁵ Infra. Cap. II.

corriente en el pago de la renta, a que, en igualdad de condiciones en caso de venta sea preferido en los términos del artículo 2448-J del Código Civil.

Como se puede ver, en este artículo se da el Derecho de preferencia por el tanto, con características especiales. Por una parte se considera al inquilino como posible detentador de un capital suficiente para comprar la casa que arrienda en caso de su venta, y en previsión de tal contingencia el artículo 2447 le da facultad.

La forma de resolver el concurso de PREFERENCIA entre el ARRENDATARIO, se encuentra regulada por el artículo 2448 K del Código Civil, que dispone:

Artículo 2448-K. Si varios arrendatarios hicieron uso del derecho de preferencia a que se refiere el artículo anterior, será preferido el que tenga mayor antigüedad arrendando parte del inmueble, y, en caso de ser igual, el que primero exhiba la cantidad exigible en los términos de la Fracción II del artículo 2448 J, que dice: El o los arrendatarios dispondrán de quince días para dar aviso por escrito al arrendador de su voluntad de ejercitar el Derecho de preferencia que se consigna en este artículo en los términos y condiciones de la oferta, exhibiendo para ellos las cantidades exigibles al momento de la aceptación

de la oferta, conforme a las condiciones señaladas en ésta"; salvo pacto en contrario.

**D.- FORMA DE RESOLVER EL CONCURSO DE DERECHOS
EN LA COPROPIEDAD.**

¿Existirá en verdad algún tipo de controversia en la copropiedad, con relación a sus copropietarios ya sea éstos o terceras personas respecto al derecho del tanto?, el artículo 950 del Código Civil responde a tal interrogante: "Todo condueño tiene la plena propiedad de la parte alícuota que le corresponde y la de sus frutos y utilidades, pudiendo en consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla y aún substituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derecho personal. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños, estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. Los condueños gozan del derecho del tanto".

Ahora bien, si analizamos con detenimiento el artículo mencionado, los copropietarios son dueños absolutos de su parte alícuota por ende, pueden obrar como tal, como cualquier propietario que vende, o cede su parte alícuota, etc. pero se les limita tal derecho ya que toda la copropiedad no es de un sólo dueño y solamente se puede vender cuando ya se haya hecho la

indivisión, el párrafo dice: "La división al cesar la comunidad". ¿Cómo cesa la comunidad? por división de la cosa común, entonces se debe dividir la cosa común para que así se le adjudique al copropietario la parte que le corresponde de la cosa común para que así se le adjudique al copropietario la parte que le corresponde de la cosa común con su parte alícuota, y entonces ahora sí, puede cederla o venderla, es importante aclarar que para que haya la indivisión de la cosa común debe de ser por cómoda división, no hay que olvidar que la copropiedad existe en relación a la cosa común de todo el inmueble y el derecho de propiedad existe en el departamento local, casa propia del copropietario que es su parte alícuota y por esta razón ellos la pueden enajenar.

Una vez creada una copropiedad, ésta misma busca la manera de que termine, ya que por medio de la consolidación o venta total del inmueble, la razón anterior se da porque lo que se administra es el buen funcionamiento de la misma y ésta sólo se da cuando los que habitan la copropiedad están unidos por lazos de cualquier índole al no existir esta relación, esto produce una serie de problemas en la copropiedad de nivel jurídico, económico. Dentro de los principios que existen en la copropiedad está el del acto de dominio, que es de disposición jurídica en donde tiene validez siempre y cuando haya sido con el consentimiento de todos los copropietarios, pueden vender o hipotecar, pero no pueden ejercer tal derecho sin el

consentimiento de los demás copropietarios, cuando quieran enajenar la cosa común, no su parte alicuota, ellos lo pueden hacer sin ningún consentimiento pero no a extraños, esta disposición no se refiere tan sólo a la jurídica, sino a la material también llevándose a cabo la compraventa de la cuota esto sería por un contrato teniendo el objeto mediato una cuota en una cosa común y pro-indiviso.

La idea que llevó al Legislador a imponer el derecho del tanto a los copropietarios, (porque es una imposición aunque no lo ejerciten, la ley se los impone), fue para que la copropiedad terminase por medio de la consolidación y así evitar la problemática que trae el ser dueño de un inmueble, con otro u otros copropietarios porque no es tanto el hecho de habitar sino el de ser propietarios, por lo tanto, al haber varios copropietarios y todos querer hacer uso de su derecho del tanto debe de haber preferencias que sólo se basan en el porcentaje que tienen de cuotas en la copropiedad, así el que tiene más cuotas se le preferirá.

Se divide a las preferencias por el tanto en dos grupos; legales y contractuales, dentro de las preferencias legales pueden considerarse las civiles y las administrativas, es decir, aquellos que nacen de ordenamientos de uno u otro tipo y que son producto de relaciones en donde predominan el carácter individual o público, las civiles nacen de las relaciones de

indole mercantil. Las preferencias legales son las que tienen como fuente inmediata la Ley o las disposiciones reglamentarias y las contractuales, son aquellas en donde predomina la libertad de estipulaciones o una mayor fuerza obligatoria residente en la voluntad particular. ⁸⁶

El Derecho de preferencia por el tanto lo reglamenta el Código Civil de 1870, en sus numerales 873 y 874 estas normas indicaban la obligación al propietario de cosa indivisa de no vender a extraños su parte respectiva. El artículo 974 establecía la pena a la violación a la preferencia por el tanto a rescindir el contrato. El Código de 1884 también lo contempla en sus artículos 2843 y 2844.

El artículo 973 de nuestro Código Civil, dice: "Los propietarios de la 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. ⁸⁷

⁸⁶ Cfr. Moya Palencia. op. cit., Pág. 43.

⁸⁷ Cfr. op. cit., Pág. 214.

Esta norma nos tipifica el Derecho de preferencia, por el tanto de los copropietarios con estos elementos: Los sujetos, que son él o los copropietarios de cosa indivisa, es decir, del bien inmueble que no admite cómoda división. El derecho de los copropietarios para ser preferidos cuando la porción de cada uno de ellos se enajena a un extraño. El sujeto pasivo es precisamente el comunero que enajena su parte alícuota.

La Enajenación. El contrato por el que se transmite la titularidad del derecho del copropietario a un extraño, en forma onerosa, de apertura al Derecho de preferencia por el tanto. La compraventa y la dación en pago son los contratos típicos pero, los inominados por los que se realice el efecto traslativo de dominio mediante un precio cierto y determinado son susceptibles de asimilarse a la compraventa. "

La forma para ejercitar el Derecho de preferencia por el tanto, depende de las condiciones de contratación puesto que si al ser notificado se previene en forma expresa el cumplimiento de requisitos especiales, debe atenderse a ellos.

La falta absoluta de notificación, o de cualquier defecto substancial de la misma y del caso en que el copropietario, habiendo dado la notificación, enajene su parte

" Cfr. Supra, Capítulo Primero en la relación al Arrendamiento Financiero.

alícuota antes de la terminación del plazo de ocho días en que precluyen los derechos de los comuneros, se produce la nulidad absoluta.

En materia de Derecho comparado, en el Derecho Español, existe el "ius disolventia absoluto" de carácter total y sin limitaciones cada copropietario puede pedir en cualquier tiempo la cesación del estado comunitario, siendo este derecho casi una forma Constitucional. "

La legislación de Argentina, fue más precisa en relación al tema planteado, ya que, el Código Civil vigente en su artículo 2677 expone: "Cada condómino puede enajenar su parte indivisa y sus acreedores pueden embargar y vender antes de hacerse la indivisión entre los comuneros, la libertad de enajenación es absoluta para cualquier condómino a favor de otro o de un tercero, no pudiendo los otros invocar preferencia alguna para su adquisición, habiéndose resuelto que no es obstáculo para la libre enajenación de la parte indivisa". "

En nuestra legislación está reglamentado el Derecho del tanto y fue un gran acierto, ya que, con esto se puede llegar a la consolidación como forma de terminar la copropiedad que es una fuente de problemas económicos y jurídicos, dentro de nuestra

" Cfr. Castán Tobeñas, op. cit., Pág. 274.

" Cfr. Peña Guzmán, op. cit., Pág. 539.

jurisprudencia encontramos estas tesis que hablan perfectamente del Derecho del tanto en la copropiedad.

DERECHO DEL TANTO, EJERCICIO DEL.- Para que pueda ejercitarse el derecho del tanto es necesario que esté convenida una operación de venta entre el copartícipe y un tercero, a efecto de que el otro copartícipe pueda si lo desea, substituir al tercero y no solamente que se pretenda convenir una venta.

Quinta Época; Tomo CXXIX. P. 767-A.D.1440/1956, Asunción Domínguez de Chávez, Unanimidad de Cuatro Votos". "

DERECHO AL TANTO DE LOS COPROPIETARIOS TRATÁNDOSE DE VENTAS JUDICIALES.- (COAHUILA).- Del contenido de los artículos 947 y 970 del Código Civil del Estado de Coahuila, se deduce con claridad que, correlativamente con el Derecho al tanto que la Ley otorga a los condueños, les impone, por un lado, la prohibición de enajenar a extraños la parte alícuota respectiva si el copropietario quiere hacer uso de ese derecho y por el otro, la obligación de hacer saber a los demás la venta que tuvieran convenida, para que puedan hacer uso de ese mismo derecho. Ahora bien estas disposiciones legales deben de considerarse aplicables al caso en que la enajenación de la parte alícuota de un copropietario se haga por medio de una venta judicial.

" Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes. op. cit., Pág. 463.

Quinta Época: Tomo CXXVIII, pág. 421 A.D.1589/1956, Julia Lozano Larralde y Coag. Unanimidad de 4 votos".²²

La siguiente Tesis Jurisprudencial afirma categóricamente lo establecido en el artículo 973, en su último párrafo, " ... mientras no se haya hecho la notificación la venta no producirá efecto legal alguno".

DERECHO DEL TANTO ENTRE COPROPIETARIOS.- Si el copropietario enajena a un tercero su derecho de copropiedad sin la previa notificación al partícipe, para que pueda hacer uso del derecho del tanto, la venta es nula por determinación de la Ley.

Quinta Época, Tomo CXXVII. p. 653.A.D.4013/1951, Mateo Martínez, y Coag. Unanimidad de cuatro votos.²³

La siguiente tesis jurisprudencial es contradictoria de la anterior, ya que, considera la falta de notificación una nulidad relativa.

DERECHO AL TANTO, NULIDAD RELATIVA EN CASO DE FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LA VENTA, A QUIEN GOCE DE AQUEL. De conformidad con el Código Civil de 1884, vigente en el Distrito Federal, y

²² ídem.

²³ Jurisprudencia y Tesis sobresalientes. op. cit., Pág. 464.

Territorios federales, la falta de notificación a la persona que tiene el derecho del tanto no motiva una nulidad absoluta, porque no contraviene una Ley imperativa o prohibitiva, es decir, de orden público. Al establecer la Ley que, mientras no se haga esa notificación, la venta no producirá efecto legal alguno, tiende a proteger al copropietario pues debe entenderse esa falta de efectos legales es con relación al mismo copropietario; y tratándose de una nulidad relativa, sólo puede ser invocada por el perjudicado con la falta de notificación.

Sexta Época, Cuarta parte; Vol. XL. p.11. A.D.5665/1957
Pedro Solís Salas, cinco votos. "

**E.- PREFERENCIA DEL COPROPIETARIO SOBRE EL
ARRENDATARIO.**

Este inciso se desarrolla, bajo la interrogante, ¿qué me motivó para elegir el tema de trabajo y qué es en sí la esencia misma de la Tesis?

Como es sabido en una copropiedad se puede dar el arrendamiento, enfoquemos la problemática en una copropiedad con tres copropietarios en una casa habitación, con tres niveles,

" Cfr. Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes, op. cit.,
Pág. 462.

cada nivel de la casa tiene una salida propia a la calle y en cada una de estas habita un copropietario, de estos, dos habitan y el tercero tiene rentada su parte de la casa o sea su parte alícuota de la copropiedad. Los artículos 941, 943 al 954, y 962 al 967 del Código Civil.

Continuando con el enfoque anterior, el tercer copropietario renta su parte, en la cual estuvieron de acuerdo los otros dos copropietarios conforme a lo que establece el artículo 2403 del Código Civil. El arrendatario pasa a formar parte de la copropiedad como coposeedor junto con los otros dos copropietarios. " NO COMO COPROPIETARIO YA QUE SU ARRENDADOR ES EL COPROPIETARIO DE ESTOS; éste, el arrendador, integra en su persona dos figuras jurídicas; COPOSEEDOR Y ARRENDADOR.

Ahora bien, si el tercer copropietario desea vender su parte alícuota tiene la obligación como tal de hacer saber a los otros dos copropietarios su derecho de vender, dando a conocer la oferta que tuviese con terceras personas, estipulando el precio y forma de pago conforme lo establecido por el artículo 973 del Código Civil. El término que la Ley concede para ejercitar el derecho del tanto en los copropietarios es de ocho días, entonces el tercer copropietario que es arrendador tiene la obligación de notificarle a su arrendatario, que es COPOSEEDOR con los otros copropietarios, su deseo de vender la finca arrendada tal y como

" Vid. supra. Cap. II.D.

lo establecen los artículos 2305 y 2448 J e I del citado ordenamiento antes invocado, ya que el 2305 otorga un término de diez días para que se ejercite el derecho del tanto.

En este caso el copropietario-arrendador, al obtener las dos figuras jurídicas cumple con su obligación para cada cual de informar de la oferta que tiene, los copropietarios y el arrendatario, si a uno de los dos copropietarios no les interesa adquirir la cuota en venta y no ejercitara su Derecho del tanto en el término señalado, el otro se interesa en la adquisición de la cuota junto con el arrendatario que también tiene interés para que éste pase de coposeedor a copropietario, con los otros copropietarios.

Con la notificación que se haga, respecto a su derecho del tanto, éstos lo podrán ejercitar, y es cuando surge la interrogante siguiente:

¿QUIÉN DEL COPROPIETARIO O ARRENDATARIO TIENE LA PREFERENCIA PARA ADQUIRIR LA CUOTA QUE SE DESEA ENAJENAR? ¿AMBOS?, ¿SE PODRÁ ACASO SUB-DIVIDIR UNA CUOTA DE UN COPROPIETARIO PARA QUE ASÍ EL ARRENDATARIO ADQUIERA LA MITAD Y LA OTRA MITAD EL COPROPIETARIO?

Tanto al arrendatario como al copropietario la Ley, les otorga el derecho del tanto, para adquirir en favor de un

tercero, un tercero que para el copropietario y la copropiedad es el arrendatario y para éste podría ser el copropietario. A ambos la Ley les otorga el derecho de adquirir y si ambos pueden hacerlo entonces a quien es al que la ley le otorgaría la preferencia para adquirir sobre el otro, el Legislador no contempló solución alguna para un caso como éste, que se puede dar, dada la explotación comercial de ambas figuras, sobre todo en la práctica.

Respecto a las interrogantes y preguntas que se ha hecho referencia anteriormente, la desarrollo como sigue: La preferencia por el tanto no constituye como el retracto una verdadera facultad de expropiación, pero el derecho lo otorga. Las preferencias por el tanto han revolucionado tras la reacción moderna que trata legalmente de estirpar al retracto.

De esta manera se pensó que se lograba preventivamente, o a priori lo mismo que con la expropiación privada a posteriori; la adquisición de bienes por parte de los sujetos privilegiados en vista de circunstancias especiales merecedores de protección jurídica.

Existen en nuestro derecho las preferencias contractuales, una el llamado "Pacto de Preferencia por el tanto", tiene su reglamentación en el Código Civil, pero pueden ser cláusulas accesorias en todos los contratos representando una

opción para adquirir o volver a contratar. " Este derecho de pacto de preferencia por el tanto se encuentra establecido en los artículos 2303 al 2308 del Código Civil, dentro del capítulo de modalidades de la compraventa.

En materia de arrendamiento el artículo 2447 en su último párrafo decía: "... también gozarán del derecho del tanto si el propietario quiere vender la finca arrendada, aplicándose a lo conducente a lo dispuesto en los artículos 2304 y 2305 del Código Civil". Del estudio hecho respecto a este trabajo nos hemos dado cuenta que el legislador nunca debió expresar la palabra DERECHO DEL TANTO ya que al remitir a los numerales 2304 y 2305 del ordenamiento legal invocado, y que forman parte del capítulo de las modalidades de la compra-venta, se da uno cuenta que lo que la Ley otorga al arrendatario es el DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO, que es distinto al derecho del tanto respecto a su violación, en éste, la sanción es la nulidad absoluta, en cambio la sanción que tiene el derecho de preferencia por el tanto es el ejercicio de la acción de daños y perjuicios por lo tanto, lo que difiere de un derecho y el otro es la sanción, uno produce nulidad absoluta, según lo establece el artículo 973 del Código Civil en Materia de copropiedad, el otro una simple sanción de pago de daños y perjuicios, conforme al artículo 2448 J fracción V del Código en cita.

" Cfr. Noya-Palencia. op. cit., Pág. 74.

El maestro Gutiérrez y González elaboró una crítica en la cual consideraba que el Código Civil sufre un error en el artículo 2447 en su último párrafo cuando decía: "... también gozará del derecho del tanto si el propietario quiere vender la finca arrendada ..." ya que no se debió de expresar la palabra derecho del tanto, sino debió de haber sido derecho por el tanto, haciendo ver que la sanción que el Código Civil marca para el propietario que violó el derecho del tanto del arrendatario, sólo surtirá efecto para la indemnización de daños y perjuicios y no produce la nulidad absoluta".⁹⁷

Existe una tesis Jurisprudencial que ayuda mucho a diferenciar el Derecho del tanto y el Derecho por el tanto y a reconocer el error del legislador es haber utilizado la palabra "Derecho del tanto", cuando debió de haber sido "Derecho de preferencia, por el tanto".

"DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO, LA VENTA EFECTUADA A TERCERAS PERSONAS ES VALIDA AUN CUANDO SE HAYA REALIZADO SIN DAR AL INQUILINO EL AVISO PARA HACER USO DEL.- Los artículos 2303, 2304 y 2305 del Código Civil, establecen que si el dueño de la finca arrendada no cumple la obligación que le impone el artículo 2447 del mismo ordenamiento, es decir, si no respeta el Derecho de preferencia por el tanto que corresponde al inquilino que cumple determinados requisitos y enajena el

⁹⁷ Derecho de las Obligaciones, op. cit., Pág. 368.

inmueble a determinadas personas, la venta es válida y surte efectos estando obligado solamente a dicho propietario a responder de daños y perjuicios que cause el arrendatario.

Amparo Directo 5573/83. Fuad Saadia y otro, nueve de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario José Nabor González Ruiz. PRECEDENTES: Amparo Directo 5064/63 Mantio Priego Martínez. Once de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro. Unanimidad de cuatro votos, ponente: José Castro Estada. Amparo Directo 5415/79. Francisco Morales Jarfat y otros, treinta y uno de julio de mil novecientos ochenta, cinco votos Unanimidad. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. "

De la tesis mencionada anteriormente, se aprecia el error del Legislador y esto ha producido en la doctrina una gran confusión, la siguiente tesis se profundiza más en aclarar el error Legislativo y la diferencia entre ambas figuras jurídicas ya citadas.

"DERECHO DEL TANTO Y DERECHO DE PREFERENCIA, POR EL TANTO, DIFERENCIAS ENTRE AMBOS.- El artículo 2447 del Código Civil, establece; que el inquilino que cumpla determinados requisitos gozará del "Derecho del Tanto", si el propietario

" Cárdenas V. Rolando, *Jurisprudencia Mexicana (1919-1971)* año 1985. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986. Pág. 68.

desea vender la finca arrendada. De acuerdo con los artículos 2303, 2304 y 2305 de la Legislación en consulta, el dueño no cumple la obligación que le impone aquel numeral, es decir, si el dueño no respeta el "Derecho de preferencia por el tanto" que le corresponde el arrendatario y enajena le cose materia del arrendamiento a terceras personas, le vente es válida estando obligado a responder solamente de los daños y perjuicios que cause al inquilino. De lo anterior se desprende que el citado artículo 2447 del Código Civil dice textualmente: "Derecho del tanto", en realidad alude al "Derecho de Preferencia por el tanto", consignado en los artículos citados en líneas anteriores. Ello así porque el verdadero derecho del tanto presenta diferencias substanciales con el llamado "Derecho de Preferencia por el tanto". En efecto, el primero corresponde exclusivamente al copropietario, al coheredero o al usufructuario, mientras que el segundo se otorga al arrendatario y al vendedor que acuerda con el comprador adquirir posteriormente de éste el inmueble que enajena, además el mismo Código prevé sanciones distintas para el caso de que no se respeten uno y otro, porque en el primer caso la venta es nula y no surte efectos jurídicos, en tanto que en la segunda hipótesis la venta es válida, respondiendo el vendedor exclusivamente de los daños y perjuicios como ya se dijo, anteriormente. En otras palabras, la tutela legal no opera igual para ambos, porque presentan diferencias a lo que atañe a su naturaleza, a la calidad de las personas que pueden ejercitarlo y al alcance de la sanción aplicables en caso de inobservancia.

"AMPARO Directo 5573/83. Fuad Saadia y otro. Nueve de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco.- Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Jorge Olivera Torres. Secretario: José Nabor González Ruiz. "

Aplicando estas dos Tesis Jurisprudenciales que son de suma importancia, se resuelve la problemática planteada pero sólo en el caso de lo que estipula el artículo 2447 del Código Civil, ya que con la interpretación de las dos Tesis mencionadas, en el Arrendamiento NO EXISTE EL DERECHO DEL TANTO, según el artículo 2447 actual, y entonces a quién se le debe de dar la PREFERENCIA del Derecho del tanto es al copropietario sobre el Derecho del tanto del arrendatario, ya que se vio que no es Derecho del tanto, SINO DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO, lo cual implica que son dos figuras distintas, pero semejantes en el fondo y lo que lo diferencia es la penalidad en su violación.

" Cárdenas V. op. cit., Págs. 70 y sig.

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

PRIMERA.- El Código Civil de 1928 regula las materias del arrendamiento Inmobiliario y la copropiedad, entre otras tiene como antecedentes históricos el Derecho Francés y el Derecho Español.

SEGUNDA.- En materia de arrendamiento inmobiliario para casas habitación, hasta antes de las reformas de 1993, el Código Civil tuteló en forma extraordinaria los derechos de los arrendatarios.

TERCERA.- El arrendamiento existe cuando una de las partes obliga a conceder el uso o goce temporal de una cosa; y la otra a pagar por ese uso o goce un precio cierto y en dinero.

CUARTA.- El arrendatario está obligado a finalizar el contrato y a restituir la cosa arrendada, pero en la práctica se reúne una infinidad de pretextos comunes y dolosos para dilatar la restitución de la cosa arrendada.

QUINTA.- El arrendamiento es el más importante de los contratos de uso y disfrute.

SEXTA.- Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen pro-indiviso a varias personas.

SÉPTIMA.- La copropiedad se distingue de otras figuras por la pluralidad de sujetos titulares del derecho real de propiedad, respecto de una cosa por tanto la titularidad de la unidad física debe recaer en por lo menos dos personas y así se distingue de las sociedades y del condominio.

OCTAVA.- Ninguno de los copropietarios está obligado a permanecer en la indivisión, por tanto son antijurídicos los pactos por los cuales los copropietarios pudieran obligarse a la indivisión.

NOVENA.- El Derecho del tanto consiste en la preferencia de los copropietarios frente a terceros, cuando uno de ellos desee enajenar su parte alicuota.

DÉCIMA.- El Derecho del retracto tiene la misma naturaleza que el Derecho del tanto, pero se ejercita cuando uno de los copropietarios no ha hecho saber a los demás la enajenación pactada con un tercero.

DECIMOPRIMERA.- El concurso de Derechos de preferencia en la copropiedad debe resolverse atendiendo a la consolidación de la propiedad.

DECIMOSEGUNDA.- El arrendatario goza de un Derecho de preferencia por el tanto y no del derecho del tanto que se da únicamente entre copropietarios; por ende el concurso de derechos debe resolver en favor del copropietario.

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

- 1.- ARAUJO VALDIVIA, LUIS. DERECHO DE LAS COSAS Y SUCESIONES. TERCERA EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, S. A. MÉXICO, 1980.
- 2.- ARELLANO GARCÍA, CARLOS. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. PRIMERA EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA, S. A. MÉXICO, 1980.
- 3.- BUÑUELOS SÁNCHEZ, FROYLÁN. PRÁCTICA CIVIL FORENSE. SÉPTIMA EDICIÓN, CÁRDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR. MÉXICO, 1984.
- 4.- BARRIOS, ALFREDO. CURSO DE DERECHO CIVIL. PRIMERA EDICIÓN. EDITORIAL CARTAGENA. SANTIAGO DE CHILE. 1917.
- 5.- BATIZA, RODOLFO. LAS FUENTES DEL CÓDIGO CIVIL DE 1928. INTRODUCCIÓN, NOTAS Y TEXTOS DE SUS FUENTES ORIGINALES NO REVELADAS. PRIMERA EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA, S. A. MÉXICO, 1979.
- 6.- BEJARANO SÁNCHEZ, MANUEL. OBLIGACIONES CIVILES. TERCERA EDICIÓN. EDITORIAL HARLA, S.A. DE C.V., MÉXICO, 1992.
- 7.- BELTRÁN DE HEREDIA, PABLO. EL DERECHO DE ACRECER. PRIMERA EDICIÓN. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, MADRID, 1956.
- 8.- CARRAL Y DE TERESA, LUIS. DERECHO NOTARIAL Y DERECHO REGISTRAL. OCTAVA EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA, S. A. MÉXICO, 1984.
- 9.- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMÚN Y FORAL. DUODÉCIMA EDICIÓN, EDITORIAL REUS, S. A. MADRID, 1982.
- 10.- DE IBARROLA, ANTONIO. COSAS Y SUCESIONES. CUARTA EDICIÓN. EDITORIAL PORRUA, S. A., MÉXICO, 1977.

- 11.- DE PINA, RAFAEL. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. BIENES Y SUCESIONES. SÉPTIMA EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA, S. A., MÉXICO, 1987.
- 12.- DOMÍNGUEZ DEL RÍO, ALFREDO. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y SU PROYECCIÓN EN JUICIO. PRIMERA EDICIÓN EDITORIAL PORRÚA, S. A. MÉXICO, 1978.
- 13.- DONDERIS TATAY, LUIS. LA COPROPIEDAD. EDITORIAL REUS, S.A. MADRID, 1933.
- 14.- FERNÁNDEZ AGUIRRE, ARTURO. DERECHO DE LOS BIENES Y LAS SUCESIONES, SEGUNDA EDICIÓN. EDITORIAL CAJICA, MÉXICO, 1972.
- 15.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. DERECHO CIVIL. PARTE GENERAL. OCTAVA EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA, S. A. MÉXICO, 1987.
- 16.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. QUINTA EDICIÓN. EDITORIAL CAJICA, MÉXICO, 1980.
- 17.- GUZMÁN ARAUJO, GERARDO. EL CONDOMINIO; SU CONSTITUCIÓN, COMPRAVENTA Y ADMINISTRACIÓN. SEGUNDA EDICIÓN. EDITORIAL TRILLAS, S.A. DE C.V. MÉXICO, 1987.
- 18.- MUÑOZ, LUIS. DERECHO CIVIL MEXICANO. TERCERA EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA, S. A. MÉXICO, 1971.
- 19.- MUÑOZ, LUIS Y SALVADOR CASTRO. COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL. EDITORIAL PORRÚA, S. A., MÉXICO, 1974.
- 20.- PALLARES, EDUARDO. TRATADO DE LAS ACCIONES CIVILES. CUARTA EDICIÓN. EDITORIAL PORRUA, S. A. MÉXICO, 1981.
- 21.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. DECIMOSEXTA EDICIÓN. EDITORIAL PORRUA, S. A. MÉXICO, 1984.

- 23.- SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN. DE LOS CONTRATOS CIVILES. SEXTA EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA, S. A. MÉXICO, 1982.
- 24.- SOTO ÁLVAREZ, CLEMENTE. PRONTUARIO DE INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO Y NOCIONES DE DERECHO CIVIL. PRIMERA EDICIÓN. EDITORIAL LIMUSA. MÉXICO, 1975.

L E G I S L A C I O N

- 1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 100a. EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA, S. A. MÉXICO, 1993.
- 2.- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 64a. EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA, S. A. MÉXICO, 1995.
- 3.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 46a. EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA, S. A. MÉXICO, 1994.

"OTRAS FUENTES CONSULTADAS"

- 1.- CÁRDENAS V., ROLANDO. JURISPRUDENCIA MEXICANA 1917 - 1971. CÁRDENAS, EDITOR Y DISTRIBUIDOR, MÉXICO, 1989.
- 2.- ESCRICHE, JOAQUÍN. DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. SEGUNDA EDICIÓN. CÁRDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR. MÉXICO, 1985.
- 3.- MOYA PALENCIA, MARIO. EXPROPIACIÓN PRIVADA, LOS RETRACTOS Y LAS PREFERENCIAS POR EL TANTO. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO U.N.A.M., MÉXICO, 1955.