

308909 16
24.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
ESCUELA DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
1991-1996

**"LOS DERECHOS DE PREFERENCIA
DENTRO DEL DERECHO CIVIL"**

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

LILIANA CHAVEZNAVA GALLIFA

Director de Tesis:
Lic. Carlos de Pablo Serna

MEXICO, D.F.

1997

**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.

Quiero dedicar con mucho cariño este trabajo:

A DIOS, por ser mas que mi luz, mi guia, mi todo.

A mis Padres, Yolanda y Carlos, por su amor, apoyo y confianza, por hacer esto posible.

A mi mayor tesoro, mis hermanos Maricela y Carlos Héctor.

A mi familia, mis tíos, tias, primos (Carlos Alberto, Rodrigo, Carlos Francisco y José Luis) y a mis abuelitas, por tener la confianza de que lo lograría y por ser gran parte de mi vida.

A Carlos, por ser la esencia de todos mis proyectos y por ser mas que mi mejor amigo.

A mis amigos, a los compañeros que han sido mas que eso, a Andrés y su familia, por estar para mi en las buenas y en las malas, toda la vida.

A las niñas de Acordada 99 y a las Religiosas de Maria Inmaculada, por los mejores años de mi vida.

A la Universidad Panamericana, por haber infundido en mi el deseo de ser, antes que profesionista, un ser humano.

A las familias Romero Hernández y Treviño Treviño que me adoptaron alguna vez.

Al gran equipo de Panamericana de Patentes y Marcas, S.C., por el apoyo y cariño que me han brindado en estos años.

Y a todos aquellos que estuvieron en el camino, y que hicieron posible este mi sueño.

Con un agradecimiento especial al Licenciado Carlos de Pablo, no sólo por el apoyo brindado en la elaboración de este trabajo, si no por que aunque el no lo sepa, supo darme el consejo adecuado, cuando más lo necesitaba, muchas gracias.

A Rodrigo, mi primo, el asesor técnico oficial de los trabajos de tesis de toda la familia, por su ayuda, su paciencia, y porque pase lo que pase, siempre tiene tiempo para ayudarme en todos los sentidos, gracias, te adoro.

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN.

Con el fin de encontrar una definición del tema objeto de este estudio creo conveniente citar a dos autores que han establecido una noción respecto a lo que puede ser considerado un derecho de preferencia:

El Licenciado Leopoldo Aguilar Carvajal define los Derechos de Preferencia en función a los efectos que estos producen en los contratos; así para el citado autor, en virtud de que los derechos de preferencia modifican las consecuencias normales o simples de los contratos, pueden ser considerados como MODALIDADES, cuya fuente no es la voluntad de las partes exclusivamente, sino que también puede ser la ley. Para reforzar su argumentación, cita a Gaudement, quien al definir las modalidades de los contratos afirma que "frecuentemente unas complicaciones llamadas Modalidades vienen a modificar esta situación simple e introducen un cambio en las obligaciones"¹

Por su parte, para el Licenciado Carlos Cuevas Senties los derechos de preferencia son :
"aquellos que teniendo origen en la ley o en la voluntad, conceden a una persona preferencia

¹Leopoldo Aguilar Carvajal, Consecuencias Jurídicas de la violación al Derecho del Tanto, Estudios Jurídicos en Homenaje a Manuel Borja Soriano, Ed Porrúa, 1ª Edición, México 1964, p. 34

respecto a otras, para la adquisición del dominio u otro derecho real o personal sobre un inmueble determinado, en el caso de que su propietario decida enajenarlo”.²

Del análisis de ambas posturas podemos observar que mientras para el Lic. Aguilar los Derechos de preferencia son modalidades que implican una limitación que la ley o la voluntad de las partes imponen a un acto jurídico e impiden el desarrollo o ejercicio pleno de un derecho, para el Lic. Cuevas Senties los derechos de preferencia son la facultad con que cuenta un sujeto, por disposición de la ley o derivado de una manifestación de voluntad, de ser preferido para adquirir un determinado derecho.

Considerando lo expuesto por ambos autores, haré las siguientes aclaraciones:

Si por “modalidad” es posible entender aquellas “características de las obligaciones que afectan el nacimiento o la resolución de las mismas, sin modificar sus elementos esenciales”³, no es del todo exacto definir a los derechos de preferencia, como lo hace el Lic. Aguilar Carvajal, con base en aquellos elementos secundarios que se presentan como consecuencia de su ejercicio, pero que no constituyen la esencia misma de los derechos en estudio.

²Citado por Miguel Alessio Robles - Carlos Cuevas Senties, La Influencia del Derecho Público en el Derecho inmobiliario, en Memorias del XVIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, Montreal Canada 1986, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., p. 149

³Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, S.A., y Universidad Nacional Autónoma de México, Octava Edición, 1995, p. 2145.

En mi opinión, los derechos de preferencia no son una modalidad que la ley o la voluntad de las partes imponen a las obligaciones o a los contratos, si no que se trata de derechos independientes, que eventualmente pueden estar sujetos a modalidades, como término o condición por ejemplo, las cuales van a condicionar su ejercicio, pero no son, estas modalidades, los elementos que dan a los derechos de preferencia su razón de ser, o que los caracterizan, ya que aceptar lo expuesto por el mencionado autor, sería definir a los derechos de preferencia por sus características secundarias, no por sus elementos esenciales, elementos que serán analizados en el desarrollo de este trabajo.

Por otra parte, retomando la tesis del Lic. Cuevas Senties, los derechos de preferencia se consideran también como, la facultad otorgada por la ley o por la voluntad de los contratantes, de ser preferido para adquirir un determinado derecho; y en este sentido considero que radica la esencia de los derechos de preferencia, la cual nos va a permitir esbozar una definición más clara.

La esencia de los derechos en estudio radica, en mi opinión, en la preferencia que otorgan en favor de un sujeto determinado, y es esta preferencia o primacia la que les da su razón de ser. Los derechos preferenciales son facultades que persiguen beneficiar a un sujeto, el cual ha de reunir una calidad específica en el negocio jurídico, con una primacia en la adquisición, realización o bien, conservación de un derecho.

Por lo antes expuesto, los derechos de preferencia son la facultad con que cuenta un individuo que reúne una cierta calidad para ser preferido o considerado en primer término para la adquisición de un derecho; o dicho en otras palabras son la primacia en la disposición de un

derecho que se le concede a una persona, ya sea por voluntad de las partes o por disposición de la ley para una finalidad específica.

Los derechos de preferencia pueden ser catalogados y diferenciados dependiendo del acto jurídico que les sirve de soporte.

En Nuestro Derecho positivo existen manifestaciones de derechos de preferencia en diversas instituciones jurídicas, como por ejemplo, la ley obliga a respetar un derecho de preferencia en la copropiedad, dentro del usufructo, también en el caso de una sucesión cuando existen coherederos, y en otras instituciones que analizaré más adelante; a su vez existen también derechos de preferencia derivados de la voluntad de las partes, como es el caso del derecho de preferencia por el tanto que se pacte dentro de la compraventa o del arrendamiento y, por el hecho de que la existencia de este tipo de derechos se condicione a una relación jurídica previa, no por ello debe considerarse que los derechos de preferencia carecen de autonomía en cuanto a su tratamiento y estudio

Es cierto que para que un sujeto pueda gozar de una preferencia, debe previamente haber celebrado un acto jurídico que le otorgue ese derecho, pero la preferencia referida es independiente del acto que la origina, tan es así que nuestros ordenamientos jurídicos y la doctrina les han dado un tratamiento propio, como derechos independientes.

Cabe hacer la aclaración, que si bien es cierto, nuestro código civil contempla los diversos derechos de preferencia dentro del análisis de la institución que le sirve de soporte, eso se debe a que la institución los origina, más no son parte de ella, y por ello la ley les da sus propias reglas y procedimientos.

Cuando el legislador plasmó un derecho de preferencia en nuestros ordenamientos jurídicos, o bien cuando los particulares deciden en el ejercicio de su libertad contractual otorgar el mismo, debemos suponer que encuentran en el titular preferido una cualidad o que les asiste un derecho determinado, o bien que la ley persigue una finalidad específica con ello, o incluso que tiene una motivación para concebirlo, y son esta cualidad, derecho o finalidad los que han llevado a que sea comúnmente aceptada la siguiente clasificación de los derechos de preferencia en nuestro derecho civil:

1) Los derechos de preferencia que tienen su origen en un derecho real, derechos que han sido denominados "derechos del tanto" y

2) Los derechos que tienen su origen en un derecho personal, derechos que han sido llamados "derechos de preferencia por el tanto".

1) DERECHOS DEL TANTO.- En este rubro es posible clasificar a aquellos derechos que tienen su base o sustento en un derecho real, ahora bien, aún y cuando no es éste el objeto de estudio de este trabajo, creo conveniente aclarar que debe entenderse por un derecho real.

Por un derecho real entendemos el dominio directo o indirecto que tiene una persona sobre una cosa, lo cual le permite el libre aprovechamiento de la misma, y le otorga la facultad de hacerlo oponible frente a terceros.

En ocasiones esta libertad se ve disminuida con la existencia de ciertas condiciones que en instituciones jurídicas concretas, y persiguiendo ciertas motivaciones, ha establecido el legislador, los cuales son gravámenes sobre una cosa, que afectan a quien sea su titular y tienen eficacia frente a terceros.

Esto debido a que la manifestación de un derecho real no implica un poder ilimitado de su titular, sino una posibilidad mayor de utilización y disposición de una cosa, pero con los límites naturales y legales que se puedan llegar a imponer, límites necesarios para la convivencia social y para la prevalencia de los intereses generales sobre los particulares, prevalencia que consagra todo sistema jurídico.

Dentro de estos límites es posible encuadrar a los efectos que genera el derecho del tanto, toda vez que a partir de que el legislador impone la obligación a los titulares de un derecho real de preferir a un tercero en la adquisición o conservación de un privilegio, se da lugar al nacimiento de un derecho de preferencia, que es precisamente la facultad que le asiste a un tercero, este derecho de preferencia puede eventualmente generar una limitación en la propiedad del sujeto, como se verá más adelante.

2) DERECHOS DE PREFERENCIA POR EL TANTO.- Son aquellos que tienen su base o sustentación en un derecho personal.

Si consideramos los derechos personales como la facultad de obtener de otra persona una conducta que puede consistir en un dar, hacer o no hacer, vamos a entender que el derecho de preferencia por el tanto nace a partir de la relación jurídica que entablan dos particulares, relación que necesariamente genera derechos y obligaciones para aquellas exclusivamente. Al amparo de la libertad contractual los participantes en el acto jurídico tienen la facultad de fijar bases, condiciones y limitaciones a su relación.

Como decíamos anteriormente, una persona adquiere un derecho por su relación con otra persona. derecho que ambas partes pueden limitar o condicionar a un derecho de preferencia. como es el caso del derecho de preferencia que les asiste al inquilino de casa habitación o al arrendatario de inmuebles sujetos a régimen de propiedad en condominio, reguladas por la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de inmuebles para el D.F. o el derecho de preferencia por el tanto en el arrendamiento de fincas no destinadas a casa-habitación, actos jurídicos que por su naturaleza engendran ciertas obligaciones que señala la ley en lo particular, mismas que al darse la preferencia por el tanto, se ven modificadas y van a operar de manera excepcional.

3) EL RETRACTO.- Respecto del retracto, y como será analizado en este trabajo, en la antigüedad dentro de los diversos sistemas jurídicos, e incluso actualmente dentro del derecho europeo, esta institución jurídica ha sido concebida como un sinónimo del derecho del tanto, y como tal se le ha regulado; sin embargo en ocasiones también es entendido como una especie más de los derechos de preferencia, lo que lleva a concebir a algunos tres clases de derechos de preferencia: el derecho del tanto, el derecho de preferencia por el tanto y el retracto.

Para los partidarios de considerar al retracto, como un derecho de preferencia, esta institución, el retracto, es la facultad que le asiste a un sujeto de subrogarse en los derechos adquiridos por un tercero, facultad derivada de un derecho previo, que fue violado en perjuicio del sujeto activo del mismo.

En mi opinión, y como quedará asentado en el desarrollo del presente trabajo, el retracto no debe ser considerado un derecho independiente y autónomo a las demás especies de los derechos de preferencia, es decir, no se trata de una nueva clase de derechos de preferencia, sino de un acto jurídico susceptible de actualizarse como resultado de la violación a un derecho del tanto.

El retracto debe su existencia al derecho del tanto, sin violación a este, no es posible que el retracto se actualice, de ahí que no pueda ser considerado como un derecho independiente, a mayor abundamiento, nuestros ordenamientos jurídicos vigentes no lo contemplan ni como un derecho, ni como la sanción que corresponde a un derecho de preferencia de origen real, salvo en el caso de la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio, que en su artículo 20 que lo concibe como una sanción, de ahí que no pueda ser equiparado a un derecho de preferencia.

El retracto puede existir, y debería actualizarse como la sanción lógica que corresponde a la violación del derecho del tanto en todos los casos, por ser un medio idóneo de subsanar el perjuicio sufrido por el titular de un derecho del tanto que fue violado y no como un derecho independiente.

Independientemente de lo antes expuesto, el presente trabajo de tesis tiene como finalidad analizar las características y elementos propios de cada derecho de preferencia consagrado por nuestro derecho civil mexicano.

CAPITULO I.-ANTECEDENTES HISTORICOS

CAPÍTULO I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La trascendencia de conocer el origen y funcionamiento de instituciones tan importantes como los derechos de preferencia radica, como dice Don José Arce y Cervantes, en que permite conocer los antecedentes jurídicos y doctrinales que hubo de tener en cuenta el legislador al tratar esta materia, ya que sin este conocimiento no sería fácil comprenderse la institución.⁴

En mi opinión es importante el estudio de los antecedentes que dieron lugar a los derechos de preferencia que conocemos hoy en día, en la medida en que nos permite conocer las circunstancias que dieron lugar a su nacimiento, y la motivación que tuvo el Legislador al incluirlo en nuestros preceptos legales.

Asimismo, derivado de este estudio es posible entender como la constante evolución de la sociedad, ha determinado también el desarrollo de la institución que nos ocupa, hasta dar lugar a los preceptos legales que la rigen actualmente.

⁴José Arce y Cervantes. El Derecho del Tanto de los copropietarios. Revista de Derecho Notarial, número 53 (Diciembre de 1973), p. 97

Por otra parte, la falta de autonomía de los derechos de preferencia ha sido causa de que el momento de su aparición sea un poco obscuro, pues el nacimiento de dicha institución se condicionó a que, con anterioridad, se consolidaran las instituciones que los sustentan; de ahí la dificultad de encontrar el momento exacto en que se estableció esta institución jurídica.

Se puede sostener que los derechos de preferencia tuvieron sus antecedentes más remotos entre Los Hebreos, antecedentes que en orden de aparición parecen ser los más antiguos y su origen se debió a motivos religiosos y políticos; estas instituciones hebreas, se hicieron más ricas, más poderosas, al conjuntarse con la cultura Romana. Sin embargo, en Roma los derechos de preferencia tendían a proteger a la familia, pero sobre el supuesto del respeto a la voluntad de los particulares.

1.- EL DERECHO HEBREO:

A fin de efectuar un breve análisis sobre los antecedentes de derechos de preferencia que existieron inmersos en las instituciones jurídicas hebreas, se debe partir de la base de que para el pueblo hebreo Dios y la propiedad de la tierra juegan un papel primordial, Dios los ha elegido su pueblo predilecto y los ha dotado de la tierra como una gracia divina.

El derecho de propiedad del que son titulares individualmente los miembros del pueblo hebreo, ha sido considerado por algunos estudiosos como "sui generis", en virtud de que a pesar

de tomar la apariencia de tal, se encuentra limitado en cuanto a la disposición y el dominio directo sobre los bienes.

Se dio al derecho de propiedad la cualidad de ser perpetuo, y por lo mismo limitado dado que el titular no podía enajenar libremente su derecho porque entonces dejaría de ser perpetuo, aunque ello no quiere decir que estuviere prohibida la enajenación, más bien estaba condicionada al tiempo, a la llegada del nuevo jubileo. El jubileo era el año quincuagésimo o el siguiente al cumplimiento de siete semanas de años, en el cual las propiedades enajenadas volvían al dominio de los vendedores; “El año del jubileo todos han de recobrar sus posesiones”⁵.

“En otras palabras entre los hebreos, la propiedad se reconocía AD PERPETUAM y el propietario sólo podía transmitir su derecho de manera limitada en cuanto al tiempo. La única transmisión definitiva de la propiedad era la transmisión MORTIS CAUSA en favor de los herederos, la cual venía a ser la confirmación del principio de perpetuidad de la propiedad”⁶.

Se buscaba evitar el que, en determinado momento, alguna de las tribus se llegara a colocar en plano de desigualdad y pobreza con respecto a las demás, lo que podía llegar a ser causa de distanciamiento y separación con respecto a otras tribus y que, en última instancia, sería en detrimento de la unidad de los pueblos.

⁵Zepeda Trujillo Enrique, “El Derecho del Tanto”, México, Editorial Libros Mexico, 1961, p. 433

⁶Levitico, Antiguo Testamento, Sagrada Biblia, de la Editorial La Católica, Madrid 1974, Capítulo XXV, Versículos 10 y 13

El derecho hebreo dispuso a su vez que el vendedor y sus parientes cercanos, tenían la facultad de anticipar el plazo de reivindicación de la cosa enajenada, a su entera voluntad y redimir o rescatar la cosa vendida; con esto, prácticamente se dejaba sin defensa al comprador.

“... Si empobreciendo a tu hermano vendiere su pequeña propiedad, si lo quisiere un pariente suyo, puede redimir lo vendido por el otro. Más, en el caso de no tener pariente cercano, si él mismo puede hallar el precio con que redimiría, computará los frutos caídos desde la venta y pagará el resto al comprador, y con esto recobrará su posesión”.⁷

En el capítulo XXV del levítico, se señala lo siguiente:

“29 Si vendiere uno una casa en ciudad amurallada, tendrá derecho al rescate durante un año a partir de la venta; su derecho al rescate durará un año entero. 30 Si la casa situada en ciudad amurallada no es rescatada dentro del año completo, será por siempre del que la compró y de sus descendientes; no quedará libre el año del jubileo.- 31 las casas de los pueblos no amuralladas serán tenidas como feudos de tierra, podrán ser rescatadas y serán liberadas el año del jubileo. 32 Por lo que hace a las ciudades de los levitas, las casas que en ellas tengan los levitas serán perpetuamente rescatables”.⁸

⁷Ibid

⁸Ib Op. Cit Versículos del 24 al 27

En este sentido, el Licenciado Mario Moya Palencia indica lo siguiente:

“Como se ve, sólo la propiedad agraria o rústica era redimible en el jubileo, la propiedad urbana no, con excepción de las casas de los levitas. El retracto era una redención anticipada ejercitable en el plazo de un año a partir de la venta, y que las leyes mosaicas otorgaron como derecho tanto al enajenante como a sus parientes cercanos por orden de grado. ...Observase también en los paisajes del levítico una escrupulosa reglamentación de las condiciones para el ejercicio del retracto, tanto en el plazo cuanto en la indemnización que el adquirente debe dar y la computación de frutos para lograr un rescate absoluto...”⁹

De lo antes expuesto es posible encontrar en el derecho hebreo un antecedente de los derechos de preferencia, toda vez que se otorgaba la facultad de enajenar un bien, parte del patrimonio familiar, pero se sujetaba esta disposición a que con posterioridad se reivindicara el mismo; a su vez el comprador tenía la obligación de devolver el bien al vendedor o a sus parientes, es decir facilitar que el bien volviera al patrimonio familiar.

La preferencia se otorgaba entonces en favor del vendedor y sus parientes para la reivindicación del bien, de ahí que pueda ser considerado un antecedente del derecho del tanto, pues se trataba de un derecho real derivado de la ley y no del pacto entre los hombres, aún y cuando se haya tratado como retracto, lo cual se debe a una confusión conceptual y no a un tratamiento jurídico diferente: pues en muchas ocasiones la doctrina e incluso la ley consideran retracto y derecho del tanto como sinónimos, cuando en realidad el retracto tal y como lo entendemos ahora, es el resultado de la violación al derecho del tanto. Para efectos de lo expuesto en este trabajo, debemos entender que con retracto se ha querido expresar derecho del tanto.

⁹Moya Palencia Mario Expropiación privada, los Retratos, las preferencias por el Tanto. Tesis UNAM, 1955, p. 16

Por otra parte cabe resaltar que es un antecedente del derecho del tanto que conocemos actualmente, en virtud de que se trataba de una preferencia para la adquisición de un derecho real, pero difiere del derecho actual en el fin que perseguía que era restituir las cosas al patrimonio familiar y en que era un tanto injusto para el comprador que permanecía en un plano de completa inseguridad jurídica, ya que en cualquier momento podía verse obligado a desprenderse del bien; nuestra ley ahora prohíbe la retroventa y evita este tipo de inseguridad.

Para el Lic. Moya Palencia el retracto en el derecho hebreo presentaba dos aspectos:

“1.- No existía como consecuencia o sanción a la violación de un privilegio o preferencia, es decir, no se daba al enajenante o sus parientes un derecho de preferencia sobre los terceros, sino todo un derecho de expropiación... En el derecho israelita no había tal preferencia como elemento principal, si no que lo que hoy conocemos como sanción, retracto, era dado directamente; tras el contrato, el pariente podía subrogarse

2.- La segunda característica del retracto judaico es que se presenta como un derecho de sangre o de parentesco, exclusivamente. No se conocía entre los Hebreos el retracto de copropietarios o colindantes, ni el convencional, esto último a causa de que en realidad todas las ventas estaban sujetas a la redención”¹⁰.

¹⁰Ibid

2.- EL DERECHO ROMANO:

2.1.DERECHOS DE PREFERENCIA EN EL DERECHO ROMANO:

En la etapa primitiva romana no existen antecedentes claros de la institución de que se trata, en la etapa de los reyes, por ejemplo, el derecho consuetudinario romano no conoció antecedentes de preferencias, lo cual se ha constatado a través del estudio de la ley de las XII tablas, ya que al ser estas una recopilación de las costumbres anteriores a la república, de haber existido antecedente de derechos de preferencia durante los Reyes, éstas la hubieran recogido.

Durante la república el principal interés de los romanos se centró en buscar la certeza y publicidad de su derecho, lo que originó que se procediera a la recopilación conocida como LAS DOCE TABLAS; por otra parte se luchaba también por la igualdad entre Patricios y Plebeyos por lo que esta situación no era compatible con el establecimiento de privilegios, ni derechos de preferencia, que acrecentaran la diferencia.

En el Imperio, existían ya ciertas manifestaciones que pueden servirnos de antecedente a la institución que nos ocupa, tal es el siguiente caso:

En Roma existía la institución jurídica denominada la "*Additio In Diem o In diem Additio*", que adoptaba la forma de una condición resolutoria según la cual, celebrado un contrato de compraventa, si en determinado plazo un tercero ofrecía mejor precio al pagado por el comprador, se resolvía el contrato.

Al respecto el Maestro Zepeda Trujillo señala: "La Adición en día por su parte, trataba de proteger y establecía un derecho en favor de la familia, pero esto no quiere decir que fuera justo, pues tal protección se lograba lesionando al comprador.

Para atemperar esta injusticia, el genio Romano ideó un complemento que estatua un derecho en favor del comprador, consistente en la preferencia que éste tenía para contratar en las mismas condiciones que proponía a un tercero, por lo que el vendedor debe informar de ello al comprador que tiene la preferencia"¹¹

Es aquí, en el complemento a la "*Additio in diem*", que señala el antes mencionado autor, donde encontramos un verdadero derecho de preferencia. Preferencia que se estableció para evitar la inseguridad jurídica en que quedaba el comprador y que es un antecedente histórico de los actuales derechos de preferencia, en virtud de que concedía al comprador la posibilidad de ser preferido para la adquisición del bien, si cumplía con la condición de dar tanto como ofrecía el tercero.

¹¹E Zepeda Op Cit .p 433

La similitud con nuestro derecho actual radica, en que el comprador originario debía ser preferido en igualdad de condiciones a un tercero y el deber a cargo del vendedor, primero de informar y después de preferir al comprador, esta es la primera manifestación del derecho del tanto, y decimos lo anterior por que adquiría la forma de un derecho real, de un derecho cuyo ejercicio era exclusivo de su titular, del comprador, por el sólo hecho de haber celebrado un acto jurídico y oponible a todo el mundo, principalmente frente al tercero que deseaba adquirir el bien de que se trataba.

En virtud de que el derecho romano se preocupó fundamentalmente por su tendencia a la protección de la familia, la propiedad en Roma se entendía como parte del patrimonio familiar y necesariamente se suponía que al defender al vendedor, por lo general el Paterfamilias, se preservaban los intereses del Núcleo Familiar.

Existía en Roma también un pacto semejante a la "Adición en Día" que estaba consagrada por las leyes del Toro y por la ley 75 "*De contrahenda emptione*" la cual establecía que, "para el evento de que el comprador deseara vender la cosa, era preferido el primer vendedor, es decir, se establece contractualmente también, el derecho del tanto en favor del vendedor".¹²

¹²Sancho Llamas y Molina, Comentario de las Leyes de Toro, Tomo II, Numero 11, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores, 1853, p. 433 y 434

Es posible que esta disposición obedeciera a una intención de devolver el bien al patrimonio familiar, que inicialmente se había visto disminuido con la salida del mismo.

Esta ley de Contrahenda emptione la trasladada el Emperador Justiniano para plasmar en su código dos especies de derechos de preferencia:

a) Les concede preferencia en la venta de los bienes que hacían los vecinos de algún barrio, a los otros vecinos que vivían en ese barrio:

En mi opinión la finalidad que podía perseguir este tipo de preferencia era, la de evitar el desmembramiento de la propiedad, tratar de juntar la propiedad en unas cuantas manos, y al mismo tiempo evitar los inconvenientes que esto generaba, aunque en este caso no estamos frente a una copropiedad propiamente, si se trata de una división, y esta institución puede ser considerada como un antecedente del derecho del tanto.

b) Si el enfiteuta deseaba vender las mejoras que había hecho a la cosa dada en enfiteusis, o el dominio útil, antes de efectuar dicha venta, debía obtener el consentimiento del señor del dominio directo, quien gozaba de un plazo de dos meses para dar su consentimiento en la realización de la venta, o entregar al enfiteuta el precio que el otro le daba por las mejoras o enfiteusis, y en caso contrario, podría celebrar el enfiteuta la venta con el tercero, con la limitación de que éste no fuera de las personas que tenían prohibido adquirir por enfiteusis.

En mi opinión, en este caso se daba preferencia en favor del señor del directo dominio para evitar la intromisión de terceros extraños a la relación jurídica, con lo cual se asemeja a nuestro actual derecho del tanto, cuya finalidad es entre otras la misma.

Otro ejemplo del reconocimiento que las disposiciones legales daban a la existencia de derechos de preferencia, la encontramos en la ley 3 de los emperadores Dioclesiano y Maximiano la cual "Hablando del condómino o socio, afirman es absolutamente falso que la porción de un predio común, antes de hacer la división no se puede vender a un extraño, sino solamente al socio o compañero..."¹³; si bien se está admitiendo la posibilidad de venta de un bien en favor de terceros ajenos a la copropiedad, se parte de la base de que existe un derecho previo de preferencia en favor del condómino o socio.

En este mismo sentido, en la ley 16 de Gayo se establece que, en las ventas judiciales, "En concurrencia de un extraño, es preferido el acreedor o pariente del vendedor y entre estos el acreedor, y en caso de ser dos los acreedores el que lo fuese en mayor suma"¹⁴, esta es otra especie del derecho del Tanto legal, donde es posible apreciar una preferencia que se otorga en favor del acreedor o sus parientes, con lo cual parece que no se busca ni la restitución de los bienes al patrimonio familiar, ni la consolidación de la propiedad, si no más bien beneficiar al acreedor que ya se había visto afectado con el procedimiento judicial.

¹³E Zepeda. Op Cit. p 434

¹⁴Ibid

Finalmente, cabe mencionar que en el derecho romano es común oír hablar del retracto, institución donde es posible apreciar una forma de preferencia o primacia, pero tal y como dije anteriormente la regulación de esta institución coincidía con la que actualmente es dada al derecho del tanto, de tal forma que el concepto retracto obedece, a que eran catalogadas ambas instituciones como sinónimos.

El retracto tal y como lo entendían los romanos se encuentra, entre otros casos, en la condición resolutoria que señalaba que "El vendedor se reserva el derecho de resolver la venta, restituyendo el precio al comprador en cierto plazo, o en cualquier época".¹⁵

Con el establecimiento legal de esta condición, se da la facultad al vendedor de retrotraer nuevamente a su patrimonio el bien vendido, de volver las cosas al estado que guardaban antes de la celebración del acto jurídico. Este derecho en favor del vendedor es el Retracto, aún y cuando no tomaba la forma de una consecuencia de la violación de un derecho previo del preferencia el cual, en definitiva dejaba en estado de inseguridad al comprador, pues el retracto no se generaba de la violación a un derecho, sino de la manifestación de voluntad del vendedor, hasta cierto punto arbitraria, en aras de devolver las cosas al patrimonio familiar.

Continuando con los antecedentes de los derechos de preferencia, analizaré ahora las manifestaciones de estas instituciones que se dieron en otros ordenamientos jurídicos.

¹⁵Ley 2.ª De pact. Empt. . IV-54

3.- EL DERECHO FRANCÉS:

Al derecho francés en sus orígenes debe ser entendido como un derecho fundamentalmente consuetudinario, consecuencia de la fusión de instituciones romanas-vigentes en principio- y costumbres bárbaras que penetraron en su territorio, debido a las invasiones de que fueron objeto los pueblos integrantes del imperio romano.

Las costumbres de París, Normandía, Bretaña y de Orleans, fueron las más importantes en territorio francés, dichas costumbres llevaron a dos grandes tendencias en su aplicación a los juristas franceses; en el norte del territorio predominaron costumbres de corte germánico, en donde se vio con toda claridad la aplicación de los retractos, entendidos como derechos de preferencia y no como consecuencias a la violación de un derecho del tanto, porque para el derecho europeo en su mayoría, al tratar al derecho del tanto lo concibe conceptualmente como retracto, lo cual es posible de apreciar en la mayoría de los textos franceses y españoles, más no es el mismo concepto que en nuestro derecho positivo. En cambio en el sur predominó el derecho Romano.

3.1- ESPECIES DE DERECHOS DE PREFERENCIA EN EL DERECHO FRANCÉS:

Robert J. Pothier ¹⁶ señala como los retractos más importantes los siguientes.

3.1.A. EL RETRACTO SEÑORIAL O FEUDAL.

El retracto señorial o feudal es aquel que le asistía al Señor Feudal sobre un feudo otorgado por el a un siervo para su explotación, si éste lo vendía, operaba entonces el mencionado retracto señorial, teniendo el Señor feudal el derecho de recuperar dicho feudo e incorporarlo nuevamente al feudo dominante, con la obligación de restituir el precio al comprador y los gastos que este hubiese hecho por dicha compra.

Sólo gozaban de este derecho los señores que tuviesen por lo menos el título de castellanos; los eclesiásticos gozaban de éste derecho siempre y cuando fuesen señores feudales; el rey podía ejercitar este derecho en su calidad de señor, gozando asimismo del privilegio de no ser retrotraído.

Los contratos que daban origen al retracto eran la venta, la dación en pago, las donaciones remunerativas, las onerosas y el arrendamiento a renta redimible.

¹⁶Robert Joseph Pothier, Coutume d'Orleans, Tomo VIII "Tratado de los Retractos", Traducido por D. Manuel Peó, anotado y concordado por D. Antonio Elias de Molins, Imprenta de la Viuda e hijos de J. Subirama, Barcelona España, 1883 y Tomo III "de las Obras de Pothier", por M. Bugnet, 2ª Ed. Imprenta del Emperador, Paris, 1861 p. 6

Los plazos para que el titular del derecho ejercitara éste, eran de veinte a sesenta días, según fuese indicado por las costumbres en específico, y el plazo se contaría a partir de que el adquirente del feudo, fuese a rendirle fe y homenaje al señor feudal dueño del feudo dominante. En caso de que no se le rindiese homenaje, dicho derecho prescribía en treinta años, pero en cambio si el señor feudal aceptaba como siervo al adquirente de dicho feudo al rendirsele la fe y el homenaje, el señor feudal perdía su derecho de retracto.

Esta especie de retracto en el derecho francés, tenía por origen el derecho real que asistía al señor feudal, sobre el feudo de su propiedad otorgado en favor de su siervo, derecho oponible a todo aquel que adquiriera el feudo del siervo.

Este derecho estaba, en mi opinión, motivado por la intención de restituir el bien al feudo dominante de donde había salido, pues justo era que si el señor feudal se había desprendido de él, lo recuperara, más creo que esta institución no es propiamente un antecedente del derecho de preferencia objeto del presente estudio, toda vez que el señor feudal no era preferido para adquirir el bien que había entregado previamente a su siervo, en caso de que este lo deseara enajenar, por lo contrario el señor feudal era el propietario del bien que deseaba enajenar o que se había transmitido a su siervo y en ejercicio de ese derecho real de propiedad, el señor feudal tenía la facultad de perseguir el bien y reincorporarlo a su patrimonio.

3.1.B. EL RETRACTO CONVENCIONAL:

Este retracto convencional nace de un acuerdo de voluntades en la venta de alguna herencia, en la cual el heredero se reservaba el derecho de retracto para si o para sus herederos, al momento en que el adquirente o sus sucesores desearan enajenar los bienes de la herencia objeto de dicha venta, dando su oferta como contraprestación.

Este retracto, a diferencia del anterior, si es un antecedente claro de nuestro derecho de Preferencia por el tanto, toda vez que ambos tienen como fuente la voluntad de los contratantes y son derechos personales derivados del consentimiento de las partes, pero difiere del actual en el sentido de que éste considera al derecho de preferencia derivado de la sucesión, como un derecho del tanto que surge por disposición legal y no por acuerdo de voluntades.

3.1.C. EL RETRACTO GENTILICIO O CONSANGUÍNEO:

Este retracto consistía en el derecho del pariente del enajenante, no importando el grado de parentesco, de retrotraer la heredad enajenada, a condición de reembolsarle tanto el precio como cualquier gasto ocasionado al adquirente.

El plazo para ejercitar dicho derecho dependía de la costumbre, habiendo plazos de sesenta días, tres meses o incluso un año, que era lo más común.

Estaban sujetas a este derecho todas las fincas ubicadas tanto en poblado como en despoblado, este derecho recaía sobre bienes raíces, no sobre muebles; tampoco lo estaban los créditos, ni los frutos adheridos al árbol, ni los árboles por cortar que formaban parte de una finca sujeta a retracto.

Los contratos que daban origen al retracto eran los de compraventa y los actos equivalentes a la misma, así como aquellos en que predominara la naturaleza de dicho contrato. Tanto las ventas voluntarias como las forzadas daban origen al retracto (un caso de venta forzada sería el que el testador obligara al heredero a vender a determinada persona un bien que formara parte de la herencia). A su vez la venta decretada por sentencia sobre bienes embargados estaba sujeta al retracto, no estándolo aquellas ventas realizadas por causa de utilidad pública.

Se consideraban como equivalentes a la compraventa y por lo mismo originaban el retracto, los siguientes:

a) el contrato por el que se vendía una finca por una renta vitalicia;

b) la permuta de una heredad por cosas muebles;

c) la insolutundación, que consistía en que el deudor diera a su acreedor una heredad, en pago de cierta cantidad de dinero o de otras cosas muebles que debiera (dación en pago);

d) las donaciones remuneratorias u onerosas; y

e) el arrendamiento a renta redimible.

No se equiparaban a la compraventa y por consiguiente no estaban sujetos a retracto:

a) la permuta de una finca por otro inmueble;

b) el arrendamiento;

c) la aportación que se hiciera de una finca a una sociedad,

d) las donaciones puras y simples;

e) la transacción por virtud de la cual una de las partes que se disputaba la propiedad de una finca, la dejaba a la otra parte mediante una cierta cantidad; y

f) la licitación entre copropietarios, cuando una finca correspondía en común y en virtud de un título también común, a dos propietarios de diferente familia y por virtud de la licitación uno de ellos se volvía propietario de la totalidad.

Por lo que respecta a la persona que podía retrotraer, se afirmaba que cualquiera que fuera de la familia del vendedor, estaba facultado, no importando el grado de parentesco, y si la costumbre no lo determinaba expresamente; en la mayoría de las costumbres se concedía a los parientes más próximos derecho preferente para adquirir con respecto a los más lejanos; en el caso de que dos o más parientes del mismo grado demandaran el retracto, se prefería al que lo hubiera hecho primero.

El retracto podía ejercitarse contra el adquirente extraño o contra sus herederos u otros sucesores, mediatos o inmediatos, universales o particulares.

El plazo para hacer uso del derecho variaba según las costumbres, algunas como la de Auvergne señalaban tres meses, la de Berry, sesenta días, estableciendo la mayor parte de las costumbres el plazo de un año.

Para la mayoría de las costumbres el retracto se ejercía mediante el emplazamiento de la demanda presentada ante juez competente, demanda que se debía dirigir contra el comprador o tercer redentor, para que hiciera entrega de la finca, con la promesa de reintegrar al comprador el precio de su adquisición y los gastos legítimos en que hubiese incurrido.

El precio que el retrayente debía pagar era el que el comprador pagó por la cosa, de conformidad con el contrato que éste había celebrado. Esta especie de retracto tenía su origen igualmente en un derecho real a favor del pariente.

El derecho francés, circunscribe los derechos de preferencia en el retracto, entendido como la facultad que asistía a una persona de atraer a su patrimonio un bien enajenado por su poseedor o propietario a un tercero, mediante el reembolso de la cantidad o bienes entregados en pago por el tercero, más los gastos en que este hubiere incurrido por tal motivo.

4.- EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN:

El veintiuno de Marzo de 1804 fue promulgado el llamado Código de Napoleón, que fue el primer Código Civil que tuvo Francia; dicho código, que se basaba fundamentalmente en costumbres generales y también en algunas particulares, conservó únicamente algunos retractos del derecho Francés; como era el retracto entre (1) Coherederos, el retracto entre (2) comuneros, todos de origen real, (3) así como el pacto de retroventa, único de origen personal.

A fin de continuar con la exposición de este tema, cabe aclarar que tal y como lo mencioné anteriormente, para el código de Napoleón el concepto "retracto" continúa siendo la expresión conceptual del derecho de preferencia.

A continuación detallo algunos de los preceptos más importantes que consigna este Código, respecto de las formas de retracto aludidas.

4.1. RETRACTO ENTRE COHEREDEROS:

El Artículo 841, referido a la materia de sucesiones señala lo siguiente:

"Toda persona, incluso pariente del difunto, que no sea sucesible y a la cual le hubiere cedido un coheredero su derecho a la sucesión, puede ser

excluida de la partición, ya sea por todos los coherederos, ya sea por uno solo, reembolsándole el precio de la cesión.”

El precepto transcrito consagra un derecho de preferencia en favor de los coherederos en una sucesión, para la adquisición de los bienes dejados como herencia, oponible a cualquier tercero que hubiese adquirido la facultad de concurrir a la sucesión de manera indirecta y no por llamado del de cuius, mediante el pago de una cantidad equivalente al valor de los bienes que le corresponderían en la partición.

En mi opinión, la finalidad perseguida por este precepto es la de evitar la intromisión de terceros extraños a la copropiedad originada con motivo de la sucesión, y por esto es de alguna manera un antecedente de nuestro derecho del tanto, también en el sentido de que gracias a la regulación de este derecho de preferencia, se fomentaba la consolidación de la propiedad dividida entre los coherederos en unas cuantas manos, tal y como sucede actualmente.

4.2. RETRACTO ENTRE COMUNEROS:

ARTÍCULO 1408.- “... En el caso de que el marido llegare por sí solo, y en nombre personal, a ser adquirente o adjudicatario de una parte o de la totalidad de un inmueble perteneciente pro indiviso a la mujer, éste al disolverse la comunidad, tiene la elección de abandonar el efecto de la comunidad, la cual se convertirá entonces en deudora para con la mujer de la

parte perteneciente a ésta en el precio, o retraer el inmueble, reembolsándole a la comunidad el precio de la adquisición”.

Este artículo consagra el retracto entre comuneros, en el cual se daba la facultad de deshacer la copropiedad mediante la adquisición preferente del inmueble, finalidad que, como dejaremos asentado en este trabajo, persigue nuestro derecho vigente en algunos casos.

4.3. PACTO DE RETROVENTA:

Finalmente el precepto que transcribo a continuación, hace referencia al pacto de retroventa, el cual es la manifestación de un derecho personal producto de un pacto entre los participantes en una compraventa, por virtud del cual el comprador se obliga a restituir al vendedor el bien comprado, adquiriendo por consiguiente el vendedor la facultad de retrotraer a su patrimonio el bien vendido inicialmente.

ARTÍCULO 1659.- “La facultad de retraer o retracto, es un pacto por el cual se reserva el vendedor el recobrar la cosa vendida, mediante la restitución del precio principal y el reembolso de lo que se habla en el artículo 1673 (los gastos legítimos de la venta, las reparaciones necesarias y aquellas que hayan aumentado el valor del bien) ”.

En mi opinión, esta institución no consagra el derecho de preferencia como lo concebimos actualmente, toda vez que se trata de un derecho adquirido por el vendedor como resultado del contrato, de recuperar el bien vendido, sin embargo, el artículo parece indicar que la readquisición estará sujeta a la voluntad del vendedor, por lo cual no lo considero un derecho de preferencia, toda vez que el comprador no está obligado a preferir al vendedor originario en caso de una posible enajenación, sino que está obligando a devolverle el bien aún en contra de su voluntad, lo cual en definitiva deja al comprador en un estado de inseguridad jurídica.

Aún y cuando no considero a esta institución un antecedente del derecho de preferencia, si no más bien del pacto de retroventa prohibido actualmente por nuestro derecho positivo, hago mención a él en este apartado, por ser considerado por algunos estudiosos como un verdadero antecedente de los derechos de preferencia, pues contemplan que la facultad de retrotraer el bien responde a un derecho de preferencia y no a un injusto pacto entre las partes, como es mi criterio.

5.- ANTECEDENTES ESPAÑOLES:

DERECHO ESPAÑOL- ANTECEDENTE INMEDIATO DE NUESTRO DERECHO POSITIVO

Los derechos de preferencia, en particular el derecho del tanto que se conoce actualmente, es un legado del derecho español, en el cual se conoció un mayor desarrollo y perfeccionamiento de la institución que nos ocupa.

El conocimiento de estas instituciones en el derecho español es importante para nosotros en virtud de que fue el panorama imperante en el México colonial hasta la independencia jurídica.

Dentro del derecho español al tratar sobre los Derechos de preferencia, se concibió al derecho del tanto y al retracto como instituciones que buscaban "evitar el desmembramiento de la propiedad", sin embargo al mismo tiempo que les daba una misma connotación conceptual, se les confundía e incluso les daba el carácter de sinónimos.

Los ordenamientos jurídicos vigentes en esa época, consideraban al derecho del tanto y al retracto como un mismo derecho y su distinción radicaba en su ejercicio, antes o después de celebrado el contrato que les daba sustento; más adelante esta distinción se llegaría a perder, más aún porque generalmente era después de celebrado el contrato que daba origen al derecho de preferencia con un tercero, cuando se ejercitaba el retracto, de ahí que se diera también una

mayor importancia al retracto, y se le considerara como un derecho de preferencia y no como una consecuencia del no ejercicio del primero.

A fin de comprender mejor el concepto que la legislación española tenía acerca de los derechos de preferencia, se impone la necesidad de investigar la especial situación que motivó su nacimiento, y que lo mantuvo tan arraigado en la organización social de la Edad Media, para este fin analizo muy brevemente al feudalismo.

Para lograr el máximo de cohesión y fortalecimiento del feudo, se hacia necesaria la perpetuación del núcleo feudal por medio y a través de la descendencia familiar; se luchaba por preservar el patrimonio indivisible y el camino para lograrlo era el de tratar de revestir a dicho concepto de la cualidad de perpetuo, que tenía la propiedad hebraica; así se opta por una solución intermedia que se manifiesta en:

5.1. EL MAYORAZGO:

El Mayorazgo es definido por el Lic. Antonio de Ibarrola como:

“Un derecho de suceder en los bienes dejados, con la obligación de que se han de quedar en la familia perpetuamente y pertenecer al próximo primogénito por orden sucesivo”¹⁷.

Esto es, el mayorazgo es una institución por virtud de la cual, un sujeto podía adquirir un bien o un derecho en sucesión, pero esa adquisición estaba limitada a la obligación de mantener los bienes o derechos dentro de la familia a perpetuidad.

Por lo antes expuesto se puede considerar que el Mayorazgo, consagraba un Derecho de preferencia en favor de los miembros del núcleo familiar para la adquisición de los bienes integrantes del patrimonio familiar, como un derecho real oponible a toda persona ajena a la familia, situación tendiente a conservar los bienes en ella a perpetuidad.

Sin embargo en mi opinión más que un derecho de preferencia debe entenderse como una forma de limitación de la propiedad; el titular de los bienes en el ejercicio de su derecho real de libre disposición y dominio, tenía la facultad de ordenar que éstos permanecieran a perpetuidad dentro de su núcleo familiar, lo cual no quiere decir que estuviese otorgando a sus descendientes el derecho de preferencia, ni la adquisición de los mismos oponible a terceros interesados; en todo caso era una forma de prohibir a sus sucesores la enajenación del patrimonio familiar en aras de mantener la unidad patrimonial.

¹⁷Antonio de Ibarrola, *Cosas y Sucesiones*, Ed Porrúa, México 1947, p 156.

5.2. EL TANTO Y EL RETRACTO DE ABOLENGO:

Es una de las primeras instituciones basadas en la política proteccionista del patrimonio familiar, que había adoptado la Edad Media y se da en favor de los parientes hasta el cuarto grado. Se formó con los precedentes establecidos por el derecho de redención de los hebreos, transportado por el Cristianismo al derecho romano.

Consistía básicamente en el derecho de preferencia que se concedía a los parientes en caso de una enajenación, precisamente para evitar que los bienes salieran del patrimonio familiar.

Así lo consagran las leyes I y II del título XIII, libro X de la Novísima Recopilación que señalaban:

“Todo hombre que heredad de patrimonio o abolengo quisiere vender, y alguno de aquel abolengo la quisiere comprar tanto por tanto, háyala él antes que otro alguno: si dos o más la quisieren, si son el igual grado de parentesco, partanlo entre sí; y si no fueren en igual grado, háyala el más propinquo...”¹⁸

¹⁸Ley I, Tit XIII, Libro X Novísima Recopilación. Librería de Salva. P. 256. Paris 1846. Tomo 4

En este caso se nota la ausencia de la obligación de notificación que señala nuestra ley actualmente, tal vez esto se deba a que se suponía que todos los miembros de la familia, conocían los bienes que formaban el patrimonio de ésta; y también omite hacer mención respecto de la sanción por violación al derecho de preferencia, aunque en palabras del maestro Leopoldo Aguilar Carvajal "...es muy probable que obligara a los Notarios y éstos no pudieran autorizar la compra venta si no era en favor del pariente".¹⁹ Y además no se le dio mucha importancia a la sanción por violación al derecho, dada la existencia del retracto, es decir de la facultad de retrotraer al patrimonio familiar el bien que había, indebidamente salido de él.

5.3.- EL TANTO ENFITEÚTICO:

Es el único que puede considerarse como un derecho del tanto completo, pues en dicha especie se encuentra la obligación en sus diversos aspectos, como son:

1) El deber a cargo del que pretende vender, de notificar al señor del directo dominio para darle la oportunidad del ejercicio del derecho de preferencia y:

2) de hacer la notificación con una anticipación de dos meses.

¹⁹L. Aguilar. Op. Cit p. 34

Por último existía una sanción, consistente en que el contrato celebrado en contravención del derecho del tanto establecido, era nulo.

El tanto enfiteútico, se encuentra consagrado en la Ley 29, Título 7, Partida 5, como un derecho tendiente a restituir un patrimonio desmembrado al estado que guardaba anteriormente.

Sin embargo, con posterioridad siguió la misma tendencia de aplicación que en los otros casos, convirtiéndose en equivalente del retracto, al permitirse retrotraer del tercero extraño el bien, en caso de violación al derecho de preferencia, eliminando con ello la sanción de nulidad inicialmente señalada; con esta situación, vemos ya un antecedente claro de la aplicación del retracto como medio de sanción a la violación de un derecho de preferencia, situación que debería mantenerse actualmente.

Lo antes expuesto, se encuentra consagrado en la Ley 74 del Toro.

5.4. EL TANTO Y EL RETRACTO DE COMUNEROS:

La ley IV de la partida V, Título V y su complemento en las leyes 74 y 75 de las leyes del Toro, se da cabida al derecho del tanto y de retracto dentro de la copropiedad, que preferían al

comunero para la adquisición de la parte alicuota del enajenante sobre terceros, lo cual creo debe haber estado motivado por el deseo de acabar con un estado de división de la propiedad.

A este derecho del tanto entre comuneros se le ha llegado a identificar con el de abolengo, dado que generalmente eran parientes los que adquirían como herencia bienes en copropiedad, sin embargo había casos en que los copropietarios no eran parientes, por lo cual es posible considerarlos dos derechos diferentes.

Esta institución es también, un antecedente importante del derecho del tanto entre copropietarios que consigna el derecho positivo.

5.5. EL RETRACTO CONTRACTUAL O PACTO DE RETROVENTA:

Se encuentra consignado en la Ley XLII, Título V partida 5 denominada "Por cierto precio", que era un acuerdo de voluntades por virtud del cual el vendedor, en una compraventa, se reservaba la facultad de recuperar el bien del comprador, cuando éste deseara enajenarlo nuevamente.

Miguel Alessio Robles considera al pacto de retroventa, como un derecho de tercero no preferencial, citando al maestro Carlos Cuevas Senties quien señala lo siguiente: "... el pacto de

retroventa no es en realidad un derecho de adquisición preferente sino el derecho unilateral del vendedor de deshacer la venta, recuperando así la cosa objeto de dicha compraventa".²⁰

Y yo comparto esta opinión, toda vez que el acuerdo no era el preferir al vendedor originario, si no el devolver el bien objeto de la primera venta, por lo cual no presenta similitud con el derecho del tanto tal y como lo conocemos actualmente, sino que es más bien un antecedente del pacto de retroventa que han prohibido nuestros ordenamientos jurídicos vigentes.

Finalmente analizo algunas disposiciones legales, respecto de los derechos de preferencia, que fueron consagrados en los principales cuerpos de leyes vigentes en España, y cuya aplicación conocemos en México antes de la comúnmente llamada, independencia jurídica.

5.6. LAS LEYES DE LAS PARTIDAS:

Tal vez la disposición más importante reguladora del derecho del tanto en las 7 Partidas, la encontramos en la Ley 55 Título V de la Partida V que señala:

"Dos omes o más, habiendo alguna cosa comunalmente de so uno, decimos que cualquier de ellos puede vender su parte, maguer la cosa non sea partida. E puedela vender a cualquier de los que han en ella ó á otro estraño, pero si alguno de los que han parte de la cosa, quisiesen dar

²⁰Miguel Alessio. Derechos Preferenciales en Derecho Mexicano. Revista de Investigaciones Jurídicas. N° 11. E L D . México 1987, p. 46

tanto por ella como el extraño. E la vendita del extraño se debe entender que puede ser fecha, ante que sean entrados en pleito de la parte. Casi el pleito fuere ya comenzado el juicio para partirla, entonce non la podría vender al extraño fasta que fuese partida fueras ende con otorgamiento de los otros compañeros".²¹

El maestro José Arce y Cervantes ha señalado seis características que configuran el derecho de preferencia, y las cuales se encuentran en ésta ley y son a saber:

1) Intención de venta de la parte alícuota;

2) Intención de venta a un extraño;

3) Parece tener lugar en toda clase de cosas, ya que la ley no distingue;

4) El derecho se da a un comunero, sin distinguir la porción que representa de la copropiedad;

²¹J Arce. Op Cit p 97

5) Para el comunero nace el derecho si quisiere "Dar tanto por ella como el extraño": la ley de partida no desea que el copropietario que pretende enajenar sufra un perjuicio patrimonial, ni que el adquirente tenga una ganancia, se limita sólo a la libertad del copropietario de elegir si comprar o no en los términos y condiciones establecidos por el vendedor;

6) Tiene lugar siempre que no haya comenzado pleito para dividir la cosa común.²²

En mi opinión, la institución jurídica plasmada en el precepto de las 7 partidas antes transcrito, constituye un claro antecedente de nuestro actual derecho del tanto que se manifiesta en la copropiedad, en virtud de que concedía una preferencia en favor del copropietario, aún y cuando no fija las reglas para preferir a uno a otro comunero en caso de concurrencia de varios.

Asimismo señala que el copropietario que desee hacer uso del derecho de preferencia, debe dar "tanto" como el extraño ofrece y en este sentido la similitud con el derecho del tanto actual se incrementa, pues como se estudiará más adelante, la regulación en este punto es la misma ahora que en las siete partidas.

²²Ibid p 98

Por otra parte el antecedente de que hable, difiere del derecho del tanto actual en diversos aspectos como son, la falta de regulación respecto del comunero que tiene derecho a adquirir en caso de concurrencia de varios, asimismo para las siete partidas no hay claramente diferenciada una obligación de notificar al o a los titulares del derecho del tanto.

Para Miguel Alessio Robles el bien jurídico tutelado por ésta ley, es la necesidad de restituir el estado natural de la propiedad, que ha sido mermado con la división de la misma en una copropiedad, se limita por esto el Derecho Real de disposición libre de la cosa, para evitar en caso de que un condueño pretenda enajenar- los conflictos que por naturaleza atrae la comunidad de bienes.²³

En esta opinión estoy de acuerdo, toda vez que es posible apreciar la intención del ordenamiento jurídico en estudio, de acabar con la división de la propiedad, mediante el establecimiento de una preferencia, de ahí otra similitud con el derecho del tanto que conocemos actualmente.

5.7. LEYES DEL TORO:

La disposición más importante señalada por éste precepto, referente al tema en estudio la encontramos en la Ley 75 del Toro establecía:

²³M. Alessio, Op Cit. p. 49.

“Si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene común con otro, en caso que según la ley de la partida pudiere el comunero sacar por el tanto, sea obligado el que quisiere sacar, que, consignar el precio é término con las diligencias o solemnidades...”²⁴

Respecto de esta ley, creo importante resaltar algunos aspectos los cuales representan una similitud o diferencia, con nuestro derecho del tanto como son los siguientes:

1.- Supone la existencia de una copropiedad sobre inmuebles, nuestro derecho positivo, respecto del derecho del tanto entre copropietarios supone lo mismo;

Benito Gutiérrez Fernández señala al respecto, que el retracto regulado por esta ley debe entenderse destinado a la comunidad de bienes inmuebles, y que del mismo precepto podemos desprender un derecho especial o preferente del condueño que tiene una participación mayor dentro de la copropiedad.²⁵

²⁴J. Arce, Op Cit p 99

²⁵Gutiérrez Fernández Benito, Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español Madrid 1968, Tomo II, p 400

2.- Implica la existencia de una venta celebrada entre el copropietario y un tercero, con exclusión de los titulares del derecho del tanto.

3.- Faculta al comunero preterido a deshacer la venta y recuperar su derecho, en esta ley podemos apreciar la reglamentación del retracto entendido como una sanción necesaria ante la violación del derecho del tanto.

4.- Obliga al comunero que desea ejercitar el derecho del tanto, a consignar el precio dado por el tercero, con las diligencias y solemnidades.

Finalmente en este aspecto nuestros ordenamientos, específicamente respecto al derecho del tanto, son omisos en cuanto a la forma de consignación del precio de la cosa, por lo que es necesario referimos a las reglas generales que, para estos efectos señala nuestro derecho.

Como se desprende de lo antes expuesto, esta institución constituye un claro antecedente, no solo del derecho del tanto en la copropiedad, sino de la aparición del retracto ya no como sinónimo del derecho del tanto, sino como la posible sanción al incumplimiento de un derecho del tanto.

5.8. LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN:

Publicada por cédula del 15 de Julio de 1805 por Carlos IV, dedica el título XIII del libro X al estudio de los retractos y derecho de tanteo.

Las leyes I y II se refieren al retracto de abolengo, antes mencionado y al plazo para ejercitarlo; la ley III señala que el retracto tiene lugar en bienes heredados y no en los adquiridos por el vendedor en contrato entre vivos; la ley IV (proviene de la ley 70 de Toro), amplía el derecho de retracto a las cosas vendidas en almoneda.

La ley V, libro X de la Novísima Recopilación, establecía que si muchas cosas fueren vendidas por un sólo precio, el contrayente podía retrotraer todas y no una sola, pero que si lo fuere por diversos precios, el retrayente podía sacar las que quisiera; la ley VI preceptuaba que si se trataba de cosas de venta al fiado, se podrían sacar al tanto fiado. Por otra parte las Leyes VII y VIII establecen el orden de los parientes a quienes se concede el retracto gentilicio; y la IX ordenaba que en el retracto entre comuneros, el que lo quisiere sacar, consignara el precio en el tiempo y término.

Finalmente y a efecto de síntesis de lo antes planteado, la doctrina ha encontrado en Derecho Español las siguientes características del retracto:

a) El retracto es la sanción lógica y única para el caso de violación al derecho del tanto, por lo cual se ejercita después de la celebración del contrato. Aún y cuando no en todos los casos, los ordenamientos jurídicos españoles entendieron así al retracto, pues la mayoría de las veces lo

consideraron un sinónimo del derecho del tanto y sólo en casos como las leyes del Toro fue verdaderamente una sanción a la violación del derecho del tanto.

b) El plazo para su ejercicio, salvo en el caso del retracto contractual era de nueve días.

c) Debía jurarse que la cosa objeto de retracto la quiere quien lo ejerce, para sí.

d) Debía pagarse además del precio, los gastos en que haya incurrido el comprador.

e) No era aplicable a las permutas.

f) Se aplicaba también en los remates.

g) La prelación para el ejercicio del retracto en caso de varios titulares era .

1.- El señor del directo dominio,

2.- el superficiario;

3.- el comunero;

4.- el pariente.

h) Si concurrían varios titulares del mismo derecho de preferencia al retracto, lo ejercitaban conjuntamente.

6.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS MEXICANOS Y LA LEGISLACIÓN MEXICANA ACTUAL:

6.1. EL CÓDIGO CIVIL DE 1870:

Con el código Civil de 1870 se acaba el retracto gentilicio consagrado por el derecho español, en virtud de que el status familiar que le había dado origen había comenzado a caer en decadencia, a la par que van desapareciendo las variedades de derechos preferenciales regulados por el derecho español, dando preeminencia al retracto convencional o pacto de retroventa consagrado en el artículo 3035, el cual fijaba un plazo para su ejercicio que se podía ampliar a 5 años y lo restringió a bienes inmuebles.

Fuera del retracto anterior, parece que no deja vestigio de la gran variedad de retractos hasta entonces conocidos, de ahí que algunos autores consideren al código civil de 1870, como la clara manifestación de la decadencia del retracto, que en este caso va a ser sustituido por el derecho del tanto.

Respecto al derecho del tanto, el código de 1870 no ofrece una definición, se limita a plasmar su regulación en diversos preceptos, es decir señala una serie de reglas aplicables a instituciones jurídicas diversas, dentro de las cuales queda comprendido el derecho del tanto, careciendo la regulación de este derecho de orden y sistematización, más no por ello quiero decir que su regulación fuera incompleta o errónea.

Lo cierto es que el código de 1870, va a implicar el resurgimiento de la regulación del derecho del tanto, que se manifiesta en instituciones como la copropiedad, la sucesión y la sociedad por acciones, en las que existe un derecho de propiedad dividido entre varios titulares y en el usufructo y la aparcería rural en que las facultades y potestades, propias de los derechos de propiedad, se dividen entre varios sujetos.

Desde el antecedente más remoto de nuestra legislación civil, que es el código de 1870, es posible apreciar que el legislador mantiene la confusión de dos instituciones destinadas a la protección de un mismo bien, es decir, la preferencia, y son el derecho del tanto y el retracto, como lo habían hecho los antecedentes ya estudiados y como es tradición en el derecho europeo.

Lo anterior lo vemos en el sentido de que para el código de 1870, el retracto no es una institución tendiente a reparar o sancionar el incumplimiento o violación al derecho del tanto, sino como una manifestación del mismo, toda vez que para el derecho del tanto la sanción correspondiente a su violación era la nulidad o la rescisión del acto celebrado con el tercero, por tratarse de un objeto ilícito, y no por ser considerada una obligación incumplida de la que pudiera derivar una subrogación en los derechos adquiridos por el tercero, ajeno a la relación jurídica.

Lo expuesto es posible apreciarse en los artículos 2973 y 2974 del código de 70, respecto de la copropiedad, pero extensible a otras instituciones jurídicas como señalaré adelante.

ART 2973: Los Copropietarios de cosa indivisible no pueden vender a extraños su parte respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto”.

De este precepto se puede desprender, que la venta estaba condicionada a que antes el partícipe manifestara su voluntad de hacer uso del derecho del tanto o no, sino se le permitía el ejercicio de este derecho, la venta no era posible de celebrarse y de haberlo hecho, era posible la rescisión quedando fuera la posibilidad de consolidar el acto jurídico a través del retracto, tal y como podemos apreciarlo en el siguiente precepto:

ART. 2974: "En caso de contravención a lo dispuesto en el artículo anterior, podrá el copropietario preterido pedir la rescisión del contrato; pero solamente dentro de seis meses contados desde la celebración de la venta".²⁶

Por otra parte, el código de 1870 reguló el derecho del tanto en diversas instituciones, además de la copropiedad antes señalada, entre las cuales destacan:

1) EL TANTO EN EL USUFRUCTO Y LA APARCERÍA DE GANADOS.- Establece al respecto, que los contratantes en una aparcería de ganados o el usufructuario gozan del derecho del tanto con fundamento en los artículos 992 y 2473.

2) EL TANTO EN LA COPROPIEDAD, EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES Y EN LA SUCESIÓN.-

²⁶J Arce. Op Cit p 102

El derecho del tanto existía regulado en favor de los copropietarios, coherederos y socios por acciones por las disposiciones generales relativas al derecho del tanto para la copropiedad; sin embargo existían casos excepcionales para cada institución como los siguientes:

a) El artículo 2430 dispone que, el derecho del tanto puede ser ejercitado por los socios conjunta o separadamente;

b) El artículo 2431 aclaraba que los socios, en la sociedad por acciones, para el evento de que sean varios los que quisieren hacer uso del derecho del tanto, pueden ejercitarlo en la proporción que representen y establecen un plazo para el ejercicio de quince días, contados desde la fecha del aviso.

c) El artículo 2973, que establecía la prohibición a los copropietarios de vender a extraños su parte si el copartícipe quería hacer uso del derecho del tanto, señalando como sanción la nulidad del contrato celebrado en contravención al derecho del tanto;

d) El artículo 4106 indicaba que, el heredero o legatario que quisiere enajenar su parte, debería comunicar a sus coherederos o colegatarios las condiciones para la adquisición de la misma.

e) Por su parte el artículo 4107 establece un plazo de carácter excepcional para el ejercicio del derecho preferencial que nos ocupa entre los coherederos, que se limita a tres días y confirma la obligación al titular del derecho, de cumplir con las obligaciones adquiridas ante el vendedor.

f) El artículo 4108, establece que no existe derecho del tanto cuando la enajenación se hace a un coheredero, ni cuando se hace a un extraño por donación.

Cabe ahora resumir algunos aspectos importantes en cuanto a la regulación del derecho del tanto en el código de 70 son los siguientes:

a) El derecho del tanto se concedía, en favor del dueño y del enfiteuta en caso de venta o de dación en pago (artículo 3274), y tenía lugar incluso, tratándose de venta judicial.

b) se concedía el derecho del tanto a los coherederos en caso de enajenación (art. 4105 y 4107); y en este sentido cesaba su derecho, si la enajenación se hacía a un coheredero o se donaba a un extraño.

El código de 70 no da una definición del derecho del tanto, sin embargo para conocer algunos de sus elementos esenciales, el Maestro Leopoldo Aguilar Carvajal ha sintetizado la reglamentación del derecho del tanto, en los siguientes puntos:²⁷

1) Gozan del derecho del tanto: el usufructuario, los contratantes en la aparcería de ganados, los copropietarios, los coherederos y los accionistas en las sociedades por acciones;

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

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

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

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

²⁷M. Alessio Robles, Op Cit , p. 49

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

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

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

Por lo anterior se puede concluir que el derecho del tanto en el código civil de 70, estaba limitado al evento de que el copropietario quisiera celebrar un acto traslativo de dominio, pero a título oneroso, pues no se permitía el derecho de preferencia en la donación.

Por otra parte el derecho del tanto consagrado por el código de 70, perseguía como finalidad la consolidación de la propiedad dividida en unas cuantas manos, lo cual es posible constatar en la disposición que establecía como improcedente el tanto, en caso de que la enajenación se celebrara con otro coheredero, ya que con esto si se cumplía la finalidad del derecho de acabar con la división de la propiedad, fomentando su consolidación en unas cuantas manos.

Con todos estos aspectos, se ve en el derecho del tanto regulado por el código de 70, una gran similitud con nuestro derecho actual, de ahí que pueda ser considerado un antecedente importante; tal vez las diferencias radiquen en los plazos, en la forma de ejercicio del derecho.

6.2. EL CÓDIGO CIVIL DE 1884:

Este código mantiene, respecto del derecho del tanto una misma línea y criterio que el código de 70, el derecho del tanto adquiere cierto perfeccionamiento, en cuanto al retracto se conserva el retracto convencional.

EL TANTO EN LA COPROPIEDAD.

La reglamentación del derecho del tanto para los coherederos y para los socios en una sociedad por acciones no sufre cambios; por lo que respecta al derecho del tanto en la copropiedad, se manifiesta más estricto, tal vez motivado por la cada vez más frecuente celebración de actos, violatorios del derecho cuyo estudio nos ocupa.

Así el código de 84 introduce dentro de su artículo 2843 lo siguiente:

ART. 2843.- "A este efecto, el copropietario que enajene, notificará a los demás por medio de Notario o judicialmente sobre la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes haga uso del derecho del tanto. Transcurridos los 8 días, por el sólo lapso del término se pierde ese derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno".

En el código de 1884 se encuentra una regulación muy similar al código actual tanto; el artículo 2843 transcrito, como el 973 del código actual, señalan un mismo plazo para el ejercicio del derecho, una misma obligación de notificación a través de Notario o judicialmente y una misma sanción en caso de incumplimiento, sustituyendo la posibilidad de rescisión consagrada en el código de 70, por una nulidad para el caso de copropiedad, de la cual hablaré más adelante.

Asimismo complementa el contenido de la disposición antes citada, el artículo 2844 que establece lo siguiente:

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

El artículo 974 fue copiado, de manera idéntica del artículo 2844 del código civil de 84.

Por otra parte señalaré otras instituciones específicas en que el Código de 1884 regula los derechos de preferencia:

EL TANTO EN LA ENAJENACIÓN DE LA VÍA PÚBLICA.

El código de 1870, tiene una novedad en cuanto al derecho del tanto con respecto al código de 70 y es, que incluye el derecho del tanto en favor de los propietarios de los predios colindantes a la vía pública, para el caso de enajenación de esta.

La enajenación de la vía pública no era un hecho que se suscitara con frecuencia, pues en muchas ocasiones la vía pública era el resultado de la expropiación de uno solo de los predios colindantes, y en este caso al propietario originario debía corresponder exclusivamente el derecho de preferencia.

El artículo 707 del código de 1884 consagra la regulación del derecho del tanto en la enajenación de la vía pública, a que me he referido, indicando los sujetos activos y pasivos del

mismo, las reglas para dar el aviso de que se desea enajenar, el plazo de ocho días siguientes al aviso para su ejercicio, la situación que se presenta en caso de no dar el aviso indicándola como causal de rescisión del contrato y otorga la facultad de demandar la rescisión, dentro de los seis meses posteriores a la celebración del mencionado contrato.

EL TANTO EN EL USUFRUCTO.

La regulación del derecho del tanto en el usufructo, dentro del código civil de 1884, obedece a la intención de fundir las dos situaciones (nuda propiedad y usufructo) en una sola, esto es volver la propiedad a su estado natural y de ahí que sea incongruente que habiendo varios usufructuarios, sólo una de ellos se convierta parcialmente en propietario y se conserve la situación irregular al subsistir el usufructo respecto de los demás.

EL TANTO EN LA APARCERÍA RURAL.

Este derecho de preferencia se otorgaba en favor de la contraparte en el contrato de aparcería, de tal manera que si se daba la situación de existencia de varios individuos, a estos les correspondería el derecho por igual, ya que la ley preveía el beneficio en favor de los contratantes, sin especificar su número.

REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO DEL TANTO EN EL CÓDIGO DE 1884.

Es posible resumir la reglamentación del derecho del tanto en el código de 1884, en los siguientes puntos.²⁸

1) El derecho del tanto, se establece en favor de los sujetos señalados por el artículo 2843 del ordenamiento en estudio, pero además se consagra en favor de los copropietarios de los predios colindantes a la vía pública, en caso de enajenación de ésta;

2) el vendedor tiene las mismas obligaciones previstas en el código de 1870, además de incluir la obligación de efectuar la notificación por medio de Notario o judicialmente;

3) el plazo de ejercicio del derecho del tanto, por regla general es de nueve días;

4) se establece como excepción que en el caso de los copropietarios, en el ejercicio del derecho del tanto se preferirá al que tenga mayor porción;

²⁸E Zepeda. Op. Cit p 49-56.

5) las obligaciones del titular del derecho son las mismas que en el código de 1870;

6) no opera el derecho del tanto, en caso de enajenación en favor del cotitular del derecho y en caso de donación en favor de un tercero;

7) la violación al derecho de preferencia origina la nulidad del acto, salvo en el caso del derecho del tanto de los copropietarios de predios colindantes a la vía pública, donde se mantiene el principio de la rescisión del contrato;

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

9) se previene expresamente que el plazo para el ejercicio del derecho del tanto es fatal.

Finalmente considero oportuno mencionar, que dentro de los antecedentes de la legislación mexicana, se encuentran la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de 1954 y la de 1972 que derogó a la anterior, ya que ambas dieron un tratamiento especial a los derechos de preferencia que nos ocupan, y fueron la base de la ley de la materia que rige actualmente; sin embargo dado que la intención principal que persigo con este trabajo no es la de

exponer ampliamente los antecedentes de los derechos de preferencia, sino la de analizar su contexto actual, no entraré a su análisis, por lo contrario me limitaré a lo antes manifestado.

6.3. EL CÓDIGO CIVIL DE 1928:

El código de 28 termina con los últimos rezagos del retracto contractual como derecho del preferencia, tomados del derecho español, al regular sólo el derecho del tanto, prohibiendo el pacto de retroventa que el derecho español consideraba retracto contractual; sin embargo, conserva una especie de retracto contractual, distinto del retracto legal que conocemos actualmente, el cual fue señalado por primera vez en la ley sobre el régimen de propiedad en condominio, dentro del artículo 19 donde se da derecho al inquilino, o en su caso a la institución oficial que hubiese financiado o construido el condominio, a ser preferido por el tanto en el caso de que se desee vender la cosa objeto del condominio.

El maestro José Arce y Cervantes encuentra en el derecho del tanto que regula nuestro actual código civil, y respecto de la copropiedad especialmente, las siguientes características:²⁹

1.- Es una limitación al derecho real de disposición del propietario sobre sus bienes, puesto que es la ley quien designa al adquirente del bien que se pretende enajenar,

²⁹J Arce. Op Cit . p 105

2.-si bien es la ley quien designa al adquirente también es cierto que este adquirente deberá estar en condiciones de ofrecer tanto como el tercero extraño, lo cual es un medio de protección al patrimonio del obligado;

3.- la finalidad del derecho del tanto es la protección del patrimonio de los condueños, evitando la participación de terceros extraños en la copropiedad, lo cual tiende a prolongar el estado de división de la cosa común que por naturaleza genera problemas;

4.- si bien el derecho del tanto tiende a acabar con el problemático estado de copropiedad, no se establece la obligación de apresurar este fin si los copropietarios no desean hacerlo por lo cual se pueden considerar a las normas que regulan esta materia de interés público.

**CAPITULO II-EL DERECHO DEL TANTO
CONCEPTOS Y CARACTERES ESENCIALES**

C A P I T U L O I I.- DERECHO DEL TANTO: CONCEPTOS Y CARACTERES ESENCIALES.

Tal y como fue explicado en la introducción de este trabajo, la existencia del derecho del tanto, como derecho de preferencia, no deriva de las instituciones dentro de las cuales lo hace aparecer la ley, si no que se origina en la forma especial en que opera el derecho de propiedad, éstas le sirven de marco para su aparición, más no puede llegar a considerarse al derecho del tanto como un elemento más de la institución de que se trate. El derecho del tanto es uno y las instituciones jurídicas en las que se prevé su aparición, constituyen exclusivamente sus diversos supuestos, que en ocasiones van a determinar un tratamiento diverso en cuanto a notificación y sanciones por ejemplo.

Al respecto, el Licenciado Leopoldo Aguilar Carvajal ha dicho "La legislación mexicana le da un especial tratamiento pues no lo considera simple figura jurídica que, eventualmente aparece en determinada institución, sino que lo estima perfectamente estructurado, profundamente arraigado en la tradición jurídica y con perfiles claramente definidos. Hay que reconocer que lo establece dentro de otras figuras jurídicas, esto lo que hace sin perder de vista el todo unitario que forma, esto es lo que considera una institución jurídica".³⁰

³⁰L. Aguilar. Op Cit , p. 34

I.- BIEN JURÍDICO TUTELADO:

El bien jurídico tutelado por el derecho de tanto, es la finalidad que persigue el mismo, su razón de ser, la realidad que el legislador trató de regular por medio de los derechos de preferencia.

El derecho del tanto busca como uno de sus fines inmediatos, y específicamente dentro de las formas e copropiedad, el evitar los conflictos naturales que devienen por la coexistencia de dos derechos reales sobre un mismo bien, es decir el derecho del tanto fomenta la consolidación del derecho de propiedad en unas solas manos, permitiendo la salida de un copropietario, pero prohibiendo la entrada a formar parte de ella a un extraño, así se logra en la medida de que más copropietarios vendan su derecho a otro copropietario, se consolide el derecho de propiedad en una sola persona.

Ernesto Gutiérrez Y González considera que "La copropiedad es una situación que de no presentarse entre personas verdaderamente unidas por lazos de amistad, culturales o afectivos es verdaderamente indeseable, pues siempre crea dificultades por la administración, uso de la cosa y beneficios de la misma. Debe fincarse la propiedad en una relación de identificación o de intimidad entre los copropietarios".³¹

³¹E. Gutiérrez, Op. Cit., p. 348

Pero aún frente a la existencia de estos lazos, en una verdadera fuente de problemas, por lo cual lo ideal es buscar su extinción y así lo ha buscado la ley en sus preceptos, nunca tratando de obligar a los copropietarios a disolver la copropiedad enajenando sus bienes sin su consentimiento, pues atentaría contra el derecho de propiedad.

Así se entiende que el nacimiento del derecho del tanto, se ve propiciado por la existencia de una situación anormal prevista por la ley, aunque no contraria a ésta, y en este sentido Miguel Alessio Robles señala lo siguiente:

“Consecuencia del bien jurídico protegido, pero igualmente de necesaria regulación jurídica, es el natural deseo humano de evitar la intervención de extraños en la comunidad. Aquel es el fin inmediato y éste el fin mediato”.³²

El derecho del tanto persigue a su vez dar una mayor seguridad al tráfico jurídico, en la medida en que garantiza al titular del derecho de preferencia que el acto jurídico, previamente celebrado con el sujeto pasivo del derecho, y que fue el que precisamente dio lugar a la preferencia, va a surtir válidamente sus efectos y que en el supuesto de que el segundo decida transmitir sus bienes o derechos, el habrá de conservar los privilegios adquiridos.

³²M Alessio. Op Cit . p 57

Sin embargo respecto del sujeto pasivo del derecho, el derecho del tanto va a significar un obstáculo muy grande al tráfico jurídico, ya que se le obliga a abstenerse de contratar con terceros en tanto que no se haga uso del derecho del tanto o se rechace el mismo, lo cual en definitiva implica un retraso en los actos jurídicos.

Asimismo se evita que el titular del derecho del tanto se vea obligado a mantener una relación jurídica con un sujeto ajeno a él, e incluso indeseable, derivada de la transmisión que de su propiedad o derecho, haya hecho el sujeto pasivo del derecho del tanto.

El derecho del tanto busca también, en algunos casos concretos, proporcionar una protección al patrimonio de la familia, facilitando el ingreso al mismo de bienes o derechos que puedan incrementar su dominio o propiedad, y en algunos casos, evitar la salida contra su voluntad, de derechos adquiridos previamente, por la intervención de terceros extraños.

En otros casos el legislador al consagrar el derecho del tanto en nuestros ordenamientos jurídicos, buscó un fin social de proporcionar vivienda a las personas, ya que como sabemos la vivienda es una de las necesidades primordiales de todo ser humano, y en muchas ocasiones las personas se ven en la necesidad de adquirir una vivienda por medios diversos de la adquisición de un derecho de propiedad, por lo cual es adecuado que si con posterioridad tienen la facilidad de adquirir la propiedad sobre su vivienda y el legítimo propietario desea enajenarla, se les prefiera a ellos sobre terceros.

Finalmente encuentro también, como bien jurídicamente protegido por el derecho del tanto, la facultad de proporcionar a una persona la conservación del dominio y mayoría en un negocio jurídico, evitando la intromisión de otra persona, y en este caso no necesariamente tiene que ser un extraño el que le prive de la mayoría adquirida.

A fin de dar una mayor claridad a los fines antes expuestos, procedo a ejemplificar cada uno:

1.- La copropiedad en la práctica es una situación que genera una gran cantidad de problemas, porque un bien o un derecho pertenecen proindiviso a varias personas, las cuales no necesariamente tienen que estar unidas por lazos de amistad, afinidad, etcétera, lo cual parece acarrearles un sin número de problemas, ante lo cual el derecho del tanto busca evitar el desmembramiento de la propiedad y los conflictos naturales que éste genera.

2.- A su vez el derecho del tanto garantiza, que en el usufructo, el usufructuario conservará los derechos adquiridos originalmente, aún en el caso de que el nudo propietario decida enajenar el bien objeto de su relación jurídica, pues contará con la facultad de ser preferido para la adquisición del mismo y ser ahora propietario.

3.- En el caso de la aparcería rural, los sujetos contratantes cuentan con la calidad de copropietarios de los frutos que genera la tierra propiedad de uno, como resultado del trabajo del otro. Si en un momento dado el propietario enajenara la tierra a un extraño, no sólo generaría

inseguridad jurídica al aparcerero, sino que podría implicar una pérdida para su patrimonio, el hecho consistente en que el tercero rescinda o termine el contrato celebrado.

4.- Dentro del régimen de propiedad en condominio se garantiza la adquisición de una vivienda al arrendatario, o en cuyo caso a la institución que lo financió, la cual podrá a su vez proporcionar vivienda a otra persona necesitada.

5.- En el caso de la sociedad civil, cuando uno de los socios desea enajenar su parte, el socio que cuenta con la mayoría de la participación, y que por lo mismo tiene un mayor peso en la toma de decisiones, tiene la facultad de conservar su derecho adquiriendo preferentemente la parte que se ofrece sobre las demás.

6.- Finalmente en el caso del derecho del tanto que opera cuando la vía pública es ofrecida en venta, ésta persigue como finalidad dar seguridad a los colindantes de que la intromisión de un tercero, en el acto, no va a mermar sus derechos de libre tránsito, ni limitará su derecho de propiedad sobre sus bienes.

Con el derecho del tanto se propicia que los colindantes adquieran los predios, incrementen su propiedad y las cosas permanezcan como estaban originalmente, de lo contrario la participación del tercero podría incluso evitar el libre acceso de los colindantes a sus predios.

2.- FUNDAMENTO LEGAL Y FORMA DE OPERACIÓN DEL DERECHO DEL TANTO:

A fin de que el titular del derecho del tanto, sujeto activo de la relación, esté en posibilidad de ejercitarlo, es necesario en principio que el sujeto pasivo, que desea enajenar lo haga de su conocimiento, esto es le notifique su deseo de vender.

En palabras del maestro José Arce y Cervantes "A pesar de que se dispone que la notificación podrá hacerse por medio de Notario o judicialmente, no son éstas las únicas formas de efectuarla, por lo que si el comunero tiene conocimiento fehaciente de la enajenación, esto será suficiente para que se haya cumplido con el fin del precepto; el conocimiento del interesado".³³

Sin embargo en mi opinión, lo más conveniente es que la notificación se haga por medio de Notario o judicialmente, como lo señala la ley, para efectos de prueba y para dar una mayor seguridad, ya que si el titular del derecho no manifiesta su intención de ejercitarlo y el acto se realiza con un tercero con posterioridad, no podrá solicitar la nulidad del acto por no haber sido notificado correctamente.

³³J. Arce. Op Cit . p 112

Con la notificación el titular del derecho estará en posibilidad de conocer las circunstancias de la venta a las cuales se deberá apegar si desea ejercitar su derecho. Y en este sentido el artículo 973 del Código Civil señala lo siguiente:

ARTÍCULO 973.- "Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el copropietario notificará a los demás por medio de Notario o judicialmente, la venta que 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 notificación, la venta no producirá efecto legal alguno".

Algunos estudiosos como Miguel Alessio Robles, han señalado como otro requisito para que el derecho del tanto pueda ejercitarse, que se haga del conocimiento del condueño, la identidad del tercero extraño que desea adquirir, toda vez que esta información puede influir en la decisión del titular del derecho de ejercitarlo o no, ya que como citábamos anteriormente, la copropiedad que no se presenta entre personas unidas por lazos de amistad o afinidad, se convierte en una situación indeseable que el derecho trata de evitar.

Respecto a lo anterior, difiero de la opinión del Maestro Alessio Robles, pues si bien es cierto que el fin secundario del derecho del tanto es evitar que terceros extraños participen en la copropiedad, el fin primario es buscar la consolidación de la propiedad en unas cuantas manos, por lo cual lo que se debe notificar al comunero es el deseo de vender y no la venta convenida

con el tercero, porque si el condueño hace uso del derecho del tanto, la intervención del tercero carece de importancia y por otra parte si la venta ya hubiese sido realizada al tercero el derecho del tanto habría sido violado.

Sin embargo, cabe aceptar que es posible que el titular del derecho sabiendo quien es el tercero que quiere adquirir y no desea iniciar ningún tipo de relación con el, puede ejercitar su derecho y evitarse conflictos, lo cual en definitiva nos lleva a aceptar que el conocimiento de la identidad del tercero, por parte del titular del derecho del tanto, va a determinar su aceptación; sin embargo, no considero que deba aceptarse que dentro del derecho del tanto existe la obligación de informar al titular del derecho, quien desea adquirir, pues esto no constituye la esencia de ese derecho.

Por otra parte, cabe plantearnos la pregunta si la obligación que engendra este derecho de preferencia, es una obligación de dar, hacer o no hacer y al respecto hay varias respuestas.

Para Miguel Alessio Robles no puede tratarse de una obligación de dar, toda vez que quien enajena no está obligado a transmitir al titular del derecho de preferencia, el bien o derecho, o a otorgar el uso y goce de la misma, o bien a restituir cosa ajena o pagar cosa determinada.³⁴

³⁴M Alessio, Op Cit , p 54

Para Zepeda Trujillo se trata de una obligación de no hacer, esto es de abstenerse de enajenar a un tercero extraño a la copropiedad, si el titular del derecho de preferencia desea hacer uso del derecho del tanto; por el contrario no puede considerarse como una obligación de hacer, porque el propietario no está obligado a enajenar la cosa y acabar así con la copropiedad, si no lo desea; el supuesto consagrado por el código civil para que se configure el derecho del tanto, se actualiza en el caso de que el copropietario desee enajenar a un tercero extraño, o simplemente a cualquier persona; obligarle a disolver la copropiedad sería tanto como atentar contra el derecho de propiedad.

Alessio Robles difiere de esta opinión, pues considera que tratarla como una obligación de no hacer es igualmente un atentado contra el derecho de propiedad, el considera que estamos frente a una obligación de hacer, esto es preferir al copropietario en igualdad de condiciones que a un tercero extraño; asimismo existe una obligación de notificar al titular del derecho del tanto, acerca de la enajenación, para que éste se encuentre en posibilidad de ejercitar su derecho y de ser efectivamente preferido.

En mi opinión, el derecho del tanto trae aparejada una obligación de hacer, en cuanto a que su ejercicio implica una preferencia, es decir preferir al titular del derecho sobre cualquier tercero extraño interesado en adquirir un bien o un derecho. Por otra parte estamos a la vez, frente a una obligación de no hacer, que es abstenerse de contratar con un tercero, sin antes haber hecho la notificación ordenada por la ley y recibido la respuesta por parte del titular del derecho.

Pasando a otro tema, considero oportuno hacer una breve referencia a la aplicación de la teoría de los riesgos, dentro de los derechos de preferencia.

En general es aceptado el principio de que habiendo acuerdo entre cosa y precio, la compraventa se entiende perfeccionada, tal y como señala el artículo 2249 del Código Civil, precepto que indica que la compraventa existe, es perfecta y obligatoria, cuando hay convenio entre cosa y precio aún, y cuando la primera no haya sido entregada, ni el segundo satisfecho.

En este sentido cuando el titular del derecho manifiesta, dentro del plazo de ley y previa notificación, su voluntad de adquirir el bien, la venta debe entenderse perfeccionada y al adquirente debe considerársele como propietario, por lo cual si con posterioridad el bien sufre algún percance o perece, este menoscabo o pérdida deberán ser absorbidos por el adquirente.

Cabe aclarar que lo expuesto es aplicable a aquellas instituciones jurídicas que implican un acto traslativo de dominio sobre un bien, como es por ejemplo, la venta de un bien que se encuentra en copropiedad, no en el caso de instituciones que implican el otorgamiento de un uso o disfrute, donde la regulación de la compraventa no puede ser aplicable.

Por su parte, en cuanto a la regulación que el Código Civil consagra de la institución que nos ocupa podemos encontrar los siguientes caracteres:

FUNDAMENTO LEGAL Y FORMA DE OPERACIÓN DEL DERECHO DEL TANTO, RESPECTO DE LA COPROPIEDAD:

1.- El copropietario tiene disposición y dominio sobre su parte alícuota.

2.- La disposición del comunero, se centra en la parte que le corresponda de la división de la copropiedad.

3.- El artículo 973, consagra la obligación del condueño enajenante, de notificar al titular del derecho del tanto, sobre la venta que desea efectuar o tiene propalada, para el ejercicio del mismo, sea por medio de Notario público o judicialmente.

Asimismo señala un plazo de ocho días para ejercitar el derecho preferencial, en el entendido de que, si en este lapso no se manifiesta el interés de hacer valer el derecho, el enajenante puede libremente celebrar la venta con quien la hubiere propalado o con quien desee.

El plazo de ocho días es común para todos los copropietarios, estando legitimados estos a manifestar su voluntad de ejercitar su derecho en cualquiera de los días señalados, sin que el

hecho de manifestar su voluntad inicialmente le dé privilegio a cualquiera de ellos sobre los otros.

Por otra parte si varios copropietarios, titulares del derecho del tanto desean ejercitarlo, no es el caso de que la parte alicuota deba dividirse entre todos ellos, como lo establece el Código Civil tratándose del derecho del tanto en la venta de una parte social de una sociedad civil (art. 2706 Código Civil), sino que la prelación se establece en función al porcentaje de participación en la copropiedad de cada uno y en casos de igualdad la suerte lo decide.

Si en un determinado momento varios o incluso todos los copropietarios, quisieran ejercitar el derecho, la ley establece lo siguiente:

ART. 974 C.C. "Si varios propietarios de cosa indivisa hicieran uso del derecho del tanto, será preferido el que represente mayor parte, y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario".

En este supuesto podemos apreciar la tendencia clara de la legislación de fomentar la desaparición de la copropiedad, buscando unificar la propiedad en unas solas manos, disminuyendo la problemática que engendra la copropiedad.

4.- Podemos cuestionarnos, si es el derecho del tanto ejercitable en cualquier acto traslativo de propiedad, a título oneroso o gratuito como por ejemplo permuta o donación.

El texto del artículo 973 en principio señala que el copropietario no puede "enajenar", lo que en principio nos lleva a cualquier acto traslativo de dominio.

Pero también es posible ver que no existe este derecho en el caso de que la enajenación sea una donación, dado el elemento intuito personae que la integra, tampoco existirá por transmisión mortis-causa, ni en la expropiación, ni en el caso de que la porción se otorgue a una persona moral para recibir en esta el estado de socio, ni en la remisión de deuda donde también está el elemento intuito personae, ni en el caso de transacción por la que el enajenante adquiere el beneficio de evitar controversias futuras o dar fin a las presentes. Por todo lo anterior, podemos decir que el derecho del tanto opera tratándose de actos traslativos de dominio a título oneroso, donde el elemento intuito personae no se encuentra presente.

En cuanto a la permuta, pudiera operar sólo si el bien que el enajenante va a adquirir a cambio de su transmisión, fuere fungible y su propietario pudiere transmitirle uno de la misma especie y calidad.

En el caso de venta judicial opera el derecho del tanto, porque si la ley obliga el hacer del conocimiento del titular la realización de la subasta, debe también notificarse al titular del derecho del tanto que la propia ley consagra.

5.- Se puede apreciar que el artículo 974, antes descrito señala que la preferencia del copropietario, de mayor porción o afortunado, opera salvo convenio en contrario; de esta forma se está legitimando a las partes a pactar cualquier otra solución, como por ejemplo dividir la parte alícuota entre todos, lo que evidentemente iría en contra del mismo fin que persigue el derecho.

6.- Finalmente en los preceptos en estudio, la venta celebrada en violación al derecho del tanto "no producirá efecto legal alguno", lo cual parece ubicarse dentro de una nulidad absoluta señalada por la ley; sin embargo dado que puede suceder que el titular del derecho violado, renunciare al mismo no teniendo interés en ejercitarlo, convalidando por lo mismo la venta viciada, podemos hablar de una nulidad relativa.

El privilegio del tanto tiene lugar cuando el dueño pretende enajenar a un extraño, sin embargo se ha esgrimido que el derecho consagrado en el artículo 974 del Código Civil es otorgado igual a los otros coparticipes, aún y cuando el adquirente sea otro copropietario.

Si el comunero vende directamente el inmueble a otro copropietario, no debe notificar a los demás copropietarios del bien, porque la preferencia del derecho del tanto es frente a terceros ("Extraños" los llama el art. 973) y no frente a los cotitulares del mismo derecho. Con todo, se han dictado resoluciones judiciales infundadas que no eximen de la notificación a todos los copropietarios, aunque a uno de ellos vaya a venderse la totalidad del inmueble.

Asimismo, si varios de los comuneros, después de haber sido notificados por el copropietario, comunican a éste su propósito de adquirir dicho bien, deberá decidir la suerte a cual de esos comuneros corresponde comprar el bien de referencia, ocurriendo para ello el comunero a un Notario Público o en vía de jurisdicción voluntaria a un Juez, convocando para el sorteo a todos esos inquilinos interesados en la compra del inmueble de que se trata; sin embargo, han existido equivocadas resoluciones judiciales en las que se sostiene que la enajenación debe hacerse entonces en copropiedad.

Más en mi opinión, esto no es correcto, si partimos de la base de que la finalidad del derecho del tanto, es fomentar la consolidación del derecho de propiedad en unas solas manos, es irrelevante cual es el copropietario que adquiere el bien, si se tiende a ese fin, lo cual es claro al permitir a la suerte decidir que copropietario deba adquirir el bien si varios lo desean, en todo caso lo que importa es que el adquirente no sea un tercero extraño.

Por otra parte, si nuestro código señala que en caso de ser varios copropietarios, los que manifiestan su voluntad de adquirir el bien, será el que tiene una mayor porción de la copropiedad el que adquiera, se debe a que en la medida en que un copropietario vaya acumulando la mayor parte de la comunidad en menos tiempo, se logrará la finalidad del derecho del tanto de acabar con la división.

7.- El código no distingue entre bienes muebles e inmuebles, o corpóreos e incorpóreos, ni la porción que representan en la copropiedad, sólo se refiere a "cosa" por lo cual no podemos limitar el derecho a alguna categoría de bienes.

Sin embargo podemos catalogar el derecho dentro de los bienes fungibles, por la obligación del titular del derecho de dar tanto, como ofrecía el tercero.

Por otra parte, debemos entender que el derecho del tanto no es exclusivo en caso de copropiedad, sino que lo encontramos consagrado en otros casos como por ejemplo, el derecho del tanto que asiste al propietario del predio contiguo en una vía pública que se pretenda enajenar (artículo 771 Código Civil), o tratándose del usufructo (artículo 1005 CC), o el derecho que asiste a los coherederos (1292 CC), al socio de una sociedad civil (2706 CC) o al aparcerero (2750 CC), asimismo la ley sobre el régimen de propiedad en condominio en su artículo 19 señala un derecho preferencial en favor de un inquilino de un departamento en condominio, o en su caso de la institución que financió el inmueble.

Y a este respecto cabe aclarar, que el tratamiento que da nuestro Código Civil al derecho del tanto en estas instituciones, es básicamente el enunciado respecto de la copropiedad con las siguientes diferencias:

a) El artículo 771 del Código Civil, respecto a la aplicación del derecho del tanto cuando pretende enajenarse la vía pública, señala como sanción a la violación del mismo la facultad de los colindantes preteridos, de pedir la rescisión del contrato dentro de los seis meses contados desde su celebración, no siendo posible hablar de una nulidad relativa del acto celebrado.

b) Tratándose del usufructo, el artículo 1005 del Código Civil, ha omitido señalar la sanción que corresponde a la violación del derecho, pero se ha referido a la copropiedad, para los efectos de la notificación de la venta y el plazo del ejercicio, por lo cual se ha hecho extensiva la aplicación del artículo 973 del código civil en este caso.

c) En cuanto a los coherederos, la diferencia radica en cuanto a la notificación, señalando el artículo 1292 que la notificación deberá hacerse por medio de Notario o judicialmente "o por medio de dos testigos", dando validez a la notificación que se haga sin contar por la intervención de un fedatario público.

Por otra parte sanciona la violación del derecho del tanto entre los coherederos con una nulidad, la cual como en el caso de la copropiedad y por las mismas razones expuestas se trata de una nulidad relativa, la diferencia básicamente es que este artículo 1292 no señala que la venta no producirá efecto legal alguno, sino que habla claramente de nulidad.

Finalmente, el artículo 1294 aplicable en este caso, señala que la reglas de aplicación del derecho del tanto para los coherederos, no serán procedentes para el caso de que la venta se haga a otro coheredero, en este caso procede la explicación dada anteriormente para el caso de la copropiedad, sólo que para los coherederos la ley si lo señala expresamente.

d) En la sociedad civil la regulación del derecho del tanto es básicamente la misma con respecto a la copropiedad, sin embargo en este caso el artículo 2705 del código civil vigente señala, que el socio no puede vender o ceder sus derechos libremente, si no cuenta con el consentimiento previo y unánime de los demás asociados, y sin el tampoco pueden admitirse nuevos socios, salvo pacto en contrario. En este caso considero que se hace innecesaria la notificación por medio de Notario o judicialmente, en cuanto al ejercicio del derecho del tanto se refiere, ya que la notificación en principio se hará como lo señalen los estatutos de la sociedad, para que se autorice la cesión y posteriormente para el ejercicio del derecho de tanto.

e) El artículo 2750 del código civil, respecto de la aparcería rural, no señala una reglamentación precisa del derecho del tanto, por lo cual se aplican las reglas conducentes a la copropiedad, por existir un especie de comunidad sobre los frutos que se generen del trabajo de la tierra.

f) Finalmente respecto del régimen de propiedad en condominio, los artículos 19 y 20 de la Ley sobre el Régimen de Propiedad en condominio señalan, que el propietario de un bien sujeto a este régimen que desee vender, estará obligado a notificar al inquilino, y en su caso, a la institución que hubiera financiado el mismo, por medio del administrador del inmueble, de Notario o judicialmente la venta y sus condiciones, señalando un plazo para el ejercicio del derecho del tanto, de diez días.

El artículo 20 de la mencionada ley, es el único precepto legal que consagra, a mi juicio acertadamente, al retracto como sanción en caso de violación al derecho del tanto, como lo analizaré más adelante.

Finalmente, obliga al Notario o fedatario público, a abstenerse de elaborar la escritura de la compraventa, si antes no se cercioran de que el derecho del tanto ha sido respetado.

RENUNCIA ANTICIPADA.

Dentro del derecho del tanto cabe preguntarse, si es válida la renuncia anticipada del derecho, para el caso de que en el futuro el condueño quisiera enajenar la parte alícuota.

Hay quienes consideran que existe una libertad plena para esa renuncia y consecuentemente, ésta es totalmente válida. En este sentido es la opinión de Don José Arce y Cervantes:

“Si el derecho queda sujeto a la voluntad del titular ¿Puede ser renunciado anticipadamente, es decir antes de que haya visos de alguna enajenación de la parte alícuota?. En vista de lo expuesto con anterioridad y de conformidad con el artículo 6 de I CC, esto es, como la renuncia no afecta directamente al interés público ni perjudica derechos de terceros, se debe concluir que la renuncia es válida”.³⁵

³⁵J Arce. Op Cit. p 112

En opinión de Jorge Domínguez Martínez, la renuncia anticipada no es procedente por varias razones y cita las siguientes:

1.- Porque como se decía anteriormente, la ley fomenta la desaparición de la copropiedad por ser una institución fuente de conflictos. Se busca con el ejercicio del derecho del tanto, que la propiedad se vaya concentrando en una sola persona hasta ir desapareciendo la copropiedad, y en este sentido manifiesta que:

“La renuncia anticipada traería como consecuencia una paralización en la reducción del número de partícipes, pues el extraño adquirente subsistiría al copropietario enajenante, por no tener éste la obligación de notificar a los partícipes originales, dada la renuncia indicada. Así el número de copropietarios no se vería reducido, lo que contrariaría la pretensión legal”.³⁶

2.- El derecho de preferencia no es renunciable anticipadamente, debido fundamentalmente a que mientras las condiciones de la venta de la parte alicuota no han sido especificadas, el derecho no existe; para que el derecho se configure, es necesario en principio que el copropietario manifieste su deseo de enajenar su parte alicuota y establezca las condiciones sobre las cuales habrá de celebrarse el acto, para que exista cantidad para tantear, antes no puede renunciarse a un derecho que no se tiene.

³⁶J Domínguez, Op Cit., p. 384

En mi opinión no es válida la renuncia anticipada del derecho del tanto, no sólo porque implicaría un ataque contra lo fines de este derecho de preferencia, sino porque es injusto para el titular del derecho que al momento que pacta la renuncia no le interesa adquirir el bien o derecho, pero que con posterioridad pueda llegar a estar interesado.

3.- SANCIONES POR VIOLACIÓN AL DERECHO DEL TANTO:

Para el maestro Arce Cervantes se incurre en una violación al derecho del tanto en los siguientes casos³⁷:

“a) Si se omite la notificación o no se hace a todos los titulares o si no reúne los requisitos esenciales;

La notificación es un acto por el cual se hace saber el deseo de enajenar, más no una oferta que es la manifestación de voluntad de querer celebrar un contrato, pues en este caso no se propone sino que se da a conocer un hecho, por una obligación legal que puede incluso ser contra la voluntad del enajenante.

³⁷J. Arce, Op Cit , p 112

b) si la enajenación se efectúa dentro de los ocho días de hecha la notificación, sin que se haya recibido respuesta negativa de todos los condueños”;

c) si se efectúa después del plazo, habiéndose recibido por lo menos una aceptación de los condueños.

Podríamos incluir un cuarto caso d) si hecha la notificación al titular, este no acepta y se enajena a un tercero en términos diferentes a los consignados en la notificación.

Como podemos notar en el último párrafo del artículo 973 del código Civil, precepto antes citado respecto de la copropiedad establece, “Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno”.

De la lectura del texto del artículo 973 se podría desprender que la sanción al incumplimiento del derecho del tanto es una nulidad absoluta y de pleno derecho, es decir aquella nulidad que el acto celebrado padece por ilicitud en su objeto y por la que la propia ley le priva de sus efectos; dicha nulidad no impide que el acto surta provisionalmente sus efectos, los cuales son destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad.

Sin embargo para que la nulidad absoluta se configure se requiere que esta sea imprescriptible e inconfirmable, es decir que no pueda llegar a convalidarse; pero en el derecho del tanto la posibilidad que surge de que el titular del derecho pueda renunciar a él, origina la convalidación de la venta lo que le da el carácter de una nulidad relativa.

En opinión de Ernesto Gutiérrez Y González "Si la ley busca la extinción de la copropiedad y para ello otorga el derecho del tanto, se entiende que cuando el copropietario vende en violación de la norma que lo consigna, su acto no surtirá efectos, pero no será nulo, ni inexistente".³⁸

Esta concepción es errónea, en virtud de que la venta realizada con el tercero contraviniendo así el referido derecho, si surte efectos frente a todos los demás sujetos, exceptuando al condueño titular del derecho al cual le es inoponible dicho acto. Debemos considerarla como una nulidad relativa que debería de prever la acción de retracto para tal caso.

Don José Arce y Cervantes considera, que estamos frente a un acto anulable en virtud de que la ley protege el interés jurídico del copropietario preterido; la causa de la ineficacia debemos encontrarla en la ilicitud del objeto de la venta, aplicándose así la teoría de las ineficacias adoptadas por el Código Civil.³⁹

³⁸E. Gutiérrez, Op Cit., p. 348.

³⁹Arce y Cervantes José, De las Sucesiones, Editorial Porrúa, S A, 3ra Edición, 1992, p. 380

Sin embargo la sola privación de efectos a la venta por medio de la nulidad relativa, pone de manifiesto la falta de interés del preterido de adquirir los derechos vendidos, lo que atenta contra el bien jurídico protegido por la figura.

En mi opinión si el copropietario preterido desea defender su derecho, lo debe hacer por medio del retracto evitando que al dejar si efectos la venta, lo cual originaría devolver las cosas al estado en que se encontraban, y así el vendedor podría nuevamente vender a un extraño violando el derecho del tanto nuevamente.

Por su parte Leopoldo Aguilar Carvajal sostiene que dicho acto violatorio del derecho del tanto, está afectado de invalidez por falta de legitimación del adquirente, entonces no se trata de un acto nulo sino ineficaz atendiendo al elemento subjetivo del contrato; lo cual creo que no es acertado ya que el acto violatorio del derecho del tanto puede haberse celebrado ya, e incluso surtido sus efectos legales, por lo cual seria necesaria la declaración de nulidad para acabar con todo lo actuado.

Para Zepeda Trujillo "la sanción a la violación de dicha obligación es la nulidad del acto, ya que anulado el acto omisorio de una obligación de no hacer o de abstención, se dejarían las cosas en su estado original".⁴⁰

⁴⁰E. Zepeda Trujillo, Op. Cit. p. 28

Lo anterior, en mi opinión es más adecuado, sin embargo al llevarse a cabo estas enajenaciones generalmente el tercero ya tiene en su poder la cosa vendida y ha pagado un precio por ella, por lo que habitualmente se sigue un juicio para que se decida por sentencia que, por ser inoponible la venta al copartícipe preterido y cuyo derecho del tanto se violó, tendrán derecho en todo tiempo para adquirir la parte que fue enajenada al extraño y, esto es más fácil de configurar a través del retracto, que evita no sólo el juicio, sino el tiempo que puede acarrear este procedimiento.

Por su parte el maestro Lozano Noriega al referirse a este punto dice que de analizar el artículo 973 C.C. "...mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno". Pareciera que de él se desprende la inexistencia de la enajenación celebrada en violación al derecho del tanto, ya que sólo los actos inexistentes dejan de producir efecto alguno, pero sin embargo el artículo 2282 "Las compras hechas en contravención a lo dispuesto en este capítulo -de los que pueden vender y comprar-serán nulas ya se hayan hecho directamente o por interpósita persona", establece claramente la nulidad. El problema se centra ahora en analizar si se trata de una nulidad absoluta o una nulidad relativa.⁴¹

Para el citado autor se trata más bien de una nulidad relativa, toda vez que es susceptible de que en un momento dado los copropietarios, a los que no se les hizo el aviso de la venta, pueden no estar interesados en ejercitar su derecho y si en ratificar la venta hecha a un tercero.

⁴¹Francisco Lozano Noriega, Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos. 5ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. 1990 p 28

Por otra parte, se trata de proteger intereses de particulares, no es una nulidad que se imponga como sanción a una norma de orden público, de ahí que el ya citado tratadista diga que "... no se deduce que la sanción teóricamente deba ser la nulidad absoluta, puesto que la simple nulidad relativa, la que se establece precisamente en beneficio de estas personas protegidas por la norma, es suficiente".⁴²

El Licenciado Ernesto Gutiérrez y González no adopta ninguna postura en relación al derecho del tanto y sólo afirma que cuando un copropietario vende violando este derecho, su acto será ineficaz.

Para el maestro José Arce y Cervantes, los términos empleados en el Código Civil "No producirá efecto legal alguno" (art. 973 Código Civil) y "será nula" (art. 1292 Código Civil) no plantean ninguna solución, por lo que para poder determinar la ineficacia del acto, no se debe atender a las consecuencias que se producen, sino a los intereses que protege la ley que se infringió y cuya violación es la causa de la ineficacia.⁴³

Considera, que las normas del derecho del tanto buscan una protección de intereses privados y su violación produce la anulabilidad y no la nulidad absoluta; señala que la enajenación que se realice violando el derecho del tanto, tiene las siguientes características:

⁴²Ibid

⁴³J. Arce, El Derecho del Tanto de los Copropietarios, p. 28

a) Está sujeta a la prescripción;

b) Puede convalidarse por el consentimiento que presenten los condueños preteridos, y

c) la anulación solo puede ser intentada por el condueño preterido.⁴⁴

Para llegar a esta conclusión estima que "la anulación de la enajenación contraria al derecho del tanto, tiene un sólo objeto y una sola razón de ser: hacer posible que el preterido adquiriera la parte alícuota enajenada. Este fin, que con el retracto se consigue mediante la sustitución del adquirente por el retrayente, en el derecho del tanto tiene que seguir dos fases: primera, la anulación de la enajenación violatoria; y segunda la adquisición del condueño, en cuyo perjuicio se violó el derecho. Si no va a verificarse la segunda fase, no puede anularse la enajenación porque no tendría razón de ser."⁴⁵

Tomando como base este argumento, considero que es mucho más eficaz aceptar el retracto como la sanción que deviene de la violación del derecho del tanto, sanción que resulta más justa para el tercero adquirente que recupera en un instante la contraprestación otorgada y no se le hace partícipe de un juicio largo.

⁴⁴Ibid.

⁴⁵Ibid.

Para Enrique Zepeda Trujillo, la sanción que se deriva de la violación al derecho del tanto es una nulidad relativa, que traerá aparejada que las cosas vuelvan al estado que guardaban antes de su incumplimiento. "Como la obligación impone al sujeto pasivo el deber de abstenerse, es lógico que la exigencia de la obligación no pueda ir más allá de su meta final, que es la de lograr que NO SE HAYA EJECUTADO EL ACTO. Resulta, pues, incongruente pretender que la exigencia de la obligación pueda llevar hasta la celebración del contrato con el sujeto activo, como erróneamente lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia, al sostener que la acción de que se trata no es la nulidad, sino de retracto".⁴⁶

Difiero completamente de la opinión antes vertida, pues la considero contraria a los fines primordiales que persigue el derecho del tanto, toda vez que si la subrogación del titular del derecho del tanto en los derechos adquiridos por el tercero a través del retracto logra que la propiedad deje de estar dividida, da seguridad al tráfico jurídico y en general cumple con los fines propios del derecho del tanto, el retracto se constituye en la sanción más lógica y segura a la violación del derecho del tanto.

Retomando lo expuesto por el maestro Zepeda Trujillo, si nos podemos conformar con la sanción de nulidad, que acaba con el acto celebrado con el tercero con violación al derecho del tanto, volveríamos el ejercicio del derecho, algo tardado y complejo, en detrimento de las partes y sobre todo del sujeto activo que habría de iniciar de nuevo el procedimiento desde la notificación.

⁴⁶E Zepeda, Op Cit p 28

1.3. RETRACTO:

El Retracto consiste en el acto jurídico por virtud del cual el comunero preterido se sustituye al tercero y adquiere un bien o derecho en lugar de éste, en igualdad de condiciones, desplazando al mismo.

Para Pothier "El derecho del retracto no es otra cosa que el derecho de hacerse suya la compra de otro y de constituirse comprador en su lugar. El retracto no tiende nunca a rescindir ni a destruir el contrato, si no a subrogar en todos los derechos resultantes del mismo la persona del retrayente a la del comprador sobre quien el retracto se ejerce".⁴⁷

En este caso hay que notar que para Pothier el retracto es un derecho, en mi opinión el retracto no es un derecho como lo es el derecho del tanto o el derecho de preferencia por el tanto, sino una sanción que deriva de la violación al derecho del tanto; por medio del retracto no se otorga preferencia en favor de nadie, sino que restituye al titular del derecho del tanto su facultad de adquisición preferente.

⁴⁷J Pothier. Op Cit p 6

Y en este sentido, Don Benito Gutiérrez Fernández distingue el tanteo y el retracto en estos términos: " El tanteo es la facultad de adquirir por el precio una cosa con preferencia a cualquier otro comprador; el retracto se entiende más: consiste en el derecho de ciertas personas para rescindir la venta, subrogándose en el lugar del comprador y con exclusión del mismo, para adquirir la finca en el precio estipulado, siempre que esto se verifique en el tiempo y bajo las condiciones marcadas por la ley".⁴⁸

Antonio de Ibarrola indica que en algunas legislaciones se establece no el derecho del tanto, sino lo que se llama retracto, el cual "Consiste éste en el derecho que tiene cualquiera de los coparticipes, ya realizado el contrato mediante el cual su coparticipa vendió su parte a un extraño, a substituirse a éste en cuanto a los derechos y obligaciones asumidos en el contrato".⁴⁹

Como notamos, este autor vuelve a considerar al retracto como un derecho, lo cual no es del todo cierto por los motivos antes expuestos.

NATURALEZA JURÍDICA DEL RETRACTO.

En virtud de la acción de retracto no solamente se nulifica la venta, sino que el comunero se subroga en los derechos del cesionario en un solo acto; cabe observar, que esta nulidad no

⁴⁸B Gutiérrez, Op Cit., p 400

⁴⁹A Ibarrola, Op Cit . p 437-441

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 a aquel los derechos vendidos, si no que el titular del derecho ejercitante de la acción de retracto, se sustituya y subroga en los derechos y obligaciones del tercero comprador en los términos y condiciones en que se hubiese pactado la venta, devolviendo al comprador el precio que haya pagado. De esta forma el acto jurídico se considera válido, devolviendo la seguridad en el tráfico jurídico.

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

De aceptar que los actos jurídicos efectuados en violación al derecho del tanto deben ser nulos necesariamente, implicaría que la omisión o incluso el desconocimiento del derecho de preferencia de una parte, serían generadores de nulidades muy frecuentemente, lo cual ocasionaría inseguridad jurídica tanto para el tercero adquirente, que es posible que haya efectuado gastos para la adquisición o elaborado proyectos, como para el propietario del bien a adquirirse, toda vez que vería obstaculizada su intención de desprenderse de un bien para obtener una contraprestación y estaría obligado a iniciar negociaciones nuevamente con el titular del derecho del tanto.

Si consideramos que la celebración de actos jurídicos, principalmente de actos de comercio, exige cada vez mayor celeridad, el tener que hacer y deshacer negocios respecto de un

mismo bien, implicaría poner un obstáculo al tráfico jurídico y comercial, ante lo cual la presencia del retracto, representa una solución a este problema.

El término para hacer uso del derecho del tanto es diverso del plazo 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 comuneros, mientras que la acción de retracto puede deducirse durante el plazo de diez años, que la ley señala para la prescripción en general de las acciones.

El retracto ha sido entendido también como un derecho de subrogación legal, que produce una alteración en las relaciones jurídicas de los contratantes; en el mismo sentido la Suprema Corte de Justicia considera que "Tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace en favor de un tercero extraño a la comunidad, se puedan 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; mientras que en el segundo caso los copropietarios preteridos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador".⁵⁰

⁵⁰Jurisprudencia 2 sexta época, pp 20, sección 1a vol 3a sala, apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965 Mayo Ediciones 1967

Como podemos ver esta tesis fija en forma clara la sanción por violación al derecho del tanto que hemos sustentado, mediante una subrogación en los derechos y obligaciones del tercero que adquirió, independientemente de que denomina al retracto como un derecho, cuando debería hablar de la acción de retracto.

Nuestros tribunales han establecido la acción de retracto, como el medio para que sea respetado por la vía judicial el derecho del tanto, con lo cual supera las sanciones previstas por el código civil, como es la nulidad.

De las tesis antes expuestas, las cuales presentan diferentes sanciones por no respetarse el derecho del tanto, considero como válida, la que establece el retracto como el único medio para que sea respetado en la vía judicial el derecho del tanto, ya que ninguna de las otras permiten al comunero adquirir la parte alícuota enajenada, en un solo acto.

4.-NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DEL TANTO:

El tema relativo a la naturaleza jurídica del derecho del tanto ha suscitado diversas controversias, entre los estudiosos del derecho, habiendo opiniones que lo consideran un derecho real, mientras que otros lo conciben como un derecho personal.

De Diego lo considera un derecho real "...por recaer sobre cosa específica y determinada, ... pudiendo ejercitarse contra cualquiera y dirigir la acción real que produce también contra cualquiera..."⁵¹

Para Ramón Sánchez Medal el derecho del tanto es considerado en doctrina como un derecho real, consistente es un gravamen sobre la cosa, que da a su titular el derecho de adquirir el bien, en caso de que su propietario desee enajenar, más no el derecho de usar y disfrutar de la misma, y esgrime dos argumentos para considerarlo un derecho real a saber:

1.- El derecho del tanto es un derecho oponible a todos, no sólo frente al copropietario que desea vender, de ahí que la violación al mismo "no produzca efecto legal alguno";

2.- El derecho del tanto dota a su titular de una facultad de persecución de la cosa, en caso de que se encuentre en manos de un tercero y para ello cuenta con el retracto, y considera que la razón de ser del derecho del tanto, es el "interés público" de evitar las controversias que por naturaleza genera la división de la propiedad tendiendo a la unificación de la misma en unas cuantas manos.

Entonces, el Maestro Ramón Sánchez Medal lo entiende como un verdadero derecho real, que aunque no se inscribe en el Registro Público de la Propiedad es oponible a terceros, por

⁵¹Diccionario de Derecho Privado, De Labor 1950 voz. Tanteo, citado por Miguel Alessio Robles, p. 58.

la nulidad de pleno derecho consagrada en la ley, de la escritura que formaliza la venta efectuada en contravención al derecho del tanto, e incluso impide la inscripción de la misma escritura en el Registro Público de la Propiedad (art. 3042 In fine) haciendo acreedor al Notario que hubiera otorgado tal escritura a la suspensión temporal de su oficio (art. 126 fracc. III inciso d) Ley del Notariado).

Don José Arce y Cervantes lo considera un derecho real dudoso, y no le da el carácter de derecho real pleno, por requerir actos previos para su adquisición, al igual que en el caso del retracto.

Miguel Alessio Robles considera al derecho del tanto como un derecho personal, en virtud de que la esencia de un derecho real es conceder a su titular el libre aprovechamiento de la cosa, de tal forma que le sirva como satisfactor de necesidades y el derecho del tanto no otorga esa facultad por tratarse de un derecho de hacer y de no de dar.

Para el citado autor, debe considerarse al derecho del tanto como una limitación al derecho de propiedad, como lo hacen Zepeda Trujillo y Cuevas Senties, toda vez que debemos entender que se trata de una obligación real impuesta por la ley al propietario que desea disponer de su bien.

Para el maestro Miguel Alessio Robles aún y cuando el derecho del tanto es oponible a todo el mundo, esta oponibilidad no deriva del aparente carácter real, sino del derecho real del

que deviene. "Es por esta razón, que lo que se inscribe en el Registro Público de la Propiedad es el derecho real de propiedad y no el derecho del tanto que de él deriva, lo que no es obstáculo para que se pueda también inscribir el derecho del tanto, para tener efectos frente a terceros".⁵²

Para Alessio el derecho del tanto es un Derecho personal, porque no confiere a su titular el aprovechamiento directo sobre la cosa y porque la contraprestación exigida es de hacer-preferir al copropietario -y no de no hacer -como en el derecho real- y porque es un derecho oponible frente al copropietario, cuando desee enajenar y no frente a todo el mundo.

Por su parte la Doctrina española ha hecho una clasificación de lo que ha llamado "Derechos reales de adquisición", que pueden tener un origen negocial, por ejemplo la opción o un origen legal como por ejemplo el derecho del tanto, asimismo, Planiol ha llamado derechos reales de segundo grado, pues no recaen sobre la cosa, sino sobre la propiedad de la misma.

Tomando como base las tesis sustentadas, en mi opinión el derecho del tanto es un derecho real, porque otorga un beneficio de exclusividad y absolutividad, es decir es oponible frente a terceros; sobre todo frente al sujeto pasivo de la acción, que se ve obligado a preferir al titular del derecho aún y cuando se vea limitado su propio derecho real de propiedad.

⁵²M Alessio. Op Cit . p 59

Podemos admitir que el derecho del tanto, siendo un derecho real es de números clausus porque sólo se admite en los casos regulados por la ley expresamente, no se le acepta como resultado de la manifestación de la voluntad de los sujetos, aún y cuando vaya unido a una convención, por ejemplo en el caso del usufructo que va unido a tal.

Entonces en mi opinión podemos concluir que el derecho del tanto es un derecho real, porque reúne los requisitos o caracteres de tal tipo de derechos:

1) Indeterminación del sujeto pasivo: se trata de un derecho absoluto toda vez que su titular puede disponer de él, puede ser preferido y aceptar esa preferencia en contra de todo el mundo, porque todos tienen el deber de abstenerse de interferir en su derecho.

Y esto lo podemos ver claramente en la disposición legal que señala que los actos celebrados en contravención al derecho del tanto, no producirán efecto legal alguno, entonces se está haciendo oponible a todos el derecho de preferencia.

2) Se trata de un poder jurídico, que otorga a su titular una potestad o un derecho protegido por la ley sobre la cosa en la cual recae y cuya explotación jurídica le corresponde exclusivamente.

3) Permite a su titular el libre aprovechamiento sobre su derecho, puede disponer de él decidiendo ejercitar o no el derecho de preferencia, cuando se le da la opción por parte del comunero.

5.- EL DERECHO DEL TANTO: DEFINICIÓN.

En palabras del Profesor Gutiérrez y González "Es el derecho que se confiere por la ley a los comuneros (copropietarios, herederos, socios) para adquirir en igualdad de bases que un tercero, la parte de la comunidad que un comunero desee enajenar".⁵³

Para el Lic. Miguel Ángel Zamora y Valencia el derecho del tanto "es la propiedad jurídica que le da la ley a un copropietario para adquirir, en igualdad de circunstancias respecto de cualquier tercero, la parte indivisa del bien sobre el que recae la propiedad que pretenda vender otro copropietario".⁵⁴

Para Miguel Alessio Robles "El derecho del tanto de los comuneros es aquel que teniendo su origen en la ley, concede a los copropietarios preferencia respecto de terceros para

⁵³Ernesto Gutiérrez, Op. Cit. p. 308

⁵⁴El derecho del tanto de los arrendatarios de casa habitación y la intervención notarial, en revista de derecho notarial, p 18 número 96, Asociación nacional del notariado mexicano, A.C. , año XXI, Junio de 1987, México D F

adquirir los derechos de copropiedad de otro, en el caso de que éste decida enajenarlos, en las mismas condiciones, plazo y precio en los que el tercero adquiriría”.⁵⁵

Como podemos ver, la mayoría de los autores señalan como presupuesto indispensable para que opere el derecho del tanto, el que exista la copropiedad, pero en virtud de que el legislador de 1928 no sólo lo concedió a los copropietarios, sino también a los coherederos, al usufructuario y a los socios en la sociedad civil, consideramos más apropiado señalar que debe existir una comunidad.

Podemos ampliar esta explicación, si consideramos que Bonnecase, da la siguiente definición a Institución jurídica:

“Es un conjunto de reglas de derecho que forman un todo orgánico que rige las diversas clases de relaciones que derivan de un hecho único fundamental; así, el conjunto de la legislación del matrimonio forma una institución jurídica porque ella gobierna todas las relaciones entre esposos, que son consecuencia de la unión conyugal”.⁵⁶

⁵⁵M Alessio, Op Cit., p. 54.

⁵⁶Julien Bonnecase Introduction a l'etude du droit 2ª edición, Paris, 1935 N° 45

El derecho del tanto, indudablemente queda encuadrado dentro de la definición de Bonnacase, pues se dan las reglas de derecho que constituyen un todo orgánico y que opera en ciertas relaciones jurídicas que le sirven de sustento.

En mi opinión, y tomando en cuenta las opiniones expresadas, podemos definir al Derecho del tanto de la siguiente manera:

El derecho del tanto consiste en la facultad que otorga la ley a una persona, de ser preferido para adquirir un bien, sobre cualquier tercero, facultad que deriva de la cualidad o calidad específica de que goza esa persona en una relación jurídica previa, que le sirve de sustento, a cambio de la misma prestación requerida por el propietario enajenante u ofrecida por el tercero.

6.- DIVERSAS CIRCUNSTANCIAS QUE DAN LUGAR AL DERECHO DEL TANTO:

El Licenciado Carlos Cortés Figueroa en su obra "El Derecho de Preferencia en el Arrendamiento", señala los siguientes casos en que aparece el derecho del Tanto en nuestra legislación actual:

"a) Cuando se trata de enajenar el bien en copropiedad (Art. 973);

b) cuando la enajenación vaya a ser el bien dado en usufructo (art. 1005);

c) el que corresponde a los coherederos cuando uno de ellos quiera vender su derecho a un extraño (art. 1292,1294);

d) el pacto de preferencia en el contrato de compraventa (art. 2303) y

e) la preferencia legal del inquilino en el contrato de arrendamiento".⁵⁷

Por su parte Enrique Zepeda Trujillo, considera, en mi opinión acertadamente que estos dos últimos casos, no deben considerarse sino como especies del derecho del preferencia por el tanto, y establece la siguiente enunciación de las especies del derecho del tanto que se dan en nuestra legislación positiva vigente:

1. El tanto es el usufructo (artículo 1005);

⁵⁷ Carlos Cortés Figueroa, El Derecho de Preferencia en el Arrendamiento. Revista de la Facultad de Derecho. Tomo I. unam, Julio-Diciembre 1951, N° 4 y 5. p. 264

2. el tanto en la aparcería de ganados (artículo 2763);

3. el tanto en la copropiedad (artículo 973);

4. el tanto en la sucesión (artículo 1292);

5. el tanto en la sociedad civil (artículo 2706); y

6. el tanto en la colindancia con la vía pública (artículo 771).

Y podríamos agregar una séptima especie, el derecho del tanto dentro de bienes sujetos la régimen de propiedad en condominio.

En la legislación actual, se mantienen tres grupos de derechos de preferencia del tanto, que anteriormente habían contemplado los códigos de 1870 y 1884 y que son los siguientes:

a) Instituciones en las que las facultades inherentes al derecho de propiedad están divididas, para su ejercicio, entre dos o más sujetos (usufructo y aparcería rural), donde el derecho del tanto corresponde al sujeto que no tiene el dominio directo sobre el bien, sino más bien secundario;

b) instituciones en las que el derecho de propiedad corresponde a varios titulares, pro indiviso (copropiedad, sucesión y parcialmente la aparcería rural), donde el derecho del tanto le asiste a cualquiera de los cotitulares ; y

c) situación en la que se prevé la restitución del derecho de propiedad a quien se vio privado de él o a sus causahabientes (colindancia con la vía pública), en este caso el derecho del tanto le asiste al particular.

Asimismo actualmente preceptos legales distintos del código civil, han consagrado instituciones jurídicas en las cuales podemos notar la presencia de situaciones, a las que se les da el trato de derechos de preferencia, como por ejemplo los casos siguientes:

1.- El Reglamento de Prestaciones Económicas y Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, publicado en el Diario Oficial de la

Federación del 28 de Julio de 1988, en el artículo 72 establece: "El fondo (Fondo de vivienda del Instituto) sólo autorizará la transmisión de propiedad de las viviendas financiadas, a aquellas personas que reúnan las mismas condiciones que se erigieron a quien originalmente se otorgaron" (Que sean trabajadores al servicios del estado, que tengan un fondo constituido a su favor por más de 18 meses y los pensionistas cuando hayan optado por su incorporación al régimen de aportación voluntaria; art. 60 del citado ordenamiento).

En este caso, la preferencia le asistiría a todo sujeto que reúna las cualidades señaladas anteriormente, lo que en mi opinión hace difícil la aplicación del derecho de preferencia, porque la ley no distingue a quien otorgar el derecho en caso de concurrencia de varios titulares del derecho de preferencia.

A su vez cabe preguntarse, si nos encontramos frente a un derecho de preferencia verdaderamente y no frente a una disposición que condiciona, la transmisión de propiedad de las viviendas financiadas por el Fondo, a que el adquirente reúna los requisitos que manda la ley.

En mi opinión, esta institución no es un derecho de preferencia, aunque hay autores que lo señalan como tal, en virtud de que el ordenamiento no menciona que ante la concurrencia de un tercero extraño, se prefiera a quien reúna los requisitos mencionados, sino que obliga a que la venta se haga cumpliendo la condición y prohibiendo, aunque no de manera expresa, la venta a terceros ajenos.

2.- La Ley del Instituto del Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT), en el artículo 49 dispone: "Los créditos que otorgue el instituto se darán por vencidos anticipadamente, cuando sin su consentimiento los deudores enajenan o gravan las viviendas en favor de personas que no tengan el carácter de derechohabientes y sin que haya mediado autorización previa de aquel, para garantizar el pago de los créditos concedidos. En caso de que arrienden las viviendas o transmitan su uso por cualquier título, o incurran en violación de cualesquiera de las causas consignadas en los contratos respectivos, será motivo de rescisión. Tratándose de créditos otorgados para la adquisición de viviendas financiadas directamente por el Instituto, estos se darán por cancelados y el contrato rescindido, si los deudores incurrían en alguna de las causales señaladas en el párrafo anterior, por lo que el deudor o quien ocupe la vivienda deberá desocuparla en un término de 45 días naturales, contados a partir de la fecha en que se reciba el aviso respectivo. En el caso del párrafo anterior, las cantidades que hayan cubierto los trabajadores hasta la fecha en que se desocupe la vivienda, se aplicarán a favor del Instituto a título de pago por el uso de la propia vivienda".

En este caso y en mi opinión, no estamos tampoco frente a un derecho de preferencia, ya que el precepto se limita a condicionar la enajenación, a que esta se haga con el consentimiento del INFONAVIT y exclusivamente a sujetos que cuenten con el carácter de derechohabientes, impidiendo a través de diversas sanciones, que si un tercero quiere adquirir y los derechohabientes no están interesados, pueda hacerlo, como sucede de manera general en el derecho del tanto.

3.- El artículo 1º del "Acuerdo mediante el cual se aprueban las reglas para el uso de viviendas financiadas por el INFONAVIT", el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 1º de Julio de 1982, establece que "estas reglas se aplicarán a las viviendas que se encuentren ubicadas en los conjuntos habitacionales cuya construcción haya financiado el

INFONAVIT, disponiendo en el artículo 3º que "las viviendas no podrán ser objeto de cesión de derechos, enajenación, arrendamiento o transmisión de la posesión o de cualquier otro derecho real sobre el inmueble, salvo cuando se otorgue la conformidad del INFONAVIT dada por escrito, o cuando se trate de sucesión o bien, cuando sea liquidado el crédito otorgado para la adquisición de la vivienda".

Al igual que en los casos anteriores, creo que esta figura no puede ser considerada una especie del derecho del tanto, pues del precepto no se desprende la existencia de un derecho de preferencia, sino de un gravamen sujeto a la condición de que la institución que financió el inmueble otorgue su consentimiento por escrito, o cuando se trate de sucesión.

Sin embargo creo que la preferencia podría manifestarse de conformidad con el último párrafo del artículo, que admite la enajenación cuando el crédito para la adquisición de la vivienda se hubiere liquidado, caso en el cual es posible la aplicación de los preceptos consagrados por la ley sobre el régimen de propiedad en condominio para el derecho del tanto

4.- La Ley Federal de Vivienda, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de Febrero de 1984, dispone en el art. 47 lo siguiente:

"Los organismos públicos federales de vivienda, incluirán en el clausulado de los contratos que celebren para la enajenación de viviendas, entre otras, la estipulación de que el adquirente de vivienda sólo podrá transferir sus derechos de propiedad sobre la misma, a otra

persona que reúna los mismos requisitos y condiciones establecidos por el organismo para la enajenación de viviendas de este tipo y que se cuente con el consentimiento, dado por escrito, del propio organismo. Será nulo y no producirá efecto jurídico alguno la transmisión de vivienda que se haga contraviniendo esta disposición”.

En este caso creo aplicable lo argumentado en el punto primero, salvo por lo que se refiere a la sanción, ya que si bien no estamos frente a un verdadero derecho de preferencia, la Ley Federal de Vivienda pretende darle ese carácter, señalando como sanción al incumplimiento de la norma, que la transmisión de la vivienda será nula y no producirá efecto jurídico alguno, tal y como lo hace el código civil para el caso del derecho del tanto entre los copropietarios.

Como se puede observar, si la enajenación se practica contraviniendo lo dispuesto en el artículo 47, está sancionada de nulidad absoluta, lo que hace también a estas instituciones diferentes al derecho del tanto: asimismo en los términos del artículo segundo transitorio, se entienden derogados los artículos 18, 19 y 20 de la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio, por lo que respecta al derecho del tanto que corresponde a las Instituciones Oficiales que hayan financiado o construido el condominio.

6.1. DERECHO DEL TANTO EN CASO DE COLINDANCIA EN LA VÍA PÚBLICA:

Este derecho de preferencia se encuentra consagrado dentro del artículo 771 del Código Civil que indica lo siguiente:

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

Como podemos observar la regulación que de este derecho de preferencia hace el legislador es similar a la correspondiente a la copropiedad, con la diferencia de que omite establecer la forma en que habrá de efectuarse el aviso a los propietarios de los predios colindantes, por ejemplo por medio de Notario público, judicialmente o a través de testigos; aun y cuando por analogía con la reglamentación de este tipo de derecho dentro de la copropiedad, los medios de notificación que he puesto como ejemplo, pueden ser viables.

Por otra parte, impone como sanción a la violación del derecho, la rescisión del contrato y no la nulidad como en los demás casos expuestos, lo cual me parece incorrecto, por los motivos ya expresados, y señala novedosamente un plazo para que el vecino preterido solicite la indicada rescisión, de seis meses contados desde la celebración del acto violatorio del derecho del tanto.

6.2. DERECHO DEL TANTO DE LOS COPROPIETARIOS:

Nuestro Código Civil, en su artículo 938, establece que hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen proindiviso a varias personas.

El código Civil no engloba solamente la comunidad de un derecho de propiedad (copropiedad o condominio), sino también en general la cotitularidad de un derecho.

Su fundamento o finalidad, está en la conveniencia de que cese el estado de indivisión, por ser propicia a provocar discordancias entre los comuneros.

“Su finalidad-dice Santos Briz- está orientada en lo posible a evitar el fraccionamiento de la propiedad en sus porciones ideales, extinguiendo o reduciendo al menos el número de sus titulares, ya que el estado de indivisión se considera antieconómico y antijurídico, por las dificultades y pugnas a que da lugar entre los dueños”.⁵⁸

⁵⁸Santos Briz, Derecho Civil, citado por JOSÉ PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, Tomo III, Segunda Edición, Ed Bosch, Casa Editorial, S A., Barcelona España, p 718

Ha de tratarse de un tipo de copropiedad o condominio que permite, a cada comunero, enajenar o ceder su cuota.

En Derecho Mexicano, este derecho consiste en que llegado el caso de venta de una parte alicuota, correspondiente a un copropietario, los demás tienen derecho a que en igualdad de condiciones, se les prefiera en la enajenación; es decir, gozan de un derecho preferente en relación con terceros, se busca por este medio reducir el número de copropietarios para que pronto se llegue a la propiedad individual.

La situación jurídica del Copropietario le engendra una serie de derechos y obligaciones que se derivan no sólo de su status de copropietario, sino directamente de su parte alicuota en la copropiedad. Nosotros nos enfocaremos específicamente a los derechos y obligaciones que se derivan de la parte alicuota del Copropietario dentro de la copropiedad, en donde encontramos el derecho del tanto.

Según el artículo 950 del Código Civil, la parte alicuota dentro de la copropiedad, es propiedad plena de su titular a quien también corresponden sus frutos y utilidades; por ello el propietario puede enajenar o hipotecar su parte.

Si un copropietario desea enajenar su parte en la copropiedad, los demás copropietarios deben ser preferidos en relación con terceros que deseen adquirir dicha parte, y en igualdad de condiciones; éste es el derecho del tanto.

El derecho del tanto se encuentra regulado dentro del capítulo de la copropiedad, en los artículos 950 el cual lo enuncia, en el 973 que señala su procedencia y en el 974 que ofrece una solución al problema planteado por el ejercicio de este derecho por dos o más partícipes.

De conformidad con el artículo 973 del Código Civil, debe hacerse del conocimiento de los demás copropietarios, ya sea con la intervención de un Notario o por vía judicial, las condiciones de la venta pretendida, para que éstos puedan hacer uso del derecho, en el plazo legal (8 días).

Si en los ocho días legalmente previstos para ello, no hay copropietario que desee hacer uso del derecho del tanto, el pretendido enajenante podrá celebrar su operación libremente con cualquier tercero a quien le hubiere ofrecido la venta.

6.3. DERECHO DEL TANTO EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO:

Por otra parte la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal confiere el derecho del tanto al inquilino de un departamento, sujeto a ese régimen, y en su caso, a la Institución oficial que hubiere construido el bien, cuando su propietario pretende venderlo.

Y así lo consagra el artículo 19 del citado ordenamiento, que a la letra dice lo siguiente:

ART. 19.- "En caso de que un propietario quisiera vender su departamento, vivienda, casa o local, lo notificará al inquilino y, en su caso, a la Institución Oficial que haya financiado o construido el condominio, por medio del Administrador del inmueble, de Notario o judicialmente, con expresión del precio ofrecido y demás condiciones de la operación, a efecto de que, dentro de los diez días siguientes, manifieste si hace uso del derecho del tanto".

En la regulación de esta especie del derecho del tanto, podemos ver la novedad de que otorga la primacía no sólo al inquilino que la hubiera estado arrendando, sino que consagra el derecho, también, en favor de la Institución Oficial que hubiere financiado la construcción del bien; en mi opinión, esta disposición está inspirada en el hecho consistente en que, en la actualidad, la mayoría de las viviendas que fueron construidas y sujetas al régimen de propiedad en condominio, fueron financiadas por Instituciones Públicas.

De igual manera, faculta al Administrador del inmueble a llevar a cabo la notificación de la venta, al titular del derecho del tanto.

Por otra parte, dentro de la regulación, que la ley da al derecho del tanto, dentro de esta institución, veo el único caso en el cual la ley ha consagrado al retracto, como la sanción correspondiente a la violación del derecho del tanto, aún y cuando lo consagra como un derecho, no como una sanción; lo anterior se encuentra dentro del artículo 20 de la Ley de sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal que señala:

ARTÍCULO 20.-"Si el departamento, vivienda, casa o local se enajenare con infracción a lo dispuesto en el artículo anterior, el inquilino o la Institución Oficial que haya financiado o construido el condominio, podrá subrogarse en lugar del adquirente, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de compraventa, siempre que haga uso del derecho de retracto, con exhibición del precio, dentro de los quince días siguientes al en que haya tenido conocimiento de la enajenación..."

Como podemos observar, la ley considera a esta especie de retracto, como una facultad que asiste al inquilino, o a la Institución, titulares del derecho del tanto, en caso de violación de este, lo cual no creo adecuado en virtud de que no es un derecho, si no una sanción que se deriva de un verdadero derecho de preferencia, que es el derecho del tanto.

Asimismo, el artículo transcrito, señala las condiciones para el ejercicio del retracto, indicando que el plazo para poder hacerlo valer es de quince días, contados a partir de que se tuvo conocimiento de la enajenación; esta disposición otorga un plazo muy amplio, para el ejercicio del retracto, en beneficio del titular del derecho del tanto que fue preterido.

El mencionado artículo, continúa diciendo: "... Los Notarios o quienes hagan sus veces, se abstendrán de autorizar una escritura de compraventa de esta naturaleza, si antes no se cercioran de que el vendedor ha respaldado el derecho del tanto. En caso de que la notificación se haya hecho por conducto del administrador del inmueble, el mismo deberá comprobar ante el Notario o quien haga sus veces, en forma indubitable, el día y la hora en que hizo la notificación a que se refiere el artículo anterior".

Este precepto, igualmente establece una obligación a cargo del Notario, de cerciorarse de que la notificación, al titular del derecho del tanto, se haya hecho correctamente, lo cual, en mi opinión, trata de evitar la violación al derecho del tanto.

RESTRICCIONES EN LA DISPOSICIÓN Y APROVECHAMIENTO DE SU DERECHO.- DERECHO DEL TANTO.

1.- El artículo 17 de la mencionada ley sobre el régimen de propiedad en condominio, para evitar la utilización inadecuada de los bienes comunes dentro del condominio, impide la

venta o el arrendamiento aislados de cuartos de servicio, estacionamientos y demás integrantes de una localidad privativa.

2.- Cuando el condómino pretenda enajenar onerosamente su propiedad en condominio, deberá respetar en primer lugar el derecho del tanto del inquilino, si lo hubiere y en segundo, en su caso, de la Institución Oficial financiadora de construcción del inmueble (art. 18 de la ley). Por el contrario los demás condóminos no tienen ese derecho.

6.4. DERECHO DEL TANTO EN EL USUFRUCTO:

El artículo 1005 del Código Civil señala que “el propietario de bienes en que otro tenga el usufructo, puede enajenarlos, con la condición de que se conserve el usufructo”, así se pone de manifiesto la libertad del dueño de disponer de su bien siempre y cuando respete el usufructo

Asimismo el artículo 1005 otorga el derecho del tanto al usufructuario para adquirir el bien dado en usufructo, que el nudo propietario desea enajenar. Se remite al artículo 973 del Código Civil respecto a la forma de dar el aviso correspondiente y para el plazo en que se puede hacer uso del derecho.

No hay prohibición legal respecto de la venta del bien dado en usufructo, cuando se haya hecho sin verificar las notificaciones pertinentes al usufructuario, para que este haga uso de su derecho del tanto, pero se ha hecho extensiva la regulación que al respecto señala la ley para la copropiedad.

Tampoco señala el código el procedimiento a seguir, tratándose de venta de una propiedad con pluralidad de usufructuarios sucesivos y quien será el favorecido por el derecho del tanto; todo parece indicar que el que tiene el usufructo al momento de que el propietario quiere vender, es el favorecido con el derecho.

En principio es claro que la persona que tiene el carácter de usufructuario al momento de llevar a cabo la enajenación el nudo propietario, es quien tiene el derecho del tanto, no así los que hayan transmitido su derecho de usufructuarios, sin embargo cabe preguntarse que sucede tratándose de pluralidad de usufructuarios simultáneos y que por esta razón sean cotitulares del derecho.

En este sentido la ley es omisa, al respecto el Lic. Jorge Domínguez Martínez señala que "El derecho del tanto es de todos, pero precisamente por ello debe ser ejercitado por todos, de ejercitarlo y llegar a la celebración de la operación por la que adquieren la propiedad del bien usufructuado, esta adquisición sería en copropiedad y en proporción a sus respectivas porciones en el usufructo".⁵⁹

⁵⁹J Domínguez, Op Cit . p 429

En mi opinión, lo antes expuesto atenta contra uno de los fines primordiales del derecho del tanto, que es tratar de extinguir la propiedad dividida, yo creo que en este supuesto debe ser aplicado lo que señala la ley respecto de la copropiedad, es decir que el usufructuario que tenga en el usufructo la mayor parte del bien, tenga también la preferencia para adquirir y en caso de igualdad decida la suerte, asimismo creo justo condicionar la enajenación, al respeto del usufructo que gozan los usufructuarios que no han podido ejercitar el derecho del tanto, de lo contrario estos quedarían en una completa inseguridad jurídica, si en cualquier momento la enajenación en favor del otro, acaba con sus derechos.

6.5. DERECHO DEL TANTO EN LA SUCESIÓN:

Existe comunidad dentro del derecho sucesorio, cuando dos o más sujetos tienen derecho de manera común sobre una masa hereditaria, mientras no se haga la división de la misma; esta comunidad de bienes se puede dar entre varios sujetos a título de herederos o de legatarios, en el primer caso a título universal, en el segundo a título particular.

El ejercicio del derecho del tanto dentro de esta institución jurídica, se presenta cuando un coheredero o colegatario manifiesta su intención de enajenar, por medio de venta o de dación en pago exclusivamente, es decir a título oneroso, su parte alicuota en la comunidad.

A fin de que los titulares del derecho de preferencia se encuentren en condiciones de ejercitar su derecho, el coheredero o colegatario interesado en actualizar la enajenación, deberá proceder a la notificación de las condiciones de la venta por medio de Notario público, judicialmente o por medio de dos testigos, concediendo la ley un plazo de ocho días contados a partir de la notificación, para el ejercicio del derecho.

Al igual que en la copropiedad, en caso de que varios coherederos o colegatarios manifiesten su deseo de ejercitar su derecho, se preferirá al que guarde una mayor porción en la comunidad y en su defecto la suerte lo determinará.

Finalmente, y también de manera similar a la copropiedad, en caso de violación al derecho de preferencia, el acto jurídico que originó dicha violación "no producirá efecto legal alguno", esto es, está viciado de nulidad, nulidad que en mi opinión es relativa, convalidable mediante el ejercicio de la acción de retracto, de conformidad con lo ya expuesto.

6.6. DERECHO DEL TANTO DE SOCIOS EN SOCIEDADES CIVILES:

El artículo 2688 de nuestro Código Civil nos ofrece la siguiente definición respecto de la sociedad civil:

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

En virtud de que las sociedades civiles, por implicar la participación de un grupo de personas que aportan bienes y esfuerzos para el ejercicio de las actividades propias de la misma sociedad, trae consigo una comunidad de bienes, comunidad que, como hemos dicho anteriormente, es fuente natural de problemas.

Para evitar que estos problemas se actualicen o bien se agraven con la intromisión de agentes extraños, la ley regula un derecho de preferencia para el caso de que un comunero decida enajenar su parte de la sociedad, estableciendo prácticamente la misma regulación que para los casos de copropiedad, con la salvedad de que en caso de concurrencia de socios que deseen hacer uso de su derecho de preferencia, se preferirá al que represente la mayor proporción en la sociedad, es decir no al que tenga la mayor parte de los bienes de la sociedad, si no la mayor proporción, por que un socio puede participar en la sociedad con bienes o con esfuerzo.

La razón de ser de esta disposición, es propiciar que aquel sujeto que por su proporción en la sociedad, tiene un lugar primordial en la toma de decisiones, conserve esta facultad.

Asimismo, cabe resaltar que la ley, en este caso obliga, para que la enajenación pueda llevarse a cabo, o bien para poder admitir nuevos socios a la sociedad, que se cuente con el consentimiento de los demás coasociados, lo cual nos lleva a que la notificación que se haga a los socios, no se vea motivada por el interés de que se haga uso del derecho del tanto, sino que los coasociados otorguen su consentimiento en la venta.

6.7. DERECHO DEL TANTO EN LA APARCERÍA RURAL:

A pesar de que las consecuencias naturales del contrato de aparcería rural, no impiden al propietario que pueda contratar con quien le plazca, dichas consecuencias se ven modificadas al disponer la ley, que el anterior aparcerero goza del derecho del tanto para la celebración de una nueva aparcería, sobre el nuevo contratante, así se encuentra establecido en el artículo 2750 del código civil:

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

Tratándose de esta especie del derecho del tanto, creo que la ley debería regular el evento de que el propietario del predio dado en aparcería agrícola, decida enajenar el mismo, en mi opinión el aparcerero debe gozar del derecho del tanto, no sólo para la celebración de una nueva

aparecería, si no también para esta adquisición, ya que acorde a los fines propios del derecho del tanto, se debería acabar así con la división de la propiedad de los frutos en manos del aparcerero.

Por otra parte, es posible que el vínculo entre el propietario y el aparcerero se base más que en el contrato, en una relación de afinidad o amistad que no necesariamente va a existir entre el aparcerero y el tercero extraño que desea adquirir, por lo que de negar el derecho del tanto, podría generar una gran cantidad de problemas.

**CAPITULO III.- DERECHO DE PREFERENCIA POR EL
TANTO
CONCEPTOS Y CARACTERES ESENCIALES**

CAPITULO III.- DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO: CONCEPTOS Y CARACTERES ESENCIALES.

I.- NATURALEZA JURÍDICA:

Respecto de la naturaleza jurídica del derecho de preferencia por el tanto, encontramos al igual que en el caso del derecho del tanto, diversas posiciones ha esgrimido la doctrina al tratar el tema; por una parte el maestro Lozano Noriega respecto de la compraventa, lo señala como "un contrato de preferencia condicional" que no altera la esencia del contrato originalmente celebrado, sino que modifica el derecho del vendedor a ser preferido cuando su comprador desee enajenar el bien objeto del contrato inicial; es decir, "la condición consiste en que el comprador quiera vender primero y segundo que el vendedor ejercite su derecho dentro del plazo que fije la ley y en las condiciones que esta señala".⁶⁰

En mi opinión si bien el derecho de preferencia por el tanto en la compraventa obliga al comprador originario a preferir al vendedor en caso de la futura venta del bien vendido, no es posible considerar que el ejercicio la preferencia por parte del vendedor originario sea una condición que limite la posterior venta del bien, de tal manera que para que la venta pueda efectuarse, debe primero manifestarse la intención de ejercitar o no el derecho de preferencia por

⁶⁰F Lozano. Op Cit . p 200

el tanto, lo anterior en virtud de que basta que el comprador originario le venda a un tercero para que no se respete la condición no se limite la posterior venta del bien y basta también que el comprador originario le pague daños y perjuicios al vendedor originario, para que la venta realizada con el tercero surta sus efectos sin limitación alguna.

Asimismo para el antes mencionado autor, se trata de un derecho de carácter personalísimo en virtud de que la ley señala la prohibición de cederse (artículo 2308 Código Civil), tratándose este de uno de los casos en que la ley prohíbe la cesión de derechos.

En esta opinión estoy de acuerdo en el sentido de que es la manifestación de la voluntad de dos o más sujetos lo que da lugar al establecimiento del derecho de preferencia por el tanto, y se entiende que se manifestó la intención de preferir derivada de las características propias del sujeto con quien se contrata, que no necesariamente tienen otras personas.

Para Ramón Sánchez Meda estamos frente a un derecho personal o de crédito. de ahí que su infracción sólo origine el pago de daños y perjuicios (no la nulidad del acto), dejando válida la venta efectuada con violación del mismo.

Lo cual me parece acertado toda vez que el derecho de preferencia por el tanto está fundamentado en el sujeto o sujetos participantes en este derecho y no tiene su base o sustento en un derecho real como el derecho del tanto, de ahí que si el sujeto pasivo realiza un acto jurídico en violación al derecho de preferencia por el tanto, la sanción que corresponde es el

pago de daños y perjuicios, de esta forma se compensa al preterido y se respecta la voluntad del sujeto pasivo de contratar con quien desee, y no la nulidad del acto pues este no es ilícito.

A mayor abundamiento es un derecho personas susceptible de renunciarse, reglamentarse, modificarse o ampliarse por la mera manifestación de la voluntad de los sujetos contratantes.

Antes de la reforma del 23 de Septiembre de 1993, el artículo 2448 J respecto del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación regulaba el derecho de preferencia que asiste al arrendatario en caso de que el propietario arrendador decida enajenar la finca arrendada, señalándolo como un derecho del tanto al establecer lo siguiente:

ART. 2448 J.- El ejercicio del derecho del tanto se sujetará a las siguientes reglas:

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

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

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

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

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

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

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

Como podemos observar en el texto antes transcrito, el legislador consideraba al derecho de preferencia que asiste al arrendatario en caso de venta de la finca urbana destinada a la habitación que había sido arrendada, como un derecho del tanto, y en este sentido el maestro Ramón Sánchez Medal lo consideraba como un verdadero derecho real por las siguientes razones:

1.- Es un derecho real aunque no se inscribe en el registro público de la propiedad y es un gravamen clandestino que se hace oponible a terceros en virtud de la nulidad de pleno derecho que opera si se viola el derecho del tanto, además impide que la escritura se inscriba haciendo acreedor al Notario Público que hubiera otorgado tal escritura, a la suspensión temporal de su oficio (artículo 126 fracción III de la Ley del Notariado);

2.- es un derecho concedido a cada uno de los inquilinos de las diferentes localidades para habitación de un mismo edificio, y no es por tanto exclusivo del inquilino de la totalidad de la finca que va a venderse por el arrendador;

3.- el único requisito para él o los titulares de este derecho, es que el inquilino o inquilinos en cuestión se encuentren al corriente en el pago de sus rentas, sin importar ni la duración del

contrato, ni la existencia de obras o mejoras que el inquilino hubiese efectuado en la localidad arrendada:

4.- Por evidente analogía con la copropiedad, si el arrendador vende directamente el inmueble, el inquilino de una de las localidades de ese inmueble destinado a la habitación, no debe notificar a los demás inquilinos de las localidades destinadas a la habitación del mismo inmueble, porque la preferencia del derecho del tanto es frente a terceros ("Extraños", los llama el artículo 973 del Código Civil) y no frente a los demás cotitulares del mismo derecho.

En mi opinión los argumentos esgrimidos por el Lic. Ramón Sánchez Medal, que consideran al derecho de preferencia que nos ocupa como un verdadero derecho real, se deben a que su fundamento era un antiguo precepto de nuestro código civil que le dotaba del mismo carácter de derecho real y que hacía, en mi opinión erróneamente, partir un derecho real de un derecho de naturaleza personal como es el arrendamiento.

Si analizamos la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento, podemos percatarnos que estamos frente a un derecho personal que no impone, como en el caso de los derechos reales, una oponibilidad absoluta, si no eventualmente relativa, es decir sólo frente al tercero, con el cual se llegue a contratar la venta del bien arrendado y que le cedan los derechos y obligaciones que genera el arrendamiento, como son por ejemplo la obligación de mantener el contrato con el inquilino del anterior propietario. Los derechos del arrendatario serán oponibles al nuevo dueño solamente.

Asimismo, el anterior precepto otorgaba una naturaleza real al derecho que consagraba y por lo tanto lo hacía oponible universalmente, en virtud de que la sanción por violación al derecho de preferencia daba lugar a la nulidad del acto, y no al simple resarcimiento mediante el pago de daños y perjuicios.

Miguel Alessio Robles al referirse al anterior artículo 2448 J señalaba lo siguiente: “Una de las más importantes deficiencias de este derecho preferencial es la falta de concordancia entre el bien jurídico protegido y el derecho del que deriva, dado que en este caso, al encontramos frente a un derecho de crédito, esencialmente temporal, la naturaleza más conveniente para este derecho, en aras de la seguridad jurídica de terceros, lo es el derecho de preferencia por el tanto que sólo trae como consecuencia el pago de daños y perjuicios.”⁶¹

A raíz de la reforma el artículo 2448 J reviste una connotación distinta que es la siguiente:

ART. 2448 J.- En el caso de que el propietario del inmueble arrendado decida enajenarlo, él o los arrendatarios tendrán derecho a ser preferidos a cualquier tercero en los siguientes términos:

⁶¹M. Alessio, Op Cit , p 74-75

I.- En todos los casos el propietario deberá dar aviso por escrito al arrendatario de su deseo de vender el inmueble, precisando el precio, términos, condiciones y modalidades de la compraventa.

II.- El o los arrendatarios dispondrán de quince días para dar aviso por escrito al arrendador su voluntad de ejercitar el derecho de preferencia que se consigna en este artículo, en los términos y condiciones de la oferta, exhibiendo para ello las cantidades exigibles al momento de la aceptación de la oferta, conforme a las condiciones señaladas en ésta;

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

IV.- Tratándose de bienes sujetos al régimen de propiedad en condominio, se aplicarán las disposiciones de la ley de la materia. En este caso opera el derecho del tanto.

V.- La compraventa realizada en contravención de lo dispuesto en este artículo otorgará al arrendatario el derecho de demandar daños y perjuicios, sin que la indemnización por dichos conceptos pueda ser menor a un 50% de las rentas pagadas por el arrendatario en los últimos meses.

La acción antes mencionada prescribirá sesenta días después de que tenga conocimiento el arrendatario de la realización de la compraventa respectiva.

En caso de que el arrendatario no cumpla con las condiciones establecidas en las fracciones II o III de este artículo precluirá su derecho.

Con esta reforma el legislador eliminó el concepto y tratamiento de derecho del tanto, que se daba al arrendamiento para referirse a él como un derecho de preferencia, lo cual en mi opinión, acertadamente reivindicó la naturaleza jurídica del mencionado derecho, que es la de tratarse de un derecho personal.

En realidad, el derecho de preferencia por el tanto, es de carácter personal, en virtud de ser obligaciones de hacer algunas veces de carácter contractual y otras por disposición de la ley y que es el preferir al titular del derecho frente a terceros al momento de vender, y la de notificar a éstos dichos actos, obligaciones netamente de carácter personal, obligaciones que se adquieren por la calidad personal del titular del derecho.

2.- BIEN JURÍDICO TUTELADO:

Al ser este Derecho resultado de la declaración de voluntad de las partes o bien de una manifestación unilateral de voluntad no existe ninguna institución de por medio, como podría ser la comunidad de derechos donde el legislador busca evitar la intromisión de extraños indeseables, si no que la causa eficiente de estos derechos de preferencia por el tanto son vagas y escuetas.

Podemos decir que la norma en éste caso trata de tutelar el interés personal de readquirir el bien que enajena, y que por eso, es pactado dicho derecho en el contrato de compraventa, pero éste interés personal podría ser de lo más diverso, no siguiendo entonces un razonamiento lógico jurídico. Y segundo en el caso por ejemplo del arrendamiento de fincas no destinadas a la habitación, no es el caso que exista una necesidad imperante de ésta índole, por lo que sólo podemos deducir que se está protegiendo la localización del negocio, así como la cartera de clientes del mismo, o la productividad de éste, a fin de cuentas se vuelve a traducir en un interés personal del sujeto activo, pudiendo ser de lo más diverso.

Traduciéndose entonces como bien jurídico tutelado el interés en particular del sujeto activo de la relación, ya que la ley simplemente coloca al titular del derecho en una situación de preferencia con relación a terceros para la adquisición de un bien o derecho.

3.- FUNDAMENTO LEGAL Y FORMA DE OPERACIÓN:

La previsión legal más clara prevista en el Código Civil, es la que permite a un vendedor, cuando hubiere sido pactado, ser preferido por su comprador para volver a adquirir lo vendido, si quien se lo compro pretende enajenar aquello, esto lo podemos apreciar en el artículo 2303 del Código Civil que señala lo siguiente:

ART. 2303.- "Puede estipularse que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tanto, para el caso de que el comprador quisiere vender la cosa que fue objeto del contrato de compraventa".

Como podemos notar este precepto se refiere exclusivamente a la compra venta, pero se puede reconocer en todos los contratos traslativos de dominio e incluso de uso como en el arrendamiento, lo anterior con fundamento en el artículo 1859 del mismo ordenamiento que establece que en lo relativo a disposiciones legales sobre los contratos, estas serán aplicables a todos los demás acuerdos o convenios siempre que no se opongan a la naturaleza de los mismos o a disposiciones que para los mismos establezca específicamente la ley.

El derecho de preferencia por el tanto puede tener su origen en la ley o en la voluntad unilateral de un sujeto, o en el consentimiento de las partes en el contrato, en este último caso no puede sostenerse que la fuente es la ley, pues aunque esta prevé la posibilidad de que nazca en un contrato de compraventa, nada impide que se pacte en cualquier tipo de contrato y aunque nazca por voluntad unilateral, amén de lo previsto en la ley, se requiere la voluntad para su nacimiento, de esta forma se entiende que el derecho de preferencia por el tanto opera de la siguiente manera:

Una persona-- que para efectos de la explicación llamaremos vendedor originario-- enajena un bien determinado a otra persona-- comprador originario-- y entre ellos se pacta que el comprador originario debe hacer saber al vendedor originario, llegado el caso de que se decida vender, las bases sobre las cuales va a enajenar la cosa. Ello se lo debe notificar de una manera fehaciente, la ley no distingue si la misma debe hacerse por Notario público o por vía judicial, se puede llevar a cabo ante simples testigos, o las partes pueden pactarlo.

Por otra parte, dentro de lo correspondiente a las Obligaciones del arrendador encontramos la de "preferir al arrendatario".

En ciertos arrendamientos, los que han durado más de 5 años y siempre que el inquilino haya hecho mejoras de importancia y se encuentre al corriente en el pago de sus rentas, debe el arrendador conceder al arrendatario un derecho de preferencia en igualdad de condiciones, frente a terceras personas para el caso de venta o de nuevo arrendamiento de dicha finca (Art. 2447 Código Civil).

Se trata claramente de un derecho personal que se otorga al titular del derecho, por su calidad de arrendatario y por cumplir con las condiciones que fija la ley. Y en este sentido resalta lo siguiente:

a) se trata de una obligación a cargo del arrendador y no un derecho real a favor del inquilino, así el incumplimiento hace responsable sólo del pago de daños y perjuicios, pero no es causa para que se anule la venta o el arrendamiento. En cambio el inquilino de una localidad bajo régimen de propiedad en condominio goza del derecho al tanto y en caso de violación de él, nulidad o la acción de retracto.

b) **CONDICIONES PARA QUE EXISTA LA OBLIGACIÓN:**

1) **Arrendamiento por más de 5 años;**

2) **que el inquilino haya hecho en la finca arrendada obras necesarias o mejoras útiles no prohibidas expresamente en el contrato;**

3) **que dichas mejoras sean de cierta consideración, atendiendo al importe de la renta y el valor de la finca;**

4) **que se halle al corriente en el pago de la renta;**

5) que el inquilino tenga en arrendamiento TODA la finca, no sólo parte de ella.

Este derecho de preferencia puede renunciarse, reglamentarse, modificarse o ampliarse mediante un pacto expreso, por ejemplo disminuir el plazo de 5 años, aceptarlo en arrendamiento parcial, etc., por su naturaleza de derecho personal.

El comprador o adquirente debe hacer saber al que fue su vendedor, llegado el caso de que se decida a vender, las bases sobre las cuales va a enajenar la cosa. Ello se debe notificar de una manera fehaciente, aunque en este caso la ley no exige la notificación a través de Notario o en la vía judicial, lo cual implica que la misma se puede hacer por medio de testigos.

El vendedor está obligado a ejercer su derecho de preferencia dentro de los tres días, si la cosa fuere mueble, si fuere inmueble, tendrá el término de diez días. En estos casos existe la obligación de pagar el precio que el comprador ofrece, en caso contrario queda sin efecto el derecho de preferencia. (art. 2304 C.C.), y en este último supuesto, opera este derecho igual que el derecho del tanto.

Si en el lapso en que el comprador originario hace la notificación el vendedor originario no hace uso de su derecho, lo pierde, tal y como lo expresa el artículo 2304 del Código civil que a la letra dice lo siguiente:

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

Por su parte el artículo 2305 dispone:

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

El código alemán no se limita este derecho de preferencia al caso de que el comprador quisiera vender la cosa, si no en general para el caso de que el comprador quisiera enajenar, y de alguna manera podría pactarse igual en nuestro derecho.

4.- SANCIÓN POR VIOLACIÓN AL DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO:

Debemos partir considerando que el artículo 2305 del Código Civil, que he citado anteriormente, pero que para efectos de esta explicación menciono nuevamente:

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

Como podemos notar nuestro Código Civil, no considera nula la venta que se hace en contravención a la cláusula, por la que el vendedor se hubiere obligado previamente a conceder preferencia "POR EL TANTO" en favor de otra persona, como lo hacer respecto del derecho del tanto, sino que la legítima, obligando sólo al pago de los daños y perjuicios causados al titular del derecho del tanto que ha sido preterido.

En mi opinión, este tratamiento jurídico es adecuado, ya que obedece a la naturaleza jurídica de este tipo de derecho, toda vez que tratándose de un derecho personal se persigue que el sujeto activo del derecho de preferencia contrate con quien realmente lo desea, sin embargo la ley no pretende dejar en estado de inseguridad al titular del derecho, de lo contrario desaparecería incluso la razón de ser del derecho de preferencia, de ahí que señale la sanción consistente en el pago de daños y perjuicios, la cual si bien no es tan radical como la nulidad en el caso del derecho del tanto, si trata de resarcir al preterido del daño o perjuicio que le pueda originar la contravención a su derecho.

5.- DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO: DEFINICIÓN.

Esta figura jurídica se encuentra regida por los artículos del 2303 al 2308, inclusive, de nuestro código civil, sin embargo el citado ordenamiento no nos ofrece una definición, ni siquiera escasa de esta figura, sólo plantea su existencia y su régimen dando por supuesto el conocimiento de los elementos que la integran.

En virtud de lo anterior y a fin de conocer su significado, debemos remitirnos a la doctrina que respecto de la materia ofrece una serie de conceptos, entre ellos señalo a continuación la definición proporcionada por el Licenciado Ernesto Gutiérrez y González:

“Es la facultad pactada, en un contrato traslativo de dominio, para que el enajenante adquiera la misma cosa que enajenó, con preferencia que un tercero, si fuere el caso de que el adquirente deseara volver a enajenarla, o bien, es también la facultad otorgada a una persona por el titular de un derecho transmisible si es que éste deseara enajenar, para que adquiera si lo desea, con preferencia a cualquiera otra persona, ese derecho”.⁶²

En mi opinión, entendemos al derecho de preferencia por el tanto lo siguiente:

⁶²E. Gutiérrez, Op Cit p 222

“La prerrogativa que le asiste a una persona que celebra con otra un contrato traslativo de dominio para, que si en el futuro esta desea enajenar y ya tiene posible adquirente, lo prefiera a el en igualdad de bases y condiciones, en el entendido que este derecho se deriva de un pacto o convenio entre las partes, y no de una obligación legal”.

6.- DIVERSAS CIRCUNSTANCIAS QUE DAN LUGAR AL DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO:

6.1. PREFERENCIA POR EL TANTO EN LA COMPRAVENTA:

Al momento de celebrar un contrato de compraventa, se presenta como consecuencia natural que el comprador puede, después de perfeccionado el contrato, disponer libremente del bien adquirido, en calidad de propietario, es decir implica una enajenación del mismo.

Sin embargo estas consecuencias naturales, pueden por voluntad de las partes verse modificadas cuando se pacta contractualmente que el vendedor gozará de la preferencia por el tanto, si el adquirente desea vender la cosa a un tercero. Así el artículo 2303 del Código Civil, dispone lo siguiente:

ART. 2303.- "Puede estipularse que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tanto, para el caso de que el comprador quisiera vender la cosa que fue objeto del contrato de compraventa".

La ley misma, no considera normal en los contratos de compraventa, el que se obligue al comprador a preferir al vendedor y es por ello da al pacto el carácter de excepcional.

6.2. PREFERENCIA POR EL TANTO EN EL ARRENDAMIENTO:

En el contrato de arrendamiento, hay que distinguir dos tipos de preferencias por el tanto que establece la ley: la primera preferencia, es la que se refiere a la enajenación de la finca; la segunda, a la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento.

A pesar de que las consecuencias naturales del contrato de arrendamiento no afectan, en lo más mínimo, las facultades de disposición del arrendador, quien como todo propietario, puede enajenar el bien que le corresponde y en favor de quien le plazca, estas consecuencias naturales, ahora por disposición de la ley o derivado de la manifestación de la voluntad de las partes, se ven modificadas, ya que dicho arrendador debe abstenerse de contratar con terceros y preferir al arrendatario.

Para la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento, se observa la misma situación anterior, pues si el arrendamiento ha durado más de cinco años, si el arrendatario ha hecho mejoras de importancia, y se halla al corriente en el pago de la renta, el arrendador debe abstenerse de contratar con terceros y preferir al anterior arrendatario, así lo establece el artículo 2447 del código civil, que a la letra dice lo siguiente:

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

**CAPITULO IV.- CONCURRENCIA DE DERECHOS DE
PREFERENCIA**

CAPITULO IV.- CONCURRENCIA DE DERECHOS DE PREFERENCIA:

Al hablar de la concurrencia de derechos de preferencia, Carlos Cuevas Senties señala lo siguiente: "La existencia de derechos de adquisición preferente establecidos por la ley, en ocasiones trae como consecuencia que un mismo acto de enajenación de inmuebles, genere la concurrencia o el conflicto de diversos derechos de adquisición preferente de diferente naturaleza, debiendo por lo tanto la ley establecer las reglas que solucionen estos conflictos".⁶³

Este tema es tratado en nuestra legislación, exclusivamente por los artículos 974 y 1293 del Código Civil, respecto de la concurrencia de copropietarios o la concurrencia de coherederos que deseen hacer uso de su derechos de preferencia, dando los mencionados preceptos, la opción de buscar en principio, quien detenta la mayor parte de la comunidad o bien en su defecto, acudir a la suerte de cada uno.

Sin embargo, respecto de la concurrencia de derechos de preferencia de diversa naturaleza, no encontramos una disposición en específico, ante lo cual lo conveniente es analizar el bien jurídico tutelado por los derechos de preferencia en cada institución concreta, así como la situación jurídica que da lugar a la preferencia, y de ahí tratar de encontrar que derecho habrá de prevalecer sobre otro.

⁶³M Alessio. Op Cit . p 99-79

A continuación señalo algunas formas de concurrencia de derechos de preferencia:

1.- COMUNERO Y USUFRUCTUARIO:

En caso de concurrencia del derecho del tanto que asiste al usufructuario respecto de la nuda propiedad y del copropietario del mismo bien, debe entenderse que prevalece el derecho del copropietario por varias razones; en principio por tratarse de un derecho de igual naturaleza del que se pretende enajenar, y sobre todo por que uno de los fines del derecho de preferencia es buscar la consolidación de la propiedad, evitando así los conflictos naturales que se generan como resultado de la comunidad de bienes.

2.- COMUNERO Y ARRENDATARIO:

En caso de concurrencia de derechos de preferencia de comunero y arrendatario, igualmente debemos entender que es primordial el derecho que asiste al copropietario sobre el derecho del inquilino.

En opinión del maestro Cuevas Senties "... Desde luego cabe apuntar que ante la redacción del citado artículo 2448J... deja claro que lo que busca el legislador es que el arrendatario adquiera en propiedad la finca que habita, lo cual no podría lograr de adquirir una porción indivisa de la misma, y se contraría el fin perseguido por la ley de liquidar la copropiedad o conservar la intimidad de los que originalmente la formaron, al ingresar el arrendatario a dicha comunidad, y por lo tanto que prevalece el derecho preferente del comunero sobre el del arrendatario".⁶⁴

Comparto la opinión antes señalada, toda vez que si consideramos uno de los fines propios del derecho del tanto, que consisten en evitar el desmembramiento de la propiedad, de otorgar el derecho de preferencia al inquilino, se conservaría el estado de división del bien arrendado, lo cual en definitiva trata de evitar la ley, en este caso es preferible que el copropietario adquiera, consolide en mayor medida la propiedad y se obligue a respetar el arrendamiento.

3.- USUFRUCTUARIO Y ARRENDATARIO:

En opinión del Lic. Miguel Alessio Robles en caso de concurrencia de derechos de preferencia de usufructuario y arrendatario se debe preferir al usufructuario, no simplemente por tratarse de un derecho real, sino por que el arrendamiento es un derecho que en nada se relaciona con uno de los fines del derecho de preferencia, que es buscar la consolidación de la propiedad dividida.

⁶⁴Ibid p 80

En caso de que el arrendatario haya obtenido su derecho derivado de un contrato con el dueño del inmueble, es claro que se lograría la finalidad del derecho de preferencia, en caso de dar prioridad al usufructuario, pues quedaría consolidado el derecho de propiedad y se mantendría el arrendamiento.

En caso de que se tratara de arrendamiento del usufructo, si se prefiere al usufructuario, se extinguirá el arrendamiento, por extinguirse el objeto del mismo.

En el supuesto de preferirse al arrendatario, se mantendría el conflicto que tratan de evitar los derechos de preferencia, al mantenerse la división de la propiedad.

**CAPITULO V.- DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO
DEL TANTO Y EL DERECHO DE PREFERENCIA POR
EL TANTO**

C A P I T U L O V .-DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO DEL TANTO Y EL DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO:

a) EN CUANTO AL SUJETO ACTIVO.- El derecho del tanto se otorga generalmente en favor del partícipe en la titularidad de un derecho real, en cambio el derecho de preferencia por el tanto proviene de la titularidad de un derecho personal.

b) EN CUANTO A SU NATURALEZA: El derecho del tanto sólo encuentra su existencia en la ley, pues no se puede pactar por los particulares. Así por ejemplo lo encontramos en el artículo 950 C.C. en la copropiedad, art. 1292 C.C. de los herederos y en el art. 2706 C.C. de las sociedades civiles.

En cambio el derecho de preferencia por el tanto es “convencional”, aunque en ciertos casos también lo establece la ley, por lo que en palabras del profesor Gutiérrez y González esta figura puede llegar a confundirse con el derecho del tanto, pero por su origen se trata de un verdadero derecho de preferencia por el tanto.

c) EN CUANTO A SU TRANSMISIBILIDAD: El derecho del tanto se transmite a los herederos del copropietario, si es que a éstos se les transmite la parte de copropiedad, o a quien ella los transmita por causa de muerte.

En el derecho de preferencia por el tanto no es transmisible por herencia, dado su carácter personal, y de hecho tal como lo establecimos en puntos anteriores no admite la cesión de derechos (art. 2308 C.C.).

d) EN CUANTO A LA FORMA DE EJERCITARSE: El derecho del tanto tiene siempre y en todo caso, un plazo genérico de ocho días para ejercitarse, se trate de inmueble o mueble el que esté en copropiedad.

En el derecho de preferencia por el tanto la ley establece un plazo de tres días para ejercitarlo en el caso de bienes muebles y de diez días en el caso de bienes inmuebles.

e) EN CUANTO A SU SANCIÓN: Si el derecho del tanto no se respeta, determina la ley que el acto jurídico así celebrado, no surte efecto legal alguno, o en algunos casos la ley lo señala expresamente como nulo.

En cambio si se viola un derecho de preferencia por el tanto, la operación surte plenamente sus efectos, pero la persona que actuó en violación al derecho tiene la obligación del pago de daños y perjuicios al preterido, que se hayan podido causar.

Una primera consecuencia de la distinción entre ambas categorías es que el derecho del tanto sólo puede nacer por disposición de la ley, pues no se forma por la voluntad de las partes. Las preferencias por el tanto, pueden nacer convencionalmente, dado que la voluntad de las partes es de primera importancia.

La segunda consecuencia se refiere a los efectos que trae consigo el incumplimiento de las obligaciones que entrañan uno y otro derecho. En el caso del derecho del tanto, el incumplimiento trae consigo la nulidad del contrato; en la preferencia por el tanto, el incumplimiento de las obligaciones que encierra, se traduce en el pago de daños y perjuicios, de acuerdo con los principios generales de la teoría de las obligaciones.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Como se desprende de lo que he venido analizando, resumo las conclusiones de este trabajo, de la siguiente manera:

Como resultado del trabajo desarrollado, se ha observado que nuestros ordenamientos civiles prevén la existencia de los llamados derechos de preferencia, y los otorgan en favor de un sujeto en una o varias relaciones jurídicas, estableciendo como presupuesto para su operación situaciones diversas, como podría ser el caso de una propiedad dividida, o bien en aquellas ocasiones en que sin existir división de la propiedad, el legislador he encontrado en el sujeto titular del derecho una cualidad específica que lo hace acreedor a la facultad consagrada en la ley.

Los derechos de preferencia, consagran en favor de una persona determinada una facultad de ser preferidas frente a terceros, en la realización de un acto jurídico, y es esa primacía en la adquisición, realización o conservación de un derecho, lo que da a los derechos de preferencia su razón de ser, y esto determina su esencia.

En atención a lo anterior, puede definirse a los derechos de preferencia como:

La facultad con que cuenta el individuo que reúne una cierta calidad en una relación jurídica, para ser preferido; esa preferencia puede ser para adquirir un bien o un derecho.

Como presupuesto de los derechos de preferencia, observamos la existencia de un acto jurídico previo, el cual propiamente les da origen, pero que no se identifica con ellos, este acto jurídico que constituye el presupuesto, bien puede tratarse de una comunidad de derechos reales o personales respecto de una misma cosa, o bien simplemente de la posición que tenga el titular del derecho en la relación jurídica previa a que me he referido.

De conformidad con lo que he expuesto anteriormente, es común que a los derechos de preferencia se les clasifique en función a la institución que les sirve de soporte, y en este sentido se desprenden dos categorías

1.- Los derechos de Preferencia que tienen su base o sustentación en un derecho real, dentro de los cuales es posible encontrar al **Derecho del Tanto**.

2.- Los derechos de preferencia que tienen su origen en un derecho personal, los cuales han sido llamados **derechos de preferencia por el tanto**.

1.- El Derecho del tanto por tratarse de un derecho real, reúne los requisitos o caracteres de tal tipo de derechos, como son:

a) La indeterminación del sujeto pasivo, pues su titular puede disponer de el, puede ser preferido y aceptar el derecho que le otorga la preferencia, en contra de todo el mundo, porque todos tienen la obligación de abstenerse de interferir en su derecho, esta situación es incluso regulada por nuestro derecho positivo al señalar el Código Civil que la venta celebrada en violación al derecho del tanto "no producirá efecto legal alguno", con lo cual se observa la intención del legislador de castigar con la nulidad, a aquellos actos que con violación al derecho del tanto, son celebrados comúnmente.

b) Se trata a su vez el derecho del tanto de un poder jurídico que otorga a su titular una potestad o un derecho protegido por la ley, sobre la cosa en la cual recae y cuya explotación le corresponde exclusivamente;

c) Permite a su titular el libre aprovechamiento sobre su derecho, puede disponer de el, decidiendo ejercitar o no el Derecho de Preferencia, cuando se le da la opción y si está en condiciones, de cubrir los requisitos para la adquisición.

El derecho del tanto ha nacido como consecuencia de una necesidad de protección a un sujeto en una relación jurídica, que el legislador trató de plasmar en nuestros ordenamientos.

Por otra parte, el fin que persigue el derecho del tanto, va a depender de cada institución jurídica en que se presente, así es posible resumir estos fines perseguidos por el derecho del tanto, de la siguiente manera:

PRIMERO.- El derecho del tanto busca, específicamente dentro de la copropiedad, el evitar los conflictos naturales que devienen por la coexistencia de dos derechos reales sobre un mismo bien, fomentando la consolidación del derecho de propiedad en unas solas manos. Insistiendo en que este fin se presenta principalmente dentro de la copropiedad.

SEGUNDO.- El derecho del tanto, desde el punto de vista del sujeto activo del mismo, persigue a su vez dar una mayor seguridad al tráfico jurídico, en la medida en que garantiza que el acto previamente celebrado con el sujeto pasivo del derecho surtirá sus efectos. Por ejemplo en el caso del usufructo, que ha sido analizado con anterioridad.

Sin embargo, desde el punto de vista del sujeto pasivo del derecho, el derecho del tanto va a significar un obstáculo muy grande al tráfico jurídico, toda vez que se le obliga a abstenerse de contratar con terceros, en tanto que no se haga uso del derecho del tanto o se rechace el mismo, lo cual en definitiva implica un retraso en los actos jurídicos, que desee celebrar el sujeto pasivo del derecho.

TERCERO.- El derecho del tanto busca también, en algunos casos concretos, proporcionar una protección al patrimonio de la familia, facilitando el ingreso al mismo de bienes o derechos que puedan incrementar su propiedad, y en algunos casos evitar la salida contra su voluntad, de derechos adquiridos previamente, por la intervención de terceros extraños; principalmente persigue el fin social de proporcionar vivienda a la familia.

A fin de encontrar un ejemplo de lo expuesto podemos apreciar la regulación referente a la aparcería rural.

CUARTO.- Otro fin radica en la facultad de proporcionar a una persona la conservación del dominio y mayoría en una negociación, evitando la intromisión de otra persona; en este caso no necesariamente tiene que ser un extraño el que le prive de la mayoría adquirida, un ejemplo se encuentra, en el caso de la sociedad civil

Además de los fines, en relación con la sanción que origina la violación al derecho del tanto, veo que la misma ocasiona una nulidad relativa, toda vez que el derecho del tanto da la posibilidad al sujeto activo a renunciar a su derecho, y propiciar que el acto celebrado en violación a él surta plenamente sus efectos, situación que no sería posible tratándose de una nulidad absoluta, donde es necesario que el acto que es declarado nulo sea imprescriptible e inconfirmable.

Sin embargo, la privación de efectos de la enajenación celebrada con violación al derecho del tanto, por medio de la nulidad relativa, pone en riesgo el tráfico jurídico, pues en estas enajenaciones generalmente el comprador ya tiene en su poder la cosa enajenada, ya ha pagado un precio o ha dado una contraprestación por ella, ante lo cual habitualmente, se sigue un juicio para que por la vía judicial y mediante sentencia, se decida la sanción que corresponde a la violación del derecho del tanto, sanción que generalmente otorga la facultad de adquirir la parte enajenada al extraño, y esto es más fácil de configurar a través del retracto, el cual evita no sólo el juicio, sino el tiempo, los daños y los perjuicios que puede ocasionar el mismo.

Si la subrogación del titular del derecho del tanto, en los derechos adquiridos por el tercero, se lleva a cabo a través del retracto, logra que la propiedad deje de estar dividida, da seguridad en el tráfico jurídico y en general cumple con los fines propios del derecho del tanto; el retracto entonces se constituye como la sanción más lógica y segura a la violación del derecho del tanto.

En este sentido considero que la acción de retracto debería ser la única vía a seguir, ante la violación de un derecho del tanto.

El retracto consiste, en el acto jurídico por virtud del cual el titular del derecho del tanto que ha sido preterido, o cuyo derecho ha sido violado, sustituye al tercero y adquiere un bien o derecho en lugar de éste, en igualdad de condiciones, desplazando a dicho tercero.

En este momento, cabe reiterar la aclaración de que el retracto no es un derecho de preferencia, como lo son el derecho del tanto y el derecho de preferencia por el tanto. aun y cuando estudiosos del derecho o diversos sistemas juridicos, le han dado en ocasiones ese carácter, sino que se trata de una acción que se genera o debería generar, como consecuencia de la violación de un derecho del tanto, es decir no debemos considerar el retracto como derecho de preferencia o como sinónimo del derecho del tanto.

He mencionado que el ejercicio del retracto, como la sanción correspondiente a la violación al derecho del tanto, es la medida más adecuada tendiente a acabar con las nulidades que esta violación puede generar, dado que la venta no se nulifica, sino que el preterido se subroga en los derechos adquiridos por el tercero, resarciendo a éste de las erogaciones efectuadas, en los mismos términos y condiciones en que se hubiese pactado la venta, así el acto se considera válido y devuelve la seguridad al tráfico jurídico.

Asimismo, con el retracto se evita que la omisión, o incluso el desconocimiento del derecho de preferencia por parte del sujeto pasivo del mismo, sean generadores de frecuentes nulidades en detrimento de los actos jurídicos.

En general considero válido establecer al retracto como el único medio para que sea respetado en la vía judicial el derecho del tanto, ya que ninguna de las nulidades permiten al comunero adquirir la parte alicuota enajenada, en un solo acto.

2.- Finalmente siguiendo con la clasificación, existen los **Derechos de Preferencia por el Tanto**.

El derecho de preferencia por el tanto es el resultado de la manifestación de voluntad de los sujetos participantes en un acto jurídico, es decir debe su origen a la voluntad de los hombres, o bien a la cualidad que asiste al sujeto activo de un acto jurídico para ser acreedor a ese derecho.

Entendiéndose entonces que el bien jurídico tutelado por ese derecho es el interés particular del sujeto activo de la relación.

Al derecho de preferencia por el tanto es posible definirlo como la prerrogativa que le asiste a una persona que celebra con otra un contrato traslativo de dominio, para que si en el futuro esta desea vender y ya tiene posible comprador, lo prefiera a él en igualdad de condiciones, en el entendido de que el derecho se deriva de un pacto o convenio entre las partes.

Tratándose del derecho de preferencia por el tanto, nuestro código civil no considera nula la enajenación que se hace, con violación a la cláusula por la que el vendedor se hubiera obligado previamente, a conceder preferencia por el tanto en favor de otra persona, como es el

caso del derecho del tanto, sino que lo legitima, obligando solo al pago de los daños y perjuicios causados.

En mi opinión, lo anterior es adecuado en la medida de que obedece a la naturaleza jurídica de este derecho, pues se trata de un derecho personal que busca que el sujeto activo del derecho de preferencia, contrate con quien realmente lo desea, pero la ley no pretende dejar en estado de inseguridad al titular del derecho, por lo cual condena al pago de daños y perjuicios ocasionados, situación que si bien no es tan radical como la nulidad relativa aplicable al derecho del tanto, se trata de resarcir al preterido de los daños o perjuicios que le ocasione la violación a su derecho.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CARVAJAL Leopoldo

“Consecuencias jurídicas de la violación al Derecho del Tanto”, Estudios en homenaje a Manuel Borja Soriano. Editorial Porrúa 1ª Edición, México, 1964

AGUIRRE Agustín

“El tanteo y el retracto en la propiedad horizontal”, Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico, publicada por la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, Vol. XXXII, N° 4, 1963.

ALESSIO ROBLES LANDA Miguel

“Derechos Preferenciales en Derecho Mexicano”, Revista de Investigaciones Jurídicas, N° 11 E.L.D., México 1987

ARCE CERVANTES José

“El Derecho del Tanto de los copropietarios”, en Revista de Derecho Notarial, Asociación Nacional del Notariado Mexicano. A.C., N° 33, Año XII, Octubre 1968, Mexico, D.F

"De las Sucesiones", Editorial Porrúa, 3ra Edición 1992.

BORJA MARTÍNEZ Manuel

"La propiedad de pisos y departamentos en Derecho Mexicano", Editorial Porrúa 1992, 2ª Edición.

BORJA SORIANO Manuel

"Teoría General de las Obligaciones", Tomo Y, Editorial Porrúa, México 1971.

CASTAN TOBEÑAS José

"Derecho Civil", Tomo II- Derechos reales, Derecho de las obligaciones, Editorial REUS, Madrid 1943.

CORTES FIGUEROA Carlos

"El Derecho de preferencia en el arrendamiento", Revista de la Facultad de Derecho, Tomo Y UNAM, Julio-Diciembre 1951, N° 3 y 4.

CUEVAS SENTÍES Carlos

“Derechos preferenciales de terceros sobre inmuebles”, en “La influencia del Derecho Público en el Derecho inmobiliario”, memorias del XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Montreal Canadá, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. México 1986

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, S.A. y UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, Octava Edición 1995.

DIEZ-PICASO Luis y GULLON Antonio

“Sistema de Derecho Civil”, Vol. III, Derecho de cosas, Editorial TECNOS Madrid.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ José Alfredo

“Derecho Civil”, parte general. personas. cosas. negocios jurídicos e invalidez. Editorial Porrúa 1992 3ª Edición.

FRISCH PHILIPP Walter

“La ley sobre el condominio de 1972”, Revista Notarial, Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C., año XVII Nº 51, Junio 1973. Mexico. D.F

GARCIA CORONADO Fernando

"El pacto de preferencia y el derecho del tanto", Tesis Profesional E.L.D. 1955.

GONZÁLEZ Y SERRANO José

"Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes del Toro", Tomo II.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto

**"El patrimonio, el pecuniario y el moral, o derechos de la personalidad y derecho sucesorio",
Editorial Porrúa, S.A., 3ª Edición 1990.**

IBARROLA Antonio de

"Cosas y sucesiones", 4ª Edición, Editorial Porrúa, 1977

LÓPEZ MONROY Jesús

"Derecho del Tanto", Revista de Investigaciones Jurídicas, N° 11 E.L.D. México 1987.

LOZANO NORIEGA Francisco

"Cuarto curso de Derecho Civil", contratos, 5ª Edición, Editorial Porrúa 1990.

LLAMAS Y MOLINA Sancho

"Comentario crítico, jurídico, literal a las 83 Leyes del Toro", Tomo II, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig Editores, Madrid 1853.

MOYA PALENCIA Mario

"Expropiación Privada", "Los retractos, las preferencias por el tanto", Tesis UNAM 1955.

PINA Rafael de

"Elementos de Derecho Civil Mexicano", Vol. II (bienes-sucesiones", Editorial Porrúa 1977.

"Diccionario de Derecho", 2ª Edición, Editorial Porrúa 1994.

PUIG BRUTAU José

"Fundamento de Derecho Civil", Tomo III, "Derecho de Cosas", Bosch Casa Editorial, Barcelona 1953.

PUIG PEÑA Federico

"Compendio de Derecho Español", Tomo III, 3ra Edición, Editorial Pirámide.

RENAUD COURTNEY Paul

**"El Derecho del tanto de copropietarios y coherederos y las demás preferencias por el tanto",
Tesis Profesional E.L.D. 1981.**

ROJINA VILLEGAS Rafael

**"Compendio de Derecho Civil", Tomo II bienes, Derechos reales y sucesiones, Editorial Porrúa
México 1995.**

SAGRADA BIBLIA

Antiguo Testamento, Levítico

Editorial del Valle de México, S.A. DE C.V., 1983.

SÁNCHEZ MEDAL Ramon

"De los contratos Civiles", 3ra Edición, Editorial Porrúa México.

"La nueva ley sobre arrendamiento para habitación", Editorial Porrúa, México 1985.

VÁZQUEZ DEL MERCADO Alberto y Oscar

**"El Retracto", en Revista El Foro, Órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, 4ª Época,
Números 4-6, Abril-Diciembre, México 1954.**

ZAMORA Y VALENCIA Miguel Ángel

"Contratos Civiles", 3ª Edición, Editorial Porrúa 1989.

ZEPEDA TRUJILLO Enrique

"El Derecho de Tanto", México, Editorial Libros México, 1961.

LOS DERECHOS DE PREFERENCIA DENTRO DEL DERECHO CIVIL

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1.- EL DERECHO HEBREO.

2.- EL DERECHO ROMANO.

2.1. DERECHOS DE PREFERENCIA EN EL DERECHO ROMANO.

3.- EL DERECHO FRANCÉS.

3.1- ESPECIES DE DERECHOS DE PREFERENCIA EN EL DERECHO FRANCÉS.

3.1.A. EL RETRACTO SEÑORIAL O FEUDAL.

3.1.B. EL RETRACTO CONVENCIONAL.

3.1.C. EL RETRACTO GENTILICIO O CONSANGUÍNEO.

4.- EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN.

4.1. RETRACTO ENTRE COHEREDEROS.

4.2. RETRACTO ENTRE COMUNEROS.

4.3. PACTO DE RETROVENTA.

5.- ANTECEDENTES ESPAÑOLES.

5.1. EL MAYORAZGO.

5.2. EL TANTO Y EL RETRACTO DE ABOLENGO.

5.3. EL TANTO ENFITEUTICO.

5.4. EL TANTO Y EN RETRACTO DE COMUNEROS.

5.5. EL RETRACTO CONTRACTUAL O PACTO DE RETROVENTA.

5.6. LAS LEYES DE LAS PARTIDAS.

5.7. LAS LEYES DEL TORO.

5.8. LA NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN.

6.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS MEXICANOS Y LEGISLACIÓN MEXICANA ACTUAL.

6.1. EL CÓDIGO CIVIL DE 1870.

6.2. EL CÓDIGO CIVIL DE 1884.

6.3. EL CÓDIGO CIVIL DE 1928.

**CAPITULO II.- EL DERECHO DEL TANTO: CONCEPTOS Y CARACTERES
ESENCIALES.**

1.- BIEN JURÍDICO TUTELADO.

**2.- FUNDAMENTO LEGAL Y FORMA DE OPERACIÓN DEL DERECHO DEL
TANTO.**

3.- SANCIONES POR VIOLACIÓN AL DERECHO DEL TANTO.

3.1. RETRACTO.

4.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DEL TANTO.

5.- DERECHO DEL TANTO: DEFINICIÓN.

6.- DIVERSAS CIRCUNSTANCIAS QUE DAN LUGAR AL DERECHO DEL TANTO.

**6.1. DERECHO DEL TANTO EN CASO DE COLINDANCIA EN LA VÍA
PÚBLICA.**

6.2. DERECHO DEL TANTO DE LOS COPROPIETARIOS.

6.3. EL DERECHO DEL TANTO EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO.

6.4. DERECHO DEL TANTO EN EL USUFRUCTO.

6.5. DERECHO DEL TANTO EN LA SUCESIÓN.

6.6. DERECHO DEL TANTO DE SOCIOS EN SOCIEDADES CIVILES.

6.7. DERECHO DEL TANTO EN LA APARCERÍA RURAL.

CAPITULO III.- DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO: CONCEPTOS Y CARACTERES ESENCIALES.

1.- NATURALEZA JURÍDICA.

2.- BIEN JURÍDICO TUTELADO.

3.- FUNDAMENTO LEGAL Y FORMA DE OPERACIÓN.

4.- SANCIÓN POR VIOLACIÓN AL DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO.

5.- DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO: DEFINICIÓN.

6.- DIVERSAS CIRCUNSTANCIAS QUE DAN LUGAR AL DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO.

6.1. PREFERENCIA POR EL TANTO EN LA COMPRAVENTA.

6.2. PREFERENCIA POR EL TANTO EN EL ARRENDAMIENTO.

CAPITULO IV.- CONCURRENCIA DE DERECHOS DE PREFERENCIA.

1.- COMUNERO Y USUFRUCTUARIO.

2.- COMUNERO Y ARRENDATARIO.

3.- USUFRUCTUARIO Y ARRENDATARIO.

CAPITULO V.- DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO DEL TANTO Y EL DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.