



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

"LOS DERECHOS PREFERENCIALES EN
MATERIA DE ARRENDAMIENTO
INMOBILIARIO"

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

JUAN MANUEL PEREZ GARCIA



MEXICO, D. F., JUNIO DE 1988
FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LOS DERECHOS PREFERENCIALES EN
MATERIA DE ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO.

I N D I C E

	Página
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
GENERALIDADES DE LOS DERECHOS PREFERENCIALES	
A) Concepto de los derechos preferenciales	3
B) Elementos estructurales de los mismos	15
C) Régimen legal en materia civil	22
CAPITULO II	
CLASIFICACION DE LOS DERECHOS PREFERENCIALES	
A) Derecho de preferencia por el tanto y su tipo	40
B) Derecho del tanto	43
C) Derecho de retracto	49
CAPITULO III	
LOS DERECHOS PREFERENCIALES EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO	
A) Los sujetos del derecho preferencial	54
B) Responsabilidad de los notarios para respetar el derecho del tanto	59
C) Análisis del artículo 2448 incisos i) y j) del Código Civil	60
CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFIA	88

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

Los Derechos Preferenciales en materia de arrendamiento inmobiliario, han sido motivo de incesante estudio en nuestra legislación, en especial los de casa-habitación, el cual en los últimos años, ha sido uno de los principales problemas que afecta a nuestra población y que nuestro gobierno trata de proteger dentro de sus programas económicos como una prioridad, y de la cual no a podido hacer frente con eficacia y prontitud, al no tener los elementos necesarios para enfrentarlos.

Es por ello que trataremos de estudiar y analizar el problema y conflicto que se presenta en los derechos preferenciales frente a terceros interesados, en el primer capítulo realizamos un resumen de los antecedentes históricos y de las transformaciones que ha sufrido el pacto de preferencia a través de los años, es decir desde el Derecho Romano hasta nuestros días, finalizando con un breve concepto de estos derechos preferenciales.

Dentro del segundo capítulo, hacemos mención a las característi

cas de cada uno de los conceptos preferenciales a saber en nuestra -
legislación, haciendo referencia a cada uno de ellos con un comenta -
rio del autor así como las diferencias más importantes entre ambos.

Por último, en el tercer capítulo se contendrá el estudio, aná -
lisis, problemática así como soluciones a los conflictos y riesgos -
que implica respetar y no respetar estos derechos en materia de arren -
damiento inmobiliario y la responsabilidad de los notarios frente a -
la preferencia para acatarla; ya que la ley se vuelve demasiado pro -
tectora de estos derechos.

Esperamos que esta modesta obra pueda transmitirles la inquie -
tud y entusiasmo que nos causó a nosotros, al iniciar el estudio de -
estos derechos preferenciales, porque consideramos de suma importan -
cia la reflexión que se haga de los mismos.

C A P I T U L O I

A) Concepto de Derecho Preferencial.

Antes de entrar al estudio directo del concepto tocaremos breve mente un antecedente que es importante mencionar.

En el Derecho Romano existían diferentes nociones, mismas que engendraban dos figuras jurídicas distintas con caracteres propios. - Estas diferencias se debían esencialmente a que los romanos no consideraban, como ahora lo hacen la mayoría de los regímenes de derecho - modernos, a la voluntad como la suprema ley de toda convención, sino que estimaban que para que dicha voluntad tuviera validez y efectos - jurídicos plenos, era necesario que fuera acompañada o revestida de - determinados actos externos o de palabras solemnes que le daban un ca rácter indubitable, y que los autores designan con el nombre genérico de CAUSA.

Sobre este particular, cabe hacer mención a la opinión Julien Bonnecase, que expresa:

"Los romanos partían del concepto de que, excepto en algunos casos especiales, no bastaba el simple consentimiento de las partes (pactum conventio), para constituir una obligación completa y civilmente eficaz; consideraban necesario que al consentimiento se agregara, sea una forma especial, sea una prestación especial, sea finalmente un re conocimiento del derecho civil o del honorario."(1)

Las ideas expuestas, se derivan de una regla antigua que establece que el acuerdo de voluntades, el simple pacto no basta para crear una obligación de Derecho Civil, sino que es necesario para que sea reconocida una obligación como válida, que las convenciones vayan acompañadas de ciertas formalidades. Esta regla que domina en la época clásica y que subsiste aún en tiempos de Justiniano, con el tiempo sufrió atenuaciones que disminuyeron el rigor del principio, pero éste nunca fue derogado en forma total y absoluta.

Ahora bien, en virtud de las derogaciones al principio general algunos pactos de uso frecuente y de importancia considerable fueron revestidos de efectos civiles. Estos pactos no comprendidos dentro de

(1) Julien Bonnecase. Elementos de Derecho Civil, tomo II, traducción Cajica Jr. editorial José M. Cajica Jr., México, pág. 105.

la categoría de los contratos consensuales, se les designa con el nombre de PACTOS VESTITA ó PACTOS VESTIDOS; en oposición a los pactos nudos; éllos eran válidos por el solo consentimiento, sin necesidad de revestir solemnidad alguna.

Otro pacto era el pacto protomiseos (Derecho de Tanteo), que contiene un pacto de preferencia en el sentido estricto de la palabra y sobre el cual Henri Mazeaud expone;

"El derecho de preferencia que se trata aquí y para el cual los comen-
tadores han creado el término de IUS PROTOMISEOS, puede ser también -
establecido por testamento o como resultado de la ley. El ejemplo más
importante se encuentra en la enfiteusis. También se consagra un dere-
cho de preferencia para el arrendamiento de los bienes del príncipe,
del fisco y de los municipios."(2)

"Este pacto produce efectos análogos a la retroventa sujeta a -
ciertas condiciones. Tiene el vendedor las acciones venditio o pres-
criptis verbis, que debe naturalmente dirigir contra el comprador con
el cual ha contratado, sin poder valerse de un derecho contra terce -

(2) Henri Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, traducción Zamora y -
Castillo, parte IV, editorial Ediciones Jurídicas Europa-América
Buenos Aires Argentina, pág. 554.

ros que habrían adquirido la cosa en el momento en que quiere usar su derecho."

Eugenio Petit define el presente pacto en la forma siguiente:

"El pacto de retracto que consiste en que las partes conviene en que cuando el comprador vende otra vez la cosa, en igualdad de condiciones el vendedor tendrá preferencia sobre cualquier otra persona."(3)

A la conquista del Imperio Romano, el derecho sufrió serias transformaciones, una de ellas se revela en forma primordial en lo que se refiere a las formalidades en materia contractual. El problema de la forma, no obstante que no es objeto directo de este estudio, creemos que es conveniente hacer referencia a él, aunque sea en forma somera, dado que ha suscitado serias controversias doctrinales y ha sido motivo de múltiples estudios que son de interés aún en nuestros días.

A la caída de Roma, dos corrientes principalmente se forman en materia contractual y en especial en materia de formalidades, la ger-

(3) Eugenio Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, traducción - Dr. José Fernández, editorial Saturnino Calleja S.A., pág. 401.

mana y la que podemos designar con el nombre de latina. La primera de estas corrientes, es decir la germana, es resumida por Planiol en la forma siguiente : "las costumbres de los germanos constituían en una legislación arcaica, mucho menos avanzada en su desarrollo que el derecho Romano, y dominada sobre todo en esta materia por el SIMBOLISMO El Derecho Germánico, poseía una manera de obligarse que le era propia. Quien se obligaba sostenía en la mano una vara (factuca) u otro objeto mueble sin valor (wadium o wadis), que entregaba el estipulante como garantía de su promesa.

Se conservó por mucho tiempo en la edad media, donde se ve que un gran número de contratos se concluían por medio de un símbolo. Todas estas formas de contratar se acumularon en la práctica francesa, se tuvo el contrato por la escritura (per cartam), el contrato real - (formado re), el contrato simbólico y el contrato por juramento. Este último cuyas huellas se encuentran en el Derecho Canónico, porque daba competencia a las oficialidades; se prestaba la fe (foy) propia, - jurando sobre lo santo "jurantsur sinz", es decir sobre los libros - santos."(4)

(4) Marcel Planiol, tratado Elemental de Derecho Civil, tomo VII, - traducción Cajica Jr., editorial Ediciones Cárdenas editores, - pág. 20.

La segunda corriente, que hemos designado con el nombre de latina se desarrolla principalmente por la influencia del cristianismo y del Derecho Canónico, que determinaron un cambio en el principio romano que como hemos visto, establecía el carácter formalista del derecho, afirmándose el respeto a la palabra dada. La obligación no nace porque se realicen determinadas formalidades, sino porque se ha hecho una promesa. Esta nueva tendencia, que triunfó no obstante la oposición que se efectuó principalmente en la época del renacimiento del Derecho Romano es expuesta por Lafailles en los siguientes términos: "El mero acuerdo de voluntades carecía por sí mismo en principio de valor en Roma. Pero en el Derecho Canónico, bastaba con la palabra para obligar, aún despojada de toda solemnidad o del juramento. Los textos así lo consagran basados en la moral.

Debe advertirse que en un principio solo se les atribuyó en la Iglesia un carácter ético, que luego trasciende a la ciencia de los canonistas y a la legislación, especialmente a partir de Graciano, - punto que pareció definitivamente resuelto al final del siglo XII."(5)

(5) Lafaille, Tratado de Derecho Civil Contratos, vol. 1, Traducción Cajica, Editorial Cárdenas Editores y Distribuidores, pág. 21.

"La voluntad se convirtió en factor esencial de la obligación, desentendiéndose al comienzo si era menester el juramento para desligarse, sustentando algunos la tesis de que de todas maneras era necesario una dispensa, al extremo de no admitir siquiera como excusa la coacción o la fuerza; tal opinaba Rufino, con el apoyo del Papa Alejandro III. Sin embargo antes de concluir la duodécima centuria prevaleció la orientación de que no podía prescindirse de la voluntad. Cuando se violaba así un acuerdo establecido se incurría en pecado procediendo las penas de derecho, fuera de las impuestas en el tribunal de la penitencia." (6)

Más tarde, a mediados del Siglo XVIII, los jurisconsultos franceses admiten que la simple convención, es decir, el acuerdo de voluntades es obligatoria, basando su opinión en algunos textos latinos según los cuales se deben respetar los pactos aún cuando sean de los llamados pactos nudos.

Dan a esta clase de convenciones una protección perfecta, otorgándoles el derecho de acción para poder ser reclamados en juicio.

(6) Idem.

El principio de la informalidad de las convenciones se introdujo y consagró de manera definitiva en el Derecho Francés al proclamar se el Código Civil, en el que se admite que el simple consentimiento basta para crear obligaciones. De este ordenamiento, el principio ha pasado a la mayoría de las legislaciones modernas, y en concreto de la nuestra. Cabe decir, que el alejamiento del formalismo en los sistemas de derecho, no se ha efectuado en forma total o absoluta, los regímenes jurídicos que han adoptado este sistema conservan ciertas formalidades para determinados tipos de contrato, principalmente en los del Derecho Civil, y esto tanto para dar mayor seguridad a las partes contratantes, como para en caso de litigio preconstituir un medio de prueba.

No obstante que la informalidad de los actos jurídicos es un presupuesto que rige en la mayoría de los sistemas de derecho actuales, en las últimas décadas se ha formado una corriente que sostiene un cierto renacimiento del principio formalista. Esta forma de pensar la resume Bonnacase en los términos que siguen : "Si en el Derecho Civil contemporáneo existe un principio que se considere indiscutible, es el que declara sustraídos, salvo diversas excepciones, los actos -

jurídicos. Se considera que la voluntad engendra, por su sola fuerza orgánica los actos jurídicos. Especialmente en materia de contratos, se afirma que los contratos son en principio consensuales, y solemnes por excepción. Hace algunos años se anunciaba esta pretendida regla, considerándola como indudable por sí misma; junto a los contratos solemnes, se citaban simplemente a título de excepción, los contratos reales.

Sea de ello lo que fuere, actualmente se ha producido un cambio total en los conceptos y se pregunta si no debe cambiarse el enunciado de la regla general y de la excepción, constituyendo ésta a aquélla; lo anterior equivale a decir que el acto jurídico dependería más bien de una cuestión de forma que de una cuestión de voluntad."(7)

En lugar de referirse a la supervivencia del formalismo, los autores deliberadamente hablan del renacimiento del formalismo.

Con riesgo de contradecir las ideas admitidas, pero basados en

(7) Julien Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, tomo II, traducción Cajica Jr., editorial José M. Cajica Jr., pág. 238.

un atento examen de la legislación francesa, nos referimos a la supervivencia del formalismo en los actos jurídicos del Derecho Civil, y no a su renacimiento. Solo que no daremos al término formalismo, el sentido limitativo que por mucho tiempo se le había atribuido. Ve- mos en el formalismo una noción variable, que se realiza tanto en los actos jurídicos clasificados ordinariamente de solemnes, como los so- metidos a formas o formalidades particulares y en aquéllos que requie- ren una manifestación de voluntad expresa. Un rápido examen de todos estos puntos de vista, demostrará que el Derecho Civil moderno, nunca ha repudiado, de una manera general, el formalismo y que simplemente lo ha restringido, por lo demás con fines múltiples.

En nuestra legislación mexicana no existe un concepto propio - con el cual se pudiese definir los derechos preferenciales. En virtud de ser una figura nueva algunos estudiosos del Derecho han planteado una definición de éstos sin llegar a un acuerdo en el concepto.

El jurista Pothier nos dice que los derechos de preferencia, - son una modalidad de una promesa de venta. Pothier estima, que para -

que haya promesa de vender, es necesario "que cuando no ha dicho por escrito que no vendería tal cosa, parezca de un modo preciso por las palabras que se ha servido, que ha querido obligarse a ellos y que entre los dos se ha efectuado una verdadera convención, sin esto será una simple plática que no entraña obligación alguna." (8)

Planiol y Ripert definen el pacto de preferencia en los siguientes términos :

"Es un contrato por el cual una de las partes se obliga a escoger a la otra parte como comprador en caso de decidirse a vender la cosa, en general se admite que el precio en ese caso se determine por el precio que los terceros podrían haber ofrecido por la misma cosa."(9)

Como hemos visto la doctrina francesa considera a esta figura en particular como una simple modalidad de la promesa de venta, es decir como una promesa condicional de venta.

En estas condiciones procederemos a dar la definición de los Derechos Preferenciales.

- (8) Pothier, Tratado de los Contratos, tomo I, traducción Cajica, editorial Cajica, pág. 236.
- (9) Planiol y Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo X, editorial Ediciones Culturales Habana Cuba, pág. 198.

Es la facultad concedida por un plazo cierto a una persona de ser preferida para la compra de determinada cosa en atención a la relación que guarda con otra de su propiedad, sin ninguna consideración de este tipo, y en las mismas condiciones que hubiere de hacerlo con un tercero.

La opción consiste en la facultad de adquirir una cosa por un precio fijado de antemano y durante un tiempo determinado, ya por las relaciones que guarda el optante con la otra persona y un tercero respecto del inmueble, ya sea por sus cualidades de arrendatario ó vínculos obligatorios con éste y vínculos afectivos ó de conveniencia con un tercero, en otras palabras el dueño se ve limitado en la elección de la persona adquirente, durante un plazo determinado y con las mismas condiciones que a un tercero.

Pero el que ostenta la preferencia no adquiere un verdadero derecho real sobre una finca, sino una preferencia a adquirirla, supeditada a dos situaciones esenciales tiempo-precio y que ejerce su preferencia en el plazo concedido previa las obligaciones a tal fa -

cultad.

Vistas así las cosas, tanto la limitación del concedente como - la preferencia del concedido, presenta un contenido topicamente obli- gacional y en consecuencia se impone una sanción al infractor.

B) Elementos estructurales de los mismos.

1.- Naturaleza jurídica.

Sobre la naturaleza jurídica de la preferencia se ha manifesta- do por algunos autores franceses que la preferencia es una manifesta- ción unilateral, en la que no existe venta, toda vez que no hay com- prador, en la que solo se encuentra una obligación contraída por el - propietario de una cosa que es la parte obligada al querer vender.

Partiendo de esto no es comprensible aceptar este criterio ya - que el Derecho Preferencial es una venta "condicionada" a que el ar- rendatario acepte o no la policitación del arrendador al querer ena- jenar su bien a un tercero, el propietario tiene que darle un plazo,

fijar precio y condicionar y respetar el derecho preferencial de que goza el arrendatario, éste puede aceptar o no la oferta para perfeccionar la compra - venta. Aquí si hay comprador pero como ya lo dije se supedita a la aceptación de éste.

2.- Forma.

En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requiera formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley. Esto es que para la perfección del contrato, regla general, no se requieren formalidades determinadas, pero dispone al mismo tiempo, que esta regla no se aplica cuando se exija expresamente alguna formalidad especial. Así en nuestra legislación se aplica el principio de la voluntad de las partes para la existencia de sus obligaciones.

Conforme a esto los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento.

Viendo nuestro código podemos decir que adopta una postura ecléctica que intente conciliar los principios de celeridad y rapidez en las operaciones con un poco de seguridad. Ya que primero habla de una postura consensualista que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes y después establece como caso excepcional el principio de la formalidad contractual.

Casos expresamente consignados por la ley en los que se exigen formalidades se encuentran (solo mencionará los que tienen importancia en nuestra tesis) en los artículos 2246, 2316, 2448 g y f; en esto se requiere la forma escrita en el contrato que exige la ley.

Podemos decir que lo convenido entre las partes prevalece, sobre las formalidades del contrato, ya que debe estarse a lo convenido por las partes, atenderse a la intención evidente de los contratantes antes que el sentido literal de las palabras, aunque cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera inevitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se

otorgue en la forma prescrita por la ley.

En otras palabras, la acción de nulidad por falta de formalidades del acto por ser relativa, cede si una de las partes ejerce acción pro-forma, en este sentido el acto es válido.

3.- Caracteres.

El jurista Francois Laurente caracteriza a los derechos preferenciales en los siguientes términos:

"A veces se complica la opción con una condición, se estipula que si el propietario decide vender, esta condición, se estipula que si el propietario decide vender, esta condición es válida no como meramente protestativa sino como mixta.

Deberá avisar de ello al beneficiario de la promesa, a quien en igualdad de precio y condiciones, dará la preferencia sobre todos los demás, se dice entonces que hay derecho de Preferencia (tanteo) o bien derecho de Preferencia, el propietario no está obligado a vender aún en el caso de que el beneficiario de la promesa se declare decidido a

comprar, solo venderá si lo tiene a bien, su libertad de determinación no esta limitada en cuanto al principio mismo de la enajenación, sino solamente en cuanto a la incidencia de dicha enajenación, en cuanto a la persona del comprador o venderá el propietario del inmueble al beneficiario de la promesa, o no venderá a ninguna persona.

"Esta cláusula por la cual el propietario de una cosa se compromete para el caso en que enajene a venderla con preferencia a tal persona. Este pacto no es otra cosa más que una promesa unilateral de venta, solo que el promitente no se obliga a enajenar la cosa. Esta es pues una promesa de venta condicional."(10)

De las opiniones de los autores transcritas anteriormente, se puede decir brevemente que los Derechos Preferenciales en el derecho Francés y Español tiene las siguientes características: No es una venta porque el consentimiento del comprador no puede existir sino en el caso en que el vendedor le ofrezca la cosa, pero no es tan solo una simple promesa de venta, en virtud de que el vendedor queda libre para no enajenar la cosa.

(10) Francois Laurent, Principios de Derecho Civil, tomo XXIV, traducciones Cajica Jr., editorial Cajica, pág. 14.

En resumen el Derecho Preferencial como ya lo he citado anteriormente es una venta condicionada a un acontecimiento futuro de relación incierta. Por otro lado la preferencia se caracteriza por no ser susceptible de cesión, por tener un carácter personal entre las partes y esto lo distingue de las promesas unilaterales de venta.

4.- Validez.

Al respecto de la validez los juristas Planiol y Ripert, en su Tratado Elemental de Derecho Civil consideran a la validez en la forma siguiente:

"Estas promesas unilaterales constituyen un contrato válido por el cual una de las partes se obliga en favor de otra a efectuar la venta el día en que el beneficiario de la promesa exija el cumplimiento. El cumplimiento de la venta se subordina a la voluntad del comprador eventual; pero sería falso, pretender que las promesas unilaterales de venta quedan viciadas de nulidad por el carácter potestativo de la obligación del comprador; ese comprador eventual desempeña en la promesa de venta el papel de estipulante y la validez de artículo 1174, no se aplica mas que a las condiciones potestativas, PARA EL QUE SE

OBLIGA."(11)

Por su parte, Planiol sobre este tema manifiesta:

"La obligación del promitente no es contraria al principio que en Derecho Francés prohíbe el empleo de las condiciones potestativas en las convenciones. Este tipo de condiciones son aquéllas en las que se hace depender la obligación de la voluntad ulterior del deudor; no se obliga uno en realidad cuando se reserve el derecho de retraerse de su obligación cuando se desee.

Lo anterior no acontece en el contrato de promesa de venta, ya que el promitente está ligado, es decir contrae una obligación en forma definitiva, y solo en provecho del acreedor existe una condición potestativa."(12)

Al respecto comentamos que pueden ser unilaterales y bilaterales, coincidimos también que el cumplimiento se sujeta a la voluntad del comprador y éste se obliga al cumplimiento solo por un lapso determinado.

(11) Planiol y Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, tomo II, editorial Ediciones Culturales, Habana Cuba, pág. 194.

(12) Marcel Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, traducción - Cajica Jr., editorial Ediciones Cárdenas Distribuidores, pág. 46

5.- Requisitos.

Sobre los requisitos que debe reunir la preferencia debe primeramente determinarse el precio exacto, el inmueble materia de la poli citación y el tiempo en que habra de realizarse la opción, señalar los posibles terceros interesados en adquirir la propiedad, con las mismas condiciones de compra que el arrendatario, nos referimos a éste en particular por ser el tema de la obra, sin profundizar más ya que ésto se tratará más ampliamente en capítulos posteriores.

En cuanto a la capacidad consideramos que ésta hace falta en el vendedor por ser la persona que celebra la oferta, puesto que asume una obligación irrevocable, no siendo tan necesaria en términos generales la capacidad del comprador sino en el momento en que se resuelve la opción.

C) Regimen legal en materia civil.

Nuestro Derecho Civil Positivo, al reglamentar los derechos de preferencia como género y al tanto como especie, se refiere a éstos -

como si se tratara de una institución suficientemente conocida. Por esta razón se hace necesario recurrir a los antecedentes legales y doctrinales, que hubo de tener en cuenta el legislador para legislar sobre esta materia, ya que sin estos antecedentes no puede comprenderse acertadamente el régimen legal que inspiró a los legisladores a la creación de estos derechos, que sirvieron de base a la reglamentación actual de los Derechos Preferenciales en nuestro código civil vigente

Al respecto el jurista Manuel Mateos Alarcón (Código Civil del Distrito Federal concordado y anetado 1906) que al comentar los artículos 2843 y 2844 del Código Civil de 1884, expresa el Art. 2843 "no hace más que conservar el retracto entre comuneros establecido en nuestra antigua legislación."

Enseguida reproducimos los artículos citados del Código de 1884 "Artículo 2843. Los propietarios de cosa indivisa no pueden vender a extraños su parte respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el co-propietario que enajene notificará a los demás por medio de Notario o judicialmente la venta que tu viere convenida, para que dentro de los ocho 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."

"Art. 2844. Si varios co-propietarios de cosa indivisa hicieren uso del derecho del tanto, será preferido el que represente mayor parte y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario." En comparación con el Código anterior, el de 1884 es más completo en esta materia puesto que establece la notificación, la forma de hacerla, el plazo para ejercitar el derecho, el efecto de la falta de notificación, y resuelve el conflicto que puede surgir cuando hay varios co-propietarios que deseen tantear. Estas disposiciones al igual que las correlativas del Código anterior, se encuentran en el capítulo titulado "De los que pueden vender y comprar", el que en su Art. 2847, sanciona las compras hechas en contravención a lo dispuesto en el propio capítulo con el "no producirá efecto alguno"(13)

El mismo ordenamiento concedía el derecho al dueño y al enfiteuta (Art. 3134) aun en caso de venta judicial (Art. 3137) y en lo que se refiere a coherederos, instituía que "serán preferidos por el tan-

(13) Manuel Mateos Alarcón, Código Civil del Distrito Federal concordado y anotado 1906, tomo III, pág. 193.

to si usan de este derecho dentro de los tres días siguientes al aviso (que ordenaba el Art. 3803) y cumplen las demás condiciones impuestas al cesionario extraño" (Art. 3804). El derecho cesaba también si la "enajenación" se hacía a un coheredero o a un extraño por donación (Art. 3805). Del artículo 3804 es interesante subrayar que el co-propietario debía cumplir con las condiciones del extraño. Aparece nuevamente la igualdad en la prestación para no sacrificar al enajenante.

El Código en vigor regula esta materia en las disposiciones que mencionaremos a continuación : El Art. 950, después de expresar que - todo condueño tiene la plena propiedad de la parte alícuota y su facultad de enajenarla, agrega : "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 ese efecto el co-propietario notificará a los demás, por medio de Notario o judicialmente la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes, hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el sólo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal al-

gano." Art. 974 que dice : "Si varios propietarios de cosa indivisa hicieren uso del derecho del tanto, será preferido el que represente la mayor parte, y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario." El Art. 2279 que se encuentra en el capítulo "De los que pueden vender y comprar" y establece: "Los propietarios de cosa indivisa no pueden vender su parte respectiva a extraños, sino cumpliendo lo dispuesto en los Arts. 973 y 974." El Art. 2282, que se haya en el propio capítulo, sanciona con nulidad las "Compras" hechas en contravención del mismo. Los antecedentes de las disposiciones citadas, según García Téllez, son las siguientes : del Art. 950, el Art. 399 reformado del Código Civil Español con el que concuerda en su mayor parte, pero que no expresa nada sobre el derecho del tanto; de los Arts. 973 y 974 y del 2289, los Arts. 2843 y 2844, reformado el primero , del Código de 1884.

Antes de entrar al análisis detallado de las disposiciones vigentes conviene que, de lo expuesto y con el fin de determinar un poco más la naturaleza y los fines del tanto, nos detengamos a considerar los caracteres que, en términos generales, ha tenido y tiene esta

institución. Puede decirse que el derecho del tanto, como lo establece nuestro derecho positivo, considerando sus precedentes, tiene los siguientes caracteres:

1o. Es un derecho de excepción a la norma común que faculta a un propietario a disponer de sus bienes (y que reconoce el Art. 950 - del Código), puesto que la elección del adquirente no corresponde ya al dueño sino a la ley. En consecuencia, se impone la interpretación estricta de las normas o leyes que lo regulan o, como lo dispone el Art. 11 del Código, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

2o. No atribuye al obligado más deber que la elección de la persona que debe adquirir cuando aquél pretenda enajenar, pero no exige de él que soporta un menoscabo en su patrimonio, puesto que el tanteador debe darle tanto cuanto le tenía ofrecido el extraño o presunto adquirente. Como consecuencia de esto y de su carácter de estricto derecho, no se puede gravar al obligado con más cargas que las establecidas por la ley.

3o. Tiene por objeto evitar perjuicios; no facilitar el lucro. Su fin inmediato es ofrecer protección a los condueños contra la participación de un extraño en la cosa común, y el mediato no prolongar los estados de co-propiedad que jurídica y económicamente, siempre se han estimado como perjudiciales. El código expresa esta última propensión en los Arts. 939 y 940.

4o. Propiamente, su fin es amparar los intereses privados de un grupo: los co-propietarios. Si estuviera ordenado a tutelar el orden público no se dejaría su posibilidad de realización pendiente del simple deseo de los titulares del derecho del tanto, a quienes les corresponde decidir, en último término, si un extraño puede o no formar parte de la comunidad. Es cierto que el derecho está interesado en que no se alarguen los peligrosos estados de la indivisión, pero no se ve que sus normas establezcan imperativamente la obligación de terminar con esas situaciones cuando no hay consentimiento por lo menos de uno de los condueños.

5o. La reglamentación del derecho del tanto por el Código vigen

te es escasa y deja muchos aspectos sin precisar, por lo que nos parece necesario suplir e interpretar las disposiciones legales mediante la agrupación de elementos basados en los antecedentes, en los fines que persigue la institución y en el derecho positivo, para ser posible su aplicación en la práctica. En los siguientes párrafos tratamos de señalar algunas ideas que pueden servir para este objeto.

El primer supuesto para la existencia de ese derecho es la co-propiedad, la que según el Código, se da "cuando una cosa o un derecho pertenecen pro-indiviso a varias persona" (Art. 938). Las presunciones en favor (Art. 953) y en contra (Arts. 954 y 955 a 958) de la co-propiedad, lo son, en principio y por consiguiente, para la existencia o no existencia del derecho del tanto. Sin embargo, no es aplicable cuando se trata de enajenar la parte alícuota de un muro medianero juntamente con el inmueble de que forma parte, y esto, primeramente, porque el derecho del tanto nace para el condueño en cuanto tiene un derecho de propiedad sobre la totalidad del bien y en la medida en que tiene vocación para hacerlo totalmente suyo. Extenderlo hasta ese grado; sería hacerlo extensivo o cosa sobre la cual no rie-

ne ningún derecho el condeño o sea sobre el resto del inmueble, lo que va contra la naturaleza de la institución. En segundo término, - porque sería supeditar lo principal -la suerte del inmueble a lo accesorio que, en este caso, es el muro medianero.

Para conceder el derecho el Código no distingue si se trata de bienes muebles e inmuebles, de bienes corpóreos e incorpóreos, ni en la proporción que se tiene en la co-propiedad. Emplea simplemente la palabra "cosa" y el significado que esta expresión tiene en varias - disposiciones (por ejemplo Arts. 747, 748, 749, 772) no permite limitar el derecho a una de esas categorías de bienes, por lo que se puede afirmar que el derecho es susceptible de nacer en todos esos casos, no obstante el comentario en contrario que García Goyena daba - sobre este punto.

Los Códigos anteriores lo concedían en caso de venta y, por su carácter de excepcional, creemos que no hubiera podido aplicarse a - otra clase de enajenaciones o, a lo más, extenderse a casos que guardaran estrecha analogía con la venta. El Código vigente, en su Art. 973, cambió el término "vender" que existía en el de 1884 por el de

"enajenar", aunque los redactores no fueron lo suficientemente cuidadosos para poner en consonancia todo el texto del citado artículo donde, en dos ocasiones, vuelve a hablarse de "venta". Esta última expresión se usa en el Art. 2279.

Ante esa modificación no es posible poner en duda la intención del legislador. Concedió el derecho del tanto no sólo en el caso de que pretenda vender, sino en el caso de que se quiera enajenar.

Sin embargo, si lo que la ley quiso establecer fue el derecho del tanto, el término "enajenar" debe interpretarse de acuerdo con la naturaleza del derecho, que hemos tratado de fijar líneas atrás. Si se considera lo antes expuesto, principalmente que el que pretende tantear debe dar al que quiere enajenar lo que a éste está dispuesto a dar el extraño y tomando en cuenta que el co-propietario o arrendatario no debe sufrir menoscabo en su patrimonio, hay que concluir que el derecho del tanto nace solamente cuando el tanteador puede dar al co-propietario una prestación igual a la ofrecida por el extraño.

Si por el retracto se consigue una sustitución del adquirente - por el retrayente en la esfera jurídica, en el tanto, que persigue el mismo fin que el retracto, debe existir esa sustitución en el orden práctico, o, en otras palabras, el tanteador debe constituirse deudor del enajenante en la medida en la que estaba dispuesto a serlo el extraño. De esto se deduce que, por regla general, existirá el derecho del tanto siempre que la contraprestación consista en la entrega de cosas fungibles o de obligaciones de hacer de aquellas que admiten sustitución en el obligado (Art. 2027 y 2064 del C.C.) o, finalmente, de obligaciones de no hacer, cuyo cumplimiento tenga para el enajenante el mismo efecto patrimonial sea quien fuere el que las cumpla. Nótese que no basta que la contraprestación tenga el mismo valor teórico sino que tendrá que ser además en los mismos términos, condiciones y modalidades y con equivalentes garantías que ofrecía el presunto adquirente y de modo que el enajenante quede obligado en los mismos términos en los que iba a estarlo. Un cambio en estos modos de ser, traería como consecuencia una mutación en la contraprestación.

Dijimos prestaciones de cosas fungibles por regla general, por-

que es posible que en determinados casos, aun tratándose de cosas no fungibles, pueda el tancador ofrecer igual prestación que la que ofrecía el extraño. En esta hipótesis, es lógico que subsista el derecho del tanto. Conviene notar que para estos supuestos es aplicable la regla que rige en materia de pago, a saber, que el enajenante no está obligado a recibir cosa distinta de la debida - y en este caso de la ofrecida por extraño - aunque sea de mayor valor (Art. 2012).

La tesis expuesta sobre la procedencia del derecho del tanto podrá verse más clara con algunas aplicaciones prácticas :

Es aplicable en todos los casos de venta en los que la prestación se ha de pagar íntegramente en dinero, cosa fungible por excelencia, pero en los que parte del precio se paga con dinero y parte con otra cosa (Art. 2250), existirá el derecho siempre que el adquirente esté en aptitud de dar la cosa con la cual se complementa el precio.

Al respecto comentaremos que debe ser siempre en dinero y no parte en dinero y parte en especie porque habría múltiples problemas

por las características de la especie.

Para la permuta será aplicable lo dicho anteriormente. Ya en la legislación española se establecía que no procedía el tanto en caso de trueque.

En los casos en que el condueño quisiera enajenar por medio de la dación en pago, habrá derecho del tanto si el que adquiere proporciona al enajenante lo que a éste sirva, sin necesidad de gestiones o trámites excepcionales, para liberarse de su obligación en la medida en que lo iba a liberar la dación. No existirá si no reúne estos extremos, porque el enajenante - deudor no está obligado a hacer gestiones extrañas a su negocio.

No puede existir en casos de donación, sea ésta pura, condicional, onerosa y -menos aún-, remuneratoria porque en todos ellos hay un elemento esencial "intuitu personae" junto al elemento liberalidad que nadie puede proporcionar, excepto el donatario. Recuérdese la excepción establecida por nuestros Códigos anteriores en caso de dona -

ción de los derechos de coheredero a un extraño. Aquí conviene prevenir la situación del condueño que puede donar, por ejem., una porción mínima de su parte alícuota al extraño, convertirlo así en co-propietario, y enajenarle después la porción restante de su cuota, con la cual quedaría burlado el derecho del tanto de los otros condueños. En estas condiciones, habrá que distinguir : si la donación es simulada, el derecho sustantivo la invalida y, por ende podría anularse la enajenación posterior. Si la donación es real, posiblemente estemos ante un caso de fraude a la ley.

El derecho no nacerá tampoco-salvo casos hipotéticos o muy raros en los que se reúnan las condiciones de procedencia antes mencionadas- cuando por aportación a título oneroso, se trate de enajenar la parte alícuota a una persona moral (a cambio de la cual recibirá el enajenante-aportante la calidad de socio y una parte social, acciones, participación social) ni por transacción (en los que el enajenante recibirá el beneficio de terminar una controversia presente o de prevenir una futura), de remisiones de deuda (condiciones especialísimas también "intuitu personae") y otros semejantes, en los que el tan teador no podrá proporcionar al que enajena lo que éste tiene derecho

a recibir.

Sí nacerá el derecho en casos de venta judicial, por tres razones principales : porque la contraprestación será en moneda efectiva y al contado, por regla general (Art. 2325); porque estas ventas se rigen por las normas de la compraventa (Art. 2323); y por último, porque es aplicable al caso la prevención (Art. 2307) que así lo establece cuando hay un derecho de preferencia sobre el objeto que va a venderse, puesto que, si en el caso del derecho nacido del pacto (cuya violación se resuelve en daños y perjuicios) la ley establece la obligación de hacer saber la subasta al titular, con mayor razón deberá existir esa obligación si la preferencia nace de la ley o sea la que el Derecho está más interesado en que se respete puesto que la sanción como pena más grave como lo es la nulidad.

El privilegio del tanto tiene lugar únicamente cuando el dueño pretende enajenar a un extraño. Esto se desprende de los antecedentes y de nuestro Código. En efecto, en ninguno de los preceptos que han servido de precedentes hemos encontrado disposición diversa. Igualmen

te, los vigentes Arts. 973 y 2279 lo conceden exclusivamente cuando se trata de enajenar o de vender a extraños y la significación de este último término está suficientemente clara para que requiera interpretación.

Se ha sostenido, sin embargo, que el Art. 974 concede el mismo derecho para los otros copartícipes aun cuando el pretendido adquirente sea un co-propietario. Tomando esta disposición desligada de su contexto y de sus orígenes, pudiera hacer surgir la duda en este sentido, pero no es lícito separarla de las normas y fines que rigen la institución. Las ideas expresadas en los Arts. 973 y 974 del Código, se encontraban en un solo artículo en el Proyecto García Goyena y el hecho de que hoy se encuentren divididas en dos artículos diversos no implica que el derecho se conceda en ambos casos. El Art. 974 está simplemente previendo la situación que se presenta cuando se trate de enajenar a extraño y dos copartícipes quieran hacer uso del derecho, o dicho de otro modo, tal disposición debe leerse : "Si varios copropietarios hicieran uso del derecho del tanto concedido en el Art. 973 ...". Por último, en apoyo de lo anterior, en materia de herencia -ca-

so enteramente análogo al de la copropiedad, en este punto por lo menos- se concede el derecho cuando se trata de enajenar a extraños (Arts. 1292 y 1293) y expresamente el Art. 1294 lo excluye cuando la enajenación se hace a un coheredero. La paridad es clara.

Un argumento esgrimido para sostener la tesis contraria es el de que, aun en el caso de enajenación a un co-propietario, los demás pueden tener interés en adquirir para acrecentar su parte. El interés no se discute. Puede existir, como es posible que un colindante lo tenga, de adquirir el predio que colinda con el suyo y no por esto puede concederse el tanto al colindante, como antiguamente lo tenía. El punto que ha de resolverse no es la conveniencia del otorgamiento del tanto, sino si la ley lo concede o no en caso de enajenación a un condueño, porque no puede hacerse extensivo a otros casos.

Resumiendo el derecho del tanto se establece en la legislación mexicana, en el Código Civil de 1884 en que su Art. 2843 y 2844 es igual al 973 y 974 del Código Civil actual. El 892 términos similares al 1005 y los Arts. 3803 y 3804 similar al 1292 del Código actual, -

así mismo como los Arts. 2303 al 2308 del Código actual se encuadra a los derechos preferenciales tomados, de la ley que se analizó anteriormente.

C A P I T U L O II.

A) Derecho de Preferencia por el tanto y su tipo.

Dentro de nuestra legislación, encontramos que el Código Civil encuadra las siguientes especies de los Derechos Preferenciales ya - que toma a éstos como género y al los 1.- Derecho de Preferencia por el tanto, 2.- Derecho por el tanto, 3.- Derecho del tanto, 4.- Derecho de retracto; como especie, brevemente analizaremos cada una de ellas para captar su diferencia esencial con las demás, principiando por el inciso que se indica al inicio.

El Derecho de Preferencia por el tanto y el Derecho por el tanto, se tratarán en un solo inciso, separando su diferencia más real entre ambos. El derecho de preferencia por lo tanto se encuentra regulado en el capítulo séptimo, dentro de las modalidades del contrato de compraventa, artículo 2303 del Código Civil indica: "Puede estipularse que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tan to, para el caso que el comprador quisiere vender la cosa que fue ob jeto del contrato de compraventa". El artículo 2308 del ordenamiento citado nos señala "El derecho adquirido por el Pacto de Preferencia no puede cederse, ni pasa a los herederos del que los disfrute".

Partiendo del análisis de estos preceptos, la preferencia se establece únicamente en la compraventa, a favor del vendedor, para cuando el comprador quiere a su vez enajenar el bien, éste es un derecho personalísimo entre ambos contratantes. La infracción o violación a esta cláusula no implica nulidad, la venta es válida pero el perjudicado puede demandar ante las autoridades competentes el pago de daños y perjuicios, por el incumplimiento de la obligación contraída con anterioridad.

El Derecho por el tanto, se encuadra en el artículo 2304 y 2305 del Código Civil, el primero nos indica: "El vendedor está obligado a ejercer su derecho de preferencia, dentro de tres días, si la cosa -- fuere mueble, después que el comprador le hubiese hecho saber la oferta que tenga por ella, bajo pena de perder su derecho si en este tiempo no lo ejerciere. Si la cosa fuere inmueble, tendrá el término de diez días para ejercer el Derecho, bajo la misma pena. En ambos casos está obligado a pagar el precio que el comprador ofreciere, y si no lo pudiese satisfacer quedará sin efecto el pacto de preferencia".

El segundo art. establece. "Debe hacerse saber de una manera fehaciente, al que goza del derecho de preferencia, lo que ofrezcan por la cosa, y si ésta se vendiere sin dar ese aviso, la venta es válida; pero el vendedor responderá por los daños y perjuicios causados." Comentamos al respecto que este derecho se establece a favor de los arrendatarios que cumplan con la renta, que hayan hecho mejorar y que tengan más de 5 años ocupando la localidad arrendada, su infracción a estos ordenamientos sólo de derecho a reclamar en juicio los daños y perjuicios (Artículos 2108 y 2109 del Código Civil vigente) o sea la venta es válida salvo esta sanción y si no son de habitación, porque entonces sería nula la venta.

Como podemos apreciar la diferencia más importante entre estas especies es que el Derecho de preferencia por el tanto sólo y exclusivamente se da al vendedor inicial para recuperar su propiedad que fue objeto de la cláusula preferencial. El Derecho por el tanto se da a los arrendatarios que deseen comprar su vivienda que habitan y el cual está regido y protegido por una norma de carácter público, la cual es irrenunciable para los arrendatarios, pero para tener derecho a ésto deben reunir los tres requisitos que ya mencionamos.

B) Derecho del tanto.

Con el derecho del tanto, se tiende a evitar conflictos entre los titulares de los derechos patrimoniales que la ley estima más importantes, como son los derechos reales y específicamente el de propiedad y el de arrendamiento y aquellos que por su trascendencia social y económica podrían equipararse a ellos, por recaer con la fuerza de un derecho real, sobre una universalidad jurídica o de hecho, como es el caso de los copropietarios.

El derecho del tanto, en última instancia, tiende a garantizar el pleno ejercicio del derecho de propiedad y evitar, dentro de lo posible, conflictos que afecten a la colectividad.

Este Derecho del tanto lo encontramos establecido más claramente en el numeral 973 del Código Civil vigente. "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, por el solo lapso del término se pierde el derecho -

mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno."

El diccionario de Derecho Privado define al tanto "Como el Derecho de Preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa en el caso de que el dueño quiera enajenarla."(14)

Algunos autores señalan con relación al tanto lo siguiente : Para de Diego, el Tanteo es "El Derecho real que otorga a su titular - preferencia para la adquisición de un inmueble por el tanto en que su dueño pretenda enajenarle; añadiendo este autor que, por recaer sobre cosa específica y determinada, para el caso de ser enajenada ésta, - sea cualquiera su dueño, pudiéndose ejercitar, por tanto, contra cualquiera y dirigir la acción real que produce también contra cualquiera, no hay duda de que es un derecho real."(15)

Para Campuzano, "El derecho de que tratamos consiste en adquirir por el tanto de su precio la cosa que se va a enajenar, y siendo característica de los de naturaleza real la trascendencia de los mis-

(14) Diccionario de Derecho Privado, editorial Labor, pág. 3758.

(15) Diccionario de Derecho Privado, editorial Labor, pág. 3759.

mos, esto es, que se puedan hacer efectivos contra todos, para aplicar este principio al derecho de tanteo existe la gran dificultad de que cuando quiere hacerse efectivo en perjuicio de otro que ha adquirido la finca, en virtud de una enajenación que no debió realizarse, deja de ser tanteo, y como tiene lugar después de haberla adquirido - otro, hay que rescindir la primera obligación anterior, y se convierte de hecho en un retracto." (16)

Para Roca el Tanteo por su misma esencia, no tiene naturaleza real, puesto que suponen limitaciones a modo de cargas de Derecho público y constituyen simples restricciones de la propiedad, que, por ser estatuidas por la ley, están investidas de una publicidad que supera a la que el Registro pueda proporcionar, haciendo innecesaria - su inscripción en el mismo; pero, según dicho hipotecarista, no puede decirse algo semejante del tanteo y el retracto convencionales, - ya que, si nada impide que se construyan estos derechos en un negocio jurídico de manera que sólo se asuma la obligación personal de ofrecer la compra, o de vender con preferencia una finca o derecho, pero sin afectar a terceros, y no debe estar sujeta a inscripción, tampo-

(16) Diccionario de Derecho Privado, editorial Labor, pág. 3759.

co existe obstáculo alguno de verdadera consideración para evitar que los derechos reales de adquisición, en sus distintas manifestaciones puedan constituirse como tales, es decir, afectando a todas las personas y a los posteriores adquirentes de las fincas a que se refieran - en cuyo supuesto podrán ser incorporados de una manera plena al Registro de la Propiedad."(17)

Haciendo un análisis breve podemos decir que los términos que usa el Código Civil no nos dan soluciones claras y precisas al respecto, el artículo 973 del ordenamiento citado, establece "no producirá efecto legal alguno." Si siguiéramos literalmente estas expresiones - citadas y las comparamos en relación al capítulo de las inexistencias y nulidades (artículo 2224 del Código Civil vigente), llegaríamos a la absurda conclusión que el acto violatorio de las normas a que nos referimos sería inexistente, porque la inexistencia es la única categoría que tiene esa privación total de efectos. Al respecto Jerónimo Díaz señala "La cuestión debe plantearse en otro terreno, ya que la clasificación de la ineficacia de un acto jurídico no se plantea atendiendo a las consecuencias, sino a la clase de intereses que protege

(17) Roca, Diccionario de Derecho Privado, editorial Labor, pág. 3750.

la ley infringida y cuya violación es causa de la ineficacia."(18) Continuando, analizando este precepto (973 C.C.), el derecho del tanto que se da en favor de los copropietarios de cosa indivisa, cuando se pretenda enajenar a extraños, este derecho se aplica sólo a la venta. Si la venta se realiza con violación al derecho del tanto establecido en favor del copropietario, la ley lo castiga con nulidad absoluta. Sin embargo la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece que no se trata de una nulidad tradicional, sino de un verdadero derecho de retracto."(19)

En cuanto a la ratificación podemos decir, una vez que el propietario - arrendador y el tercero se han puesto de acuerdo en todos los aspectos necesarios para realizar la compraventa del inmueble, deben de notificar al arrendatario de casa habitación los términos o pormenores de su operación, para darle la oportunidad de que haga ejercicio de su derecho del tanto. La notificación que hace el arrendador - propietario al inquilino de casa habitación, es precisamente una propuesta seria y formal para la celebración de un contrato de compraventa, y como necesariamente debe contener todos los pormenores

(18) Jerónimo Díaz, Las Nulidades en el Código Civil, boletín de información judicial, año IX No. 87, pág. 14.

(19) Ejecutoria 59651957 Suprema Corte de Justicia en Semanario judicial de la Federación, tomo XCIX, año 61, pág. 1105.

tratados y platicados con el tercero posible adquirente, para que el arrendatario pueda dar "otro tanto" igual, es una propuesta que reúne además de los elementos característicos del contrato de compraventa, los que son complemento para dar plenos efectos al contrato y evitar, hasta donde hayan previsto arrendador y tercero, la aplicación de normas supletorias del Código.

Esa propuesta, se llama "policitación" u "oferta". Por ello, la naturaleza jurídica de la notificación, es que es una oferta perfecta y plenamente válida para posibilitar la celebración de un contrato de compraventa. Pero la falta de notificación no motiva una nulidad absoluta, ya que hablamos de una nulidad relativa, y así lo ha manifestado nuestro máximo órgano judicial en una de sus ejecutorias. Derecho al tanto, nulidad relativa en caso de falta de notificación de la venta, a quien goce de aquel.

"De conformidad con el Código Civil de mil ochocientos ochenta y cuatro y con el vigente en el Distrito y Territorios Federales, la falta de notificación a la persona que tiene el derecho del tanto, no motiva una nulidad absoluta, porque no contraviene una ley imperativa

o prohibitiva, es decir, de orden público. Al establecer la ley que, mientras no se haga esa notificación la venta no producirá efecto legal alguno, tiende a proteger al mismo copropietario, pues debe entenderse que esa falta de efectos legales es con relación al mismo copropietario; y tratándose de una nulidad relativa, sólo puede ser invocada por el perjudicado con la falta de notificación."(20)

C) Derecho de retracto.

El diccionario de Derecho Privado define al retracto en los siguientes términos : "retracto, significa jurídicamente dejar sin efecto una transmisión anterior de una cosa que se adquiere."(21) Para Alberto Vásquez del Mercado y Oscar Vásquez Mercado, el retracto "Es el Derecho que tienen algunos por la ley de subrogarse en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato."(22) Al respecto se señaló en el diccionario citado al principio, "El retracto deriva de un pacto que se añade a la compraventa la cual recibe en este caso la denominación

(20) Ejecutoria Suprema Corte de Justicia, amparo directo 5965157, - apéndice 1975, sexta época, cuarta parte, vol. XI, pág. 111.

(21) Diccionario de Derecho Privado, editorial Labor, pág. 2457.

(22) Alberto Vásquez del Mercado y Oscar Vásquez Mercado, El Derecho de retracto, 2a. edición México, editorial Fonti S.A., pág. 77.

de venta - a carta de gracia - o venta con pacto de retro, y su naturaleza es de una venta sometida a condición resolutoria, cuyo cumplimiento se deja al libre arbitrio del vendedor y produce la resolución de la venta y el consiguiente retorno al vendedor de la propiedad de la cosa. La validez de este pacto se funda en el principio de autonomía de la voluntad que rige las relaciones contractuales. Sin embargo, ha sido criticado desfavorablemente, pues si bien produce utilidad a aquellas personas necesitadas de dinero, que desean procurárselo sin desposeerse totalmente de sus bienes, mediante una venta, y presta en este aspecto grandes servicios en un régimen hipotecario poco desarrollado y donde el crédito rural es escaso, no es menos cierto que el pacto de retroventa puede ser un medio ingenioso para ganar más". (23)

Para algunos autores, hay retracto arrendatario. Es el derecho que corresponde, por ministerio de la ley, al inquilino o arrendatario de local de negocio, para adquirir, en determinadas condiciones, la finca urbana que fue objeto de venta o dación en pago, subrogándose en lugar del comprador. Pero, como se estudiará a continuación, el retracto no se aplica al arrendamiento.

(23) Diccionario de Derecho Privado, Editorial Labor, pág. 3457.

Su encuadramiento lo encontramos en el artículo 20 de la ley de condominio que establece que "Si el departamento, vivienda, casa o local se enajenare con infracción a lo dispuesto en el artículo 19, 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 15 días siguientes al en que haya tenido conocimiento de la enajenación. Los Notarios o quienes hagan sus veces, se abstendrán de autorizar una escritura de compraventa de esta naturaleza, si antes no se cercioran de que el vendedor ha respetado el derecho del -- tanto. En caso de que la notificación se haya hecho por conducto del Administrador del inmueble, él 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".

Del análisis de este artículo podemos afirmar que este numeral se da en favor del inquilino o de la institución oficial que haya financiado o construido el condominio o dado el crédito para él, en vir

tud de este derecho (que, por cierto, es sumamente lesivo para el patrimonio del dueño. Aquí es donde no estamos de acuerdo en la subrogación) el inquilino se subroga en el lugar del adquirente y con las mismas obligaciones y condiciones establecidas en el contrato de compraventa que se haya celebrado con violación a este derecho. Es de advertirse que al inquilino no se le concede la acción rescisoria de que habla el artículo 771 del Código Civil vigente, o la nulidad de que habla el artículo 973 del mismo ordenamiento en cita, sino una acción diferente y más rígida, que tiene como fin conceder al inquilino la posibilidad de remover al comprador y, por una subrogación legal, colocarse en su lugar.

En nuestra opinión, este artículo debería derogarse, porque se da un plazo para ejercer el retracto, pero existen 15 días a partir de que se tenga conocimiento de la venta; aquí es el problema, porque se deja al arbitrio de los interesados y no a la ley de la decisión, ya que se diría, por ejemplo, que transcurren 2 años y que -- apenas se dio cuenta de la venta; entonces exhibo el precio pactado, pero lo hago a la fecha inicial del contrato y no a la fecha del co-

nocimiento, subrogándose en lugar del adquirente; el daño que se causa, pues, sería en contra del vendedor, ya que no tiene opción.

La diferencia del Derecho de Retracto con el Derecho del Tanto sería que este último se ejercita antes de que la cosa sea vendida, mientras que en el Derecho de Retracto se hace valer cuando la cosa ya ha sido vendida.

CAPITULO III

A) Los sujetos en el derecho preferencial.

En este inciso se tratarán someramente las obligaciones y derechos de los sujetos, que a nuestro modo de ver son tres los principales actores en este estudio. En primer lugar tenemos al arrendador, - en segundo al arrendatario y en tercero al notario. Algunos tratadistas mencionan al respecto: "El derecho de adquisición preferente le permite al arrendatario substituir al adquirente o al futuro adquirente cuando el predio sea puesto en venta por el propietario".

La naturaleza del derecho de preferencia es para Mazeaud "El derecho de adquisición preferente resulta del contrato de arrendamiento, aunque sea impuesto por la ley, le confiere a su beneficiario un verdadero derecho real, que se traduce en una disminución de las prerrogativas del propietario. Este derecho tiene carácter personal y familiar.

De las obligaciones del arrendador y del arrendatario del

arrendador: "El arrendador rural tiene las mismas obligaciones que el arrendador urbano". Del arrendatario: "1º) Obligación de pagar la renta; 2º) Usar la finca según su destino; 3º) A conservarla y devolverla". (24)

Para Planiol y Ripert las obligaciones del arrendador son "Está el arrendador obligado a procurar al arrendatario durante el arrendamiento el goce del bien arrendado"; esto constituye la base y objeto principal del contrato. También menciona Planiol: "Para el arrendador es lo que para el vendedor la obligación de transferir la propiedad de la cosa vendida". Esta obligación es de hacer y se prolonga por el tiempo que dure el arrendamiento". (25)

De las obligaciones del arrendatario. Señalan Planiol y Ripert que el arrendatario tiene 4 obligaciones a respetar, que resultan de la naturaleza del contrato y son: "1) Servirse de la cosa conforme a la convención; 2) usar de ella como un buen padre de familia; 3) pagar el precio del arrendamiento; y 4) restituir la cosa al fin del arrendamiento". (26)

(24) Henri y León Mazeaud, Derecho Civil, tomo IV, trad. Luis Alcala-Zamora y Castillo, Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, --- pág. 233.

(25) Planiol y Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, tomo V, -- Traducción José M. Cagica Jr., Editorial Cárdenas, pág. 297.

(26) Ob. y tomo cit., pág. 298.

Para nosotros, sólo tres posiciones son importantes a excepción de la segunda. Para Leopoldo Aguilar Carbajal las obligaciones del arrendador son: "1) Transmitir al arrendatario el uso o goce temporal de una cosa, 2) entrega de la cosa arrendada, 3) no estorbar el uso de la cosa, 4) garantizar el uso pacífico de la cosa, 5) garantizar una posesión útil al arrendatario, 6) hacer reparaciones importantes, 7) responder de la evicción". (27)

Las obligaciones del arrendatario, comenta el autor citado que la más importante es satisfacer el precio y enumera otras obligaciones: "responder de los daños y perjuicios que cause por su culpa, --- efectuar las reparaciones necesarias, servirse de la cosa para el uso convenido, dar aviso al arrendador de la necesidad de efectuar mejoras, conservación de la cosa arrendada". (28)

La legislación mexicana regula en su artículo 2412 y 2425 las obligaciones del arrendador y arrendatario. Artículo 2412 Código Civil: "El arrendador está obligado, aunque no haya pacto expreso: ---

I.- A entregar al arrendatario la finca arrendada, con todas ---

(27) Leopoldo Aguilar Carbajal, Contratos Civiles, Editorial Porrúa, S. A., págs. 55 y 155.

(28) Ob. cit., págs. 155 y 156.

sus pertenencias y en estado de servir para el uso convenido; y si no hubo convenio expreso, para aquél a que por su misma naturaleza estuviere destinada;

II.- A conservar la cosa arrendada en el mismo estado durante el arrendamiento, haciendo para ello todas las reparaciones necesarias;

III.- A no estorbar ni embarazar de manera alguna el uso de la cosa arrendada, a no ser por causa de reparaciones urgentes e indispensables;

IV.- A garantizar el uso o goce pacífico de la cosa por todo el tiempo del contrato;

V.- A responder de los daños y perjuicios que sufre el arrendatario por los defectos o vicios ocultos de la cosa, anteriores al arrendamiento".

Artículo 2425 del ordenamiento en cita señala: "El arrendatario está obligado:

I.- A satisfacer la renta en la forma y tiempo convenidos;

II.- A responder de los perjuicios que la cosa arrendada sufra

por su culpa o negligencia, la de sus familiares, sirvientes o subarrendatarios;

III.- A servirse de la cosa solamente para el uso convenido o conforme a la naturaleza y destino de ella".

Los notarios están obligados conforme al artículo 2448 inciso "j" fracción V del Código Civil, que establece: "Los notarios deberán cerciorarse del cumplimiento de este artículo previamente a la autorización de la escritura de compraventa". Como vemos, también el notario es parte en los derechos preferenciales, ya que este fedatario tiene la obligación de cumplir con este precepto, si no incurrirá en responsabilidad. Este tema se tratará más ampliamente en incisos siguientes. Como podemos apreciar las obligaciones y derechos más importantes y de los cuales los autores mencionados coinciden: 1) transmitir la localidad arrendada por cierto tiempo y 2) pagar el precio por la cosa en uso y disfrute, pero hay una obligación que es importante señalar por parte del arrendador y es que -- tenga que ser preferido el arrendatario en caso de venta o un nuevo arrendamiento, ya que goza el inquilino del derecho preferencial --

para estos casos.

3) Responsabilidad de los notarios para respetar el Derecho del tanto.

Respecto de la obligación impuesta a los notarios en la fracción V del artículo 2448 j), de "cerciorarse" del cumplimiento de la notificación al inquilino, para ejercitar el derecho del tanto, afirmamos lo siguiente: a) el notario no tiene obligación ninguna de inspeccionar -ocularmente el inmueble objeto de la enajenación, para ver si está libre de arrendamiento; b) el notario debe analizar la boleta predial para cerciorarse si está dado de alta en la Tesorería el arrendamiento, es decir, en la boleta del impuesto predial deberá analizar si la base del impuesto es "VALOR o "RENTA". En este último caso, deberá cerciorarse de que se hizo la notificación; c) no necesariamente el notario que hace la escritura de compraventa debe ser el mismo que notificó; - es decir, no hay impedimento alguno para que un notario haga la notificación y otro la compraventa.

En caso de no existir arrendamiento, el notario hará constar en la escritura una enajenación del enajenante, quien bajo protesta de decir verdad y enterado de las penas en que incurren los que declaran --

falsamente, manifestará que el inmueble objeto de la operación no está sujeto a arrendamiento.

Esta prevención nos parece que es suficiente. Es más, no podría ser de otra manera, pues la expresión "no está sujeta a arrendamiento" es un hecho negativo que sólo puede constar el hecho del arrendamiento del inmueble.

Es absurdo pretender que el notario ocurra personalmente a la vivienda para constatar el arrendamiento. Además es inútil, porque la vivienda puede estar totalmente desocupada y, sin embargo, puede estar arrendada. En este punto nos parece prudente recordar que el notario, ni a una invitación del propietario, debe introducirse a la localidad arrendada porque, aun cuando haya exclusivamente basura en el departamento, es posible que exista un contrato de arrendamiento habitacional y, entonces, el notario incurrirá en el delito de allanamiento de morada, lo que resulta peligrosísimo. Artículo 285 del C. Penal.

C) Análisis del artículo 2448 inciso i) y j) del C. C.

El ejercicio del derecho del tanto en favor del inquilino se regula en el artículo 2448, incisos i) y j). Su redacción es oscura y omisa, por lo que se plantean al intérprete de la Ley una serie de dudas, mismas que después de analizar detenidamente, resolvemos en los términos de las siguientes afirmaciones:

El derecho del tanto establecido en el capítulo IV del título VI de la segunda parte del libro IV del C. C. se aplica exclusivamente a arrendamiento de inmuebles destinados a habitación. No obstante, no se comprende en ellas, los inmuebles destinados a habitación que sean fincas rústicas, pues éstas se rigen por los artículos 2453 al 2458. Quedan excluidas por la Ley también las fincas urbanas destinadas a habitación, que están sujetas al Régimen de Propiedad en Condominio. Artículo 2448 j, inciso IV.

Para el resto de los arrendamientos, debe aplicarse el derecho - por el tanto, artículo 2447 del C. C.

Atento a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 2448 del C. C., que expresa que las disposiciones del capítulo IV son de "orden

público, de interés social", debemos concluir que la aplicación de estas normas debe ser estricta.

El derecho del tanto del artículo 2448 inciso i) sólo se consagra en favor de los arrendatarios. No es aplicable al subarrendatario, a quien la Ley expresamente no le concedió este derecho.

El derecho del tanto a favor del inquilino es doble: 1) por un lado, para preferirlo en el nuevo arrendamiento, 2) por otro lado, para concederle la preferencia de adquirir la finca arrendada para el caso de que el propietario quiera vender la finca arrendada. Artículo -- 2448 i).

El derecho del tanto en favor del inquilino se refiere sólo en casos de compraventa, es decir, para el caso de que el arrendador venda, si el propietario celebra otro acto jurídico traslativo de dominio diferente a la compraventa, como donación, fideicomiso, apertación, -- renta vitalicia, no es aplicable el derecho del tanto a favor del inquilino. La "forma indubitable" a que se refiere la Ley, de cómo el --

propietario debe dar aviso al arrendatario de su deseo de vender el inmueble, consideramos que sólo debe aceptarse la notificación judicial, o ante notario público. No es aceptable la notificación hecha mediante dos testigos, ni la realizada a través de corredor público, porque se presta a malos manejos. La notificación debe contener los elementos esenciales de la compraventa, a saber: cosa, precio y sujeto. Además, los términos, condiciones y modalidades de la compraventa.

La fracción i) del art. 2448 obliga a precisar "precio, términos, condiciones, modalidades de la compraventa". En consecuencia, no está previsto que en la notificación necesariamente se daba hacer referencia a la persona que desea adquirir el inmueble; es decir, la notificación en la que no se ponga el nombre del futuro comprador que desea adquirir el inmueble es válida, porque no contraería al texto expreso del precepto citado, ni obliga expresamente a ponerlo.

Respecto de la naturaleza jurídica de los 15 días y toda

vez que la Ley es omisa al respecto, consideramos que los 15 días a que se refiere la fracción II del art. 2448 del C. C. deben ser días hábiles, por tratarse de normas tutelares en beneficio de los arrendatarios y por tratarse de normas de interés público. De esta suerte, al considerarse que se trata de días hábiles, se le concede un plazo mayor al inquilino para ejercer su derecho, que se vería reducido y perjudicado si se tratase de días naturales.

La notificación de aceptación del derecho del tanto la debe hacer el arrendatario al arrendador en su domicilio y en forma indubitable, esto es, judicialmente o ante notario público. Es equivoca da la notificación de aceptación del ejercicio del derecho del tanto, que pretende hacer el arrendatario al notario, en uso del derecho que al inquilino le concede la fracción II del art. 85 de la -- Ley del Notariado, en su carácter de destinatario de la diligencia, para que concurra dentro de un plazo de 5 días, para hacer las ob-servaciones que estime convenientes. Este vehículo no es el medio idóneo ni legal para notificar al arrendador, pues la facultad a -- que este precepto se refiere es exclusivamente "para hacer las ob-

servaciones que estime conveniente al acta asentada por el notario, manifestar su conformidad o inconvencimiento con ello y, en su caso, -firmarla". Es decir, del texto anterior concluimos que el inquilino deberá hacer una notificación en "forma indubitable", mediante una diligencia diferente y distinta de aquella conforme a la cual quede al arrendador notificado.

Para el caso de que el arrendatario acepte la oferta hecha -- por el arrendador, entonces, en el momento en que el arrendador reciba la notificación de la aceptación, se habrá formado el Acuerdo de Voluntades y en consecuencia el contrato. Art. 1807, 2248 y 2249 del C. C. Formado el Acuerdo de Voluntades por la oferta y la aceptación, el arrendador ya no podrá cambiar los términos de su oferta inicial, a no ser que se trate de una persona no presente y arrendatario-destinatario, reciba la retractación antes de la oferta. Art. 1808 C. C. Sólo en este caso procede la modificación de la oferta inicial a que se refiere la fracción III del art. 1448 del C. C.

Procede la desvinculación del arrendador si el arrendatario -

no hace una aceptación lisa y llana, sino que su aceptación importa una modificación a la primera. En este caso, estaremos en presencia de una nueva oferta, pero ahora del arrendatario al arrendador. Art. 1810 C. C.

Respecto de la expresión adecuada que debe usarse en el instructivo de la notificación, se discute si debe decirse: "que el arrendador tiene prometida la venta, o la tiene propalada, o concertada o convenida", etc. Nosotros opinamos que lo conveniente es usar el mismo texto de la Ley, es decir, que el arrendador lo que debe notificar es "su deseo de vender" el inmueble. Esta última expresión, es decir, la palabra "inmueble", también origina dudas. Por lo pronto, afirmamos que las palabras finca e inmueble, usadas en el capítulo IV que comentamos, y en especial en el art. 2448 fracción i), deben tomarse como expresiones sinónimas. La expresión "finca arrendada" o "inmueble arrendado", que utiliza la Ley, ha dado lugar a un debate muy violento, en torno a qué debe entenderse exactamente por tales expresiones. Pongamos un problema como ejemplo: se trata concretamente de un conflicto que se presenta, cuando

el propietario de un edificio desea vender todo el edificio como una sola unidad inmobiliaria. Obsérvese que, en este supuesto, no se trata de vender el departamento arrendado al inquilino, como una unidad autónoma, independiente y por separado, sino de lo que se trata es de una venta de todo el edificio.

Esta última cuestión ha venido a generar una serie de conflictos que, después de analizarlos, resolvemos conforme a los siguientes criterios: a) La reforma del capítulo IV del título VI de la segunda parte del libro IV del C. C. se refiere exclusivamente al arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación. Art. 2448 C y H. (En consecuencia, no se comprende en ellas, los inmuebles destinados a habitación que sean fincas rústicas, pues éstas se rigen por los artículos 2453 y 2458. Quedan excluidas por la Ley también las fincas urbanas destinadas a habitación, que están sujetas al Régimen de Propiedad en Condominio. Art. 2448 j inciso IV.

La razón de ser de la reforma del capítulo IV de arrendamiento, es la de resolver el problema habitacional. Nunca fue la intención

ción del legislador el facilitar al inquilino la especulación inmobiliaria. Bajo este criterio, consideramos que el espíritu de las normas de orden público tutelares del arrendamiento inmobiliario de fincas destinadas a habitación, es la de proteger a los inquilinos del incremento desmedido de las rentas, ocasionado por una demanda excesiva de inquilinos, atenta a la escasez de vivienda y al déficit habitacional. En consecuencia, el derecho del tanto se le otorga al inquilino, exclusivamente para adquirir la vivienda que usa, goza y ocupa.

Pero nada más. Afirmamos enfáticamente que no es el propósito de la Ley el facilitar la especulación inmobiliaria, consistente en permitir que un inquilino adquiriera más de una vivienda.

Afirmamos que el derecho del tanto que se establece en favor del inquilino, para que éste adquiriera su respectiva vivienda y sólo su vivienda, es para el efecto de transformar al inquilino en propietario, cumpliendo el propósito constitucional consagrado en el artículo 4º, que enfatiza que "toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa".

Con base en el fundamento constitucional anterior, nos oponemos a aceptar que el derecho del tanto en favor del inquilino, contenido en el artículo 2448 incisos i) y j) se extienda a la posibilidad de que el inquilino pueda adquirir, además de su vivienda, todo el edificio o todo un conjunto inmobiliario.

Aceptar este criterio es deformar, corromper y prostituir el derecho del inquilino; es convertirlo, no en propietario de su vivienda, sino en el casero de sus anteriores vecinos; es convertir al inquilino en arrendador; es utilizar la ley protectora del inquilino como un medio para la especulación inmobiliaria y para el propósito de lucro; es convertir al inquilino en especulador. El beneficio de la Ley en favor del inquilino se pierde, porque no se busca convertir al inquilino en propietario, sino lo que se pretende es convertir al inquilino en arrendador, lo cual, además de absurdo, va en contra del espíritu de la Ley.

Una interpretación integral de todo el conjunto de normas que se han creado para resolver el problema de la carencia de vivienda nos ha

ce afirmar que ha sido una permanente preocupación del legislador el evitar la especulación inmobiliaria habitacional.

Es el caso de los artículos 46 y 47 de la Ley Federal de Vivienda, que declara que el fin de la Ley es beneficiar al mayor número de personas y, por tanto, los beneficios en materia de vivienda "sólo podrá conceder a una sola persona... la adquisición... de una sola vivienda..." Art. 46. Al mismo tiempo, se establece que el adquirente só le podrá transferir sus derechos de propiedad "a otra persona que reúna los mismos requisitos y condiciones". Art. 45.

Como sanción, la Ley de Vivienda establece en el art. 47 la nuldad de toda transmisión de propiedad por medio de la cual una persona adquiera más de una vivienda. La nulidad de toda transmisión se entiende que es nulidad absoluta, porque va en contra de una disposición de orden público consistente en la prohibición expresa de que una misma persona adquiera más de una vivienda. Vista así la cuestión, nuestra argumentación resulta contundente y definitiva.

Es más, tan estamos en lo cierto que, de no cumplirse con el fin de la Ley, esto es, el de resolver el problema habitacional, tendremos que, si el comprador no vive la vivienda personalmente, o la destina a otro fin que no sea vivienda, entonces, y como sanción, procede la rescisión del contrato. Art. 47.

Adviértase entonces que el sentido de estas normas es el de beneficiar al inquilino para que adquiera una sola vivienda y solucione su problema habitacional. Este es el espíritu de las normas en materia de vivienda y el criterio es de afirmarse a tal grado que, si el inquilino no vive la vivienda, es decir, si se convierte en arrendador, procede la rescisión del contrato por el cual adquirió el inmueble. Creemos que estos preceptos son lo suficientemente claros para que se entienda que el inquilino tiene un derecho del tanto para adquirir su vivienda, pero no para adquirir el edificio.

El arrendatario como sujeto y la localidad arrendada como objeto deben coincidir exactamente con el sujeto comprador y con el objeto materia de la compraventa. Como vemos, esto no sucedería si permitiéramos

mos que el inquilino comprara, además de su departamento, todo el edificio.

Finalmente, el Art. 2448 i) y j) habla del arrendatario en singular. Lo anterior nos obliga a afirmar que el derecho del tanto se concede al inquilino para adquirir su vivienda y nada más.

Si la fracción II utiliza el plural, es sólo para el caso del art. 1984, que prevé la pluralidad de sujetos, ya activos, ya pasivos, ya de deudores o ya de acreedores.

Se trata exclusivamente cuando, respecto de una misma vivienda, haya varios inquilinos, caso en el cual todos deben ser notificados, por tratarse de una modalidad de las obligaciones que nos da pluralidad de arrendatarios por mancomunidad o, en su caso, solidaridad.

Declaramos inadmisibles la posibilidad de que el derecho del tanto establecido al inquilino sea una subrogación de arrendadores, subrogación por medio de la cual el inquilino, al convertirse en arrendatario

dor, impide a los demás inquilinos convertirse en propietarios. Esto sería contra el fin de la Ley.

Suponiendo, sin conceder, que el criterio expuesto no se aceptara y que el conflicto se resuelva en el sentido de que el inquilino de una vivienda pueda adquirir todo el edificio. Bajo este error supuesto, entonces se presentará un segundo conflicto, que sería el de determinar cuál de todos los inquilinos tiene una mayor jerarquía para ejercitar el derecho del tanto.

El problema de las jerarquías del ejercicio del derecho del tanto de varios inquilinos respecto de un mismo objeto no está previsto en la Ley, para el caso del arrendamiento, razón por la cual también afirmamos que no fue la intención del legislador que el inquilino adquiriera todo el inmueble, si no hubiera dado soluciones a la concurrencia simultánea de aceptantes. Fuera del arrendamiento, encontramos selección de la Ley en la concurrencia simultánea de varios ejercitantes del derecho del tanto, en dos casos, a saber: 1) En materia de condominio existe el derecho de retracto a favor de --

dos personas: a favor del inquilino y a favor de la institución que haya financiado o construido el condominio. Sin lugar a dudas que la ley prefiere al primero que al segundo.

Adicionalmente, existe una preferencia de segundo grado a favor de otro tipo de inquilinos que están ocupando departamento, vivienda, casa o local, dentro del área ya regenerada.

Por otra parte, en materia de copropiedad, también se jerarquiza el derecho de preferencia. Así, el art. 974 dispone que, si varios copropietarios de cosa indivisa quisieran hacer uso del derecho del tanto, sería preferido el que represente mayor parte y, --siendo iguales, se resuelva por el designado por la suerte, salvo convenio en contrato. Esta preferencia no la establece el legislador en materia de arrendamiento, lógicamente porque nunca van a concurrir varios inquilinos en la adquisición de una sola vivienda --(salvo la mancomunidad), sino que el derecho del tanto se le otorga al inquilino para que adquiera la vivienda que ocupa. Por esto no está regulada la preferencia legal respecto de los inquilinos que --

pretendan adquirir todo el inmueble, porque este supuesto no lo quiere la Ley. Sin embargo, insistimos, suponiendo sin conceder, que se quiera vender todo el inmueble; entonces, debemos preguntarnos: ¿A cuál inquilino se prefiere? Los criterios se dividen y establecen las siguientes opciones:

- Al inquilino más antiguo.
- Al inquilino de mayor superficie.
- Al inquilino de dos o más locales.
- Al inquilino del objeto de valor.
- Al inquilino de mayor cantidad de renta.
- A los inquilinos que se agrupen y formen la coalición mayoritaria, etc.

El debate sobre los criterios de preferencia a los diversos inquilinos es ficticia y sin fundamento; sólo lo debaten aquellas personas que no han reflexionado detenidamente sobre la cuestión. En efecto, veamos:

- Un propietario quiere vender todo su inmueble.
- Notifica a todos los inquilinos para que ejerciten su derecho del tanto.

- Se van a presentar todos los inquilinos dentro de los 15 días siguientes a la notificación, a ejercer su respectivo derecho del tanto. ¿A cuál preferimos de los 6 criterios arriba citados?.- A ninguno de ellos, porque el criterio de selección no es conforme a la calidad del inquilino, es decir, si es más antiguo, si es el que paga mayor renta, o representa el número mayor de superficie, etc.

El problema debe plantearse en forma diversa. Efectivamente, el art. 2448 C. C. obliga al propietario a "dar aviso en forma indubitable al arrendatario de su deseo de vender el inmueble". Frac---ción 1 del art. 2448 j), pero enseguida establece: "II.- El o los - arrendatarios dispondrán de 15 días para notificar en forma indubitable al arrendador su voluntad de ejercer el derecho del tanto en los términos y condiciones de la OFERTA", esto es, se precisa y se aclara que se trata de una OFERTA, de una policitud, que el --- arrendador hace a los inquilinos. En consecuencia, y bajo el supues to equivocado de que se permitiera a los inquilinos adquirir todo - el inmueble, entonces y sólo entonces, el primer inquilino que notifique su aceptación habrá formado el Acuerdo de Voluntades, que se

integra por OFERTA MAS ACEPTACION y, al hacerlo, perfeccionan el contrato de compraventa policitado en la notificación y aceptado por el ejercicio del derecho del primer inquilino que aceptó. En otras palabras, debe aplicarse el criterio jurídico que se expresa: El que es primero en tiempo es primero en derecho. El inquilino que primero --- aceptó la oferta formó el acuerdo de voluntades y, por tanto, el contrato se perfeccionó, porque hay acuerdo de precio y cosa. Artículos 2248, 2249, 1804 y 1807 del C. C. y, bajo esta hipótesis, al primer inquilino deberá escriturársele.

Otro problema gravísimo que se presenta es cuando el arrendador notifica al inquilino su deseo de vender, fijando el precio y demás condiciones. El inquilino, a su vez, notifica en forma indubitable -- que acepta adquirir, pero nunca se presenta a firmar las escrituras -- traslativas de dominio, nunca paga el precio y, cuando es apremiado -- para hacerlo, o guarda silencio o se niega a exhibir el precio o se niega a firmar la escritura de venta. Frente a este hecho, algunos -- consideran que, en virtud de que el contrato se perfeccionó con la -- oferta y la aceptación y, frente al incumplimiento por el pago del --

precio del inquilino comprador, necesariamente se tiene que demandar la rescisión del contrato. Es más, hemos sabido que, bajo este criterio, cuando un propietario cuyo inquilino no quiso firmar las escrituras, olvidándose de la aceptación del inquilino, formaliza otra compraventa a favor de tercera persona, se le acusa de fraude, de conformidad con la fracción II del art. 367 del Código Penal. El criterio opuesto es que considera que, aun cuando el inquilino haya notificado al arrendador su aceptación, al no asistir a firmar la escritura, debe entenderse que el inquilino no ejercita el derecho del tanto.

Para solucionar este conflicto, lo eficaz es que, en la cédula de notificación, no sólo se señalen los elementos esenciales de la compraventa, con sus términos y condiciones, sino además, que se emplaza al inquilino para que "ejercite su derecho del tanto y, para tal efecto, se le cita a las --- horas del día --- del mes de su notificación, en la notaría número --- del que es titular el Lic.---, del Distrito Federal, con domicilio en ---, ante cuya fe deberá entregar cheque certificado por el precio total que la operación cause". En estas condiciones, ahora sí, si el inquilino acepta adquirir,

pero no ejercita su derecho con las condiciones requeridas, pierde, por preclusión, su derecho. Art. 2448 inciso j) fracción VI segundo párrafo.

En los casos de las viviendas llamadas "de renta congelada", también procede el derecho del tanto pero, si el inquilino no ejercita su derecho del tanto, hay obligaciones del enajenante de hacerle saber al adquirente la circunstancia de que se trata de un departamento "de renta congelada", para que no exista fraude al comprador y para que se adquiera a sabiendas de tal circunstancia y así no exista engaño al respecto.

Problema grave también es el que se ocasiona cuando un arrendador que va a vender un departamento notifica a su inquilino su deseo de vender en determinado precio y después sucede que, ni el inquilino ejercita el derecho del tanto, ni su comprador adquiere. Pasa el tiempo y, por razones inflacionarias de todos conocidas, el precio tiene que aumentarse necesariamente. En este punto, se pregunta: ¿Se requiere una nueva notificación? Bajo tales circunstan--

cias, afirmamos:

- Si en la cédula de notificación primera se puso el nombre del comprador, entonces hay que notificar nuevamente, indicando la variación del precio y el cambio del sujeto comprador.
- Si no se puso el nombre del futuro comprador, y el inquilino no notificó fehacientemente al arrendador su deseo de ejercitar el derecho del tanto, entonces el arrendador puede enajenar al nuevo comprador, sin hacer nueva notificación.

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

Primera.- Desde los inicios del Derecho Romano, los pactos preferenciales han sido motivo de un incesante estudio que continúa aún en nuestros días, partiendo de las diferentes clases y nociones que han hecho los estudiosos de esta materia, destacándose el esfuerzo por elevar los niveles de bienestar de las partes que intervienen en las preferencias de estos derechos.

Segunda.- El estudio de los derechos preferenciales se enfoca desde un punto de vista legal, donde se ven los elementos necesarios para la validez de la preferencia, ya que es de suma importancia conocer, aunque sea someramente, cómo operan legalmente, y las acciones y los caminos que se encuentran para poder lograr su perfeccionamiento.

Tercera.- Nuestro derecho civil vigente, al reglamentar los derechos de preferencia, se refiere a éstos como si se tratara de algo conocido para todos nosotros. Sin embargo, es todo lo contrario,

siendo algo sumamente complicado y de lo cual la Ley no da soluciones a los conflictos que se presentan en estos casos. Por lo tanto, nos parece necesario tratar de interpretar las disposiciones legales mediante la agrupación de elementos basados desde -- los antecedentes, ya que se integró primero al Código de Oaxaca de 1827-1833 y, posteriormente, a los códigos de 1870, 1884 y - 1928, que actualmente nos rige. Ante la gran problemática y escasez de vivienda, el gobierno intenta proteger a los arrendatarios y copropietarios de cosa indivisa, con normas tutelares. - Esto ha dado motivo a un descontento por parte de los dueños de inmuebles, que han dejado de intervenir en el mercado inmobiliario porque la Ley no permite el libre comercio, convirtiéndose el Estado en intervencionista y regulador de la voluntad del -- arrendador o copropietario, restringiéndose por otro lado el -- principio de la autonomía de la voluntad, siendo esto, a nuestro modo de ver, algo que atenta contra el libre comercio y la voluntad para contratar, dejando al dueño en estado de indefensión, ya que se trata de normas tutelares y de orden público e interés social, siendo al mismo tiempo irrenunciables para el

arrendatario, tal y como lo establece nuestra ley común.

Cuarta.- Los Derechos Preferenciales son el género y los derechos del tanto y retracto son la especie, según se aprecia del estudio - que hacemos de nuestro Código Civil vigente y se dan cuando un dueño de inmueble quiere vender su propiedad.

Quinta.- El Derecho del Tanto tiende a garantizar el pleno ejercicio del derecho de propiedad, o eso parece pretender el legislador al crear normas tan tutelares; pero el legislador no va más -- allá. En otras palabras, no estudió o no litiga, ya que desconoce los mínimos indispensables para dar soluciones claras y - precisas al respecto. Es por ello que deben ser derogadas, ya que colocan en desventaja al arrendador o dueño frente al --- arrendatario o copropietario, imponiendo al arrendador o dueño de inmueble excesivas obligaciones y restringiendo a su vez el derecho del mismo, ya que no les deja en aptitud de contratar con quien ellos quieren, sine que el estado les dice con quién y cómo, esto es, con las mismas obligaciones y derechos para -

con un tercero, motivando con ello que, lejos de dar solución al problema, lo complique más, y alejes la inversión y la libre concurrencia de inmuebles para una mejor productividad. - Se va a llegar al caso que sucedió en 1948 en el decreto de rentas congeladas que, en lugar de ayudar, perjudicaron. Lo mismo va a pasar ahora.

Sexta.- La situación que prevalece en relación con esta clase de arrendamientos ha demostrado que el estado, en su afán proteccionista, debe crear nuevos mecanismos para estimular la inversión en esta área, tales como la reducción de la tasa a esta clase de arrendamientos, estímulos fiscales, exención de algunos trámites administrativos, y reforma de artículos sumamente tutelares y protectores. Es por ello que el estado no debe legislar restringiendo el derecho del arrendador o dueño de inmueble, porque provoca una contracción a la inversión en este campo, lo cual agrava más el problema de la vivienda para arrendamiento y, por tanto, el principio del artículo cuarto - constitucional que establece que "toda familia tiene derecho a

disfrutar de vivienda digna y decorosa... la ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal - objetivo", se volverá inalcanzable y de difícil realización.

Séptima.- Los sujetos que intervienen directamente en los prefe--
renciales a saber son arrendatarios, arrendador, notario y un tercero interesado, resulta de la relación contractual en la que van a intervenir uno como vendedor, otros como compra--
dores y otro como fedatario. Anén de las obligaciones en el Derecho Preferencial, el más importante para el arrendador - es hacer la notificación que se va a vender la cosa arrendada, preferir al arrendatario en una venta o un nuevo arrenda--
miento, el arrendatario a pagar el precio en las condiciones y prerrogativas y de ser preferido para ello antes que cual--
quier persona; el notario a cerciorarse del cumplimiento de la notificación y que no se encuentre en arrendamiento la --
finca, si no incurre en responsabilidad.

Octava.- Para el notario es complicada y riesgosa su intervención

en este tipo de operaciones, ya que debe cumplir con las disposiciones que emanan del artículo 2448 inciso j) fracción V de "cerciorarse" del cumplimiento de la notificación al inquilino. El notario, comentamos, debe ser cauteloso en el cumplimiento de esta imposición, por la responsabilidad en que puede incurrir. Sin embargo, consideramos que el notario, al tirar la escritura correspondiente, deberá insertar en el protocolo, que los comparecientes fueron exhortados a conducirse - bajo protesta de decir verdad en la presente y de las penas en que incurrir los falsos declarantes, así como que el inmueble no se encuentra en arrendamiento; consideramos que si el notario lo relaciona no tendrá problema alguno, ya que tampoco se le obliga a ir al inmueble materia de la operación.

Novena.- El propósito de la ley en las reformas de siete de febrero de 1985 fue proteger al inquilino de casa-habitación frente a la voracidad de los caseros, estableciendo normas de carácter social, que tienden a favorecer a las clases sociales en desventaja. Es por ello que reformó los artículos 2447 y 2448, - pero, como ya hemos comentado en repetidas ocasiones y, por -

abuso de repeticiones decimos que el legislador debería preocuparse más en legislar acertadamente que en tratar de quedar bien con una de las partes olvidando por completo a los demás. Es por ello que insistimos que deberían ser derogadas estas reformas, ya que atentan contra la libre concurrencia y dan motivo de enfrentamientos violentos y no da soluciones para ello.

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

- 1.- Alberto y Oscar Vázquez del Mercado.
El Derecho de Retracto, 2a. edición, México, Editorial Fonti,
S. A., pág. 77.
- 2.- Cipriano Gómez Lara.
Teoría General del Proceso, Colección Textos Jurídicos Uni-
versitarios, México, 1976, pág. 141.
- 3.- Diario Oficial de la Federación, jueves siete de febrero de
1985, México, D. F., pág. 4 a la 8.
- 4.- Diccionario de Derecho Privado.
Editorial Labor, 1950, tanteo, retracto, págs. 3758 y 3465,
respectivamente.
- 5.- Eugene Petit.
Tratado Elemental de Derecho Romano, traducción Dr. José

Fernández, Editorial Saturnino Calleja, S. A., pág. 401 a la 405.

6.- Henri y León Mazeaud.

Lecciones de Derecho Civil, traducción Zamora y Castillo, - parte IV, volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pág. 554 a la 568.

7.- José Arce y Cervantes.

Revista de Derecho Notarial año XII, No. 33, octubre 1968, México, D. F., pág. 21 a la 40.

8.- José Ovalle Fabela.

Derecho Procesal Civil, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, págs. 54, 55 y 104.

9.- Jerónimo Díaz.

Las Nulidades en el Código Civil, Boletín de Información Judicial, año IX, No. 67, pág. 14.

10.- Juan Francisco Bonilla Encina.

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año XLVI, No. 477, Marzo-Abril 1970, Madrid, págs. 407, 446.

11.- Juan Manuel Pascual Quintana.

El Vicio Esencial en el Ejercicio del Derecho de Retracto en los Arrendamientos. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año CIV, tomo XXXIII, No. 6, diciembre 1956, Madrid, pág. 645.

12.- Leopoldo Aguilar Carbajal.

Contratos Civiles, Editorial Magtam, México, pág. 151 a la 173.

13.- Lozano Noriega Francisco.

Contratos IV Curso de Derecho Civil. Asociación Nacional del Notariado, México, pág. 277.

14.- Manuel Borja Soriano.

Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, S. A., 8a. ed., México, 1982, pág. 121.

15.- Manuel Mateos Alarcón.

Comentarios al Código Civil del Distrito Federal de 1884, tomo III, México, 1906, pág. 193 a la 230.

16.- Marcel Planiol.

Tratado Elemental de Derecho Civil, tomo VII, traducción Cajica Jr., Ediciones Cárdenas, México, pág. 20.

17.- Marcel Planiol y Jorge Ripert.

Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo X, primera parte, Editorial Cultural, S. A., La Habana, pág. 491 a la 854.

18.- Miguel Angel Zamora y Valencia.

Contratos Civiles, Editorial Porrúa, S. A., México, 1985, pág. 132.

19.- Miguel Angel Zamora y Valencia.

El Derecho del Tanto. Revista de Derecho Notarial, año 1987, pág. 20.

20.- Rafael Rojina Villegas.

Compendio de Derecho Civil, tomo IV, Editorial Porrúa, S. A.,
México, págs. 214, 214 y 238.

21.- Tercera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

México 1917-1985, págs. 1704 y 111.

L E G I S L A C I O N

Código Civil Vigente para el Distrito Federal

Código Civil de 1884.

Ley de Condominios.

Ley del Notariado.