

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

U. N. A. M.

**EXPROPIACION PRIVADA: LOS RETRACTOS.**

**LAS PREFERENCIAS POR EL TANTO.**

**Ensayo - Tesis**

**MARIO MOYA PALENCIA**

**MEXICO**

**1955**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

VII-50

D.

*A mis padres, familiares,  
maestros y amigos.  
Para Beta.*

6409

## ***Introducción.***

Con la Ley de Condominio, o de la Propiedad Horizontal, reglamentaria del artículo 951 del Código Civil Mexicano, se introdujo en nuestra legislación civil una antigua figura jurídica puesta en práctica a través de las leyes españolas que rigieron nuestra patria varios siglos, y que, después, cayera en olvido hasta ser extirpada por el código de 1928: el retracto.

Esta circunstancia hace más novedoso el estudio que realiza el sustentante sobre dicha institución a la que califica como forma de expropiación privada en cuanto encajada en las normas civiles y puesta en acción por un sujeto particular.

Por otra parte, como el retracto en esa ley, y, en general, en todas las legislaciones modernas, se concibe como una consecuencia o sanción de las violaciones a los derechos llamados de preferencia por el tanto, o de tanto, se hace un comentario de estas facultades jurídicas que completa un breve y elemental panorama sobre la materia. Ojalá éste pueda proporcionar alguna luz en tantos puntos confusos al respecto de los cuales no se conocen opiniones en la escasa doctrina mexicana, y que están relacionados con problemas importantes del derecho, en especial civil.

El plan de este ensayo-tesis no ha perdido de vista sus modestas proporciones, pero ha sido llevado a cabo con un deseo sincero de construcción científica. Se ha ocurrido a muchas fuentes y se ha procurado profundizar en el tema para—siguiendo el consejo de Ludwig—olvidar la documentación en el momento de producir.

## CAPITULO I

**1.—Concepto de expropiación privada. Expropiación privada frente a expropiación pública. 2.—El Retracto. Etimología. Generalidades. 3.—Definiciones. 4.—Orígenes: Las Leyes Mosaicas. 5.—El Derecho Romano. 6.—Condiciones sociales que favorecieron su desenvolvimiento en las legislaciones medievales. El Derecho feudal francés. Clases de retractos. 7.—El retracto en el Derecho feudal español. Tanteo y retracto.**

**1.—Concepto de expropiación privada.—Expropiación privada frente a expropiación pública.**

La expropiación es una forma de satisfacer ciertas necesidades económicas y sociales. A través de la historia del hombre, en medio de la diferencia de riquezas y de bienes, siempre ha existido, latente o declarado, el problema de hacer nuestros la propiedad o los derechos de los demás. Ordinariamente, los medios a través de los cuales se satisface esta finalidad son los trueques, compra-ventas, préstamos y demás formas jurídicas derivadas que nos hacen accesible la adquisición.

Quando por dificultades surgidas en las relaciones humanas, disturbios, y a veces simple fuerza bruta, no se puede recurrir o no se recurre a las formas simples de hacer propio lo ajeno, surge la necesidad de expropiación forzosa, que puede ser arbitraria o jurídica.

Con el desarrollo del Estado, la expropiación forzosa realizada por

éste sobre los derechos o bienes de los particulares—expropiación pública—se ha convertido en un medio delicado, pero efectivo de realizar los fines de la colectividad.

Todos conocen de una manera u otra lo que es la expropiación pública. Al menos tenemos una idea gráfica al recordar concretamente los hechos que motivaron en nuestra patria el célebre decreto del 18 de marzo de 1938 por el que el gobierno federal declaró expropiados en beneficio de la nación todos los bienes muebles e inmuebles de compañías petroleras de capital extranjero cuyas labores se consideraron un grave obstáculo para el desarrollo de la economía estatal y hasta una succión y piratería de recursos naturales mexicanos en provecho de extranjeros.

Por eso no nos detenemos en explicar detalladamente lo que es la expropiación pública. Simplemente la configuramos como un medio que tiene el Estado para substituir la titularidad de los derechos de los particulares en favor propio o de otro particular, por causas consideradas de utilidad pública y mediante una indemnización justa.

Mas pensemos que en las relaciones humanas existen fines no de la jerarquía de los que toca alcanzar al Estado, pero sí de interés social que tienden a generar en los particulares una necesidad semejante: la de expropiación privada.

Existen ocasiones en que bajo la vigilante mirada del Estado y su intervención legislativa y judicial, los particulares pueden también substituirse en la titularidad de los derechos ajenos, aun contra la voluntad de los expropiados, mediante el pago de una indemnización justa.

Al principio puede parecer extraño a la idea de seguridad y a los fines más rudimentarios de convivencia el concepto de expropiación privada. A lo largo de este breve ensayo estudiemos la figura que el Derecho conoce con el nombre de retracto y que es su forma jurídica. Explicaremos cómo la expropiación pública se realiza frente a una propiedad estática, mientras que la privada inside sobre una dinámica.

En efecto, mientras que la expropiación que realiza el Estado atiende a los fines públicos y generalmente recae sobre un bien o derecho de los cuales no se quiere desposeer su titular, sino por el contrario conservarlo en su patrimonio, la expropiación privada, y he aquí una de sus explicaciones racionales, tiene su natural campo de acción cuando el particular por medio de un contrato o acto semejante expresa su voluntad de desposeerse, de vender, de ceder, de enajenar.

En ese momento, cuando el individuo, obediente a múltiples cau-

sas, está a punto de celebrar o celebra un acto traslativo de dominio de sus bienes o derechos, la ley otorga a determinados sujetos la facultad de ser preferidos en igualdad de condiciones en la enajenación, y aun de subrogarse al comprador o tercer contratante.

La expropiación privada se concibe hoy día como una sanción jurídica. Cuando un sujeto que el Derecho considera privilegiado no puede hacer suyo el bien que va a ser vendido a un tercero, con demérito de sus propios derechos y con notoria repercusión social, encuentra en la ley un apoyo para expropiar por esa causa de utilidad, ordinariamente subjetiva, pero de ningún modo ajena al bienestar social, pagando desde luego una indemnización justa, puesto que la expropiación consiste en subrogarse con identidad de condiciones al tercer adquirente en la enajenación.

Expropiación pública y expropiación privada no están reñidas. Son escalones de la misma figura, especies del mismo género. Mientras que en la expropiación pública el Estado se beneficia directamente, en la privada lo son los individuos colocados en determinadas situaciones que merecen protección del Derecho.

Estas breves consideraciones nos han parecido necesarias para entrar al tema, ya que la expropiación privada ha tenido como única vía jurídica al retracto. Pasemos pues a su estudio general histórico.

## 2.—*El Retracto.—Etimología.—Generalidades.*

Lá palabra viene del latín **retractus** derivado de **retractum** supino de **retrahere** que significa "traer o llevar hacia atrás". Es posible que tal nombre haya sido dado, originalmente al pacto de retroventa en forma exclusiva, porque en él la parte vendedora recupera la cosa vendida "trayéndola o llevándola hacia atrás". Independientemente de esta circunstancia filológica lo cierto es que el Derecho Canónico y el Común de la Edad Media calificaron con la palabra retracto a todas las formas de expropiación particular que luego veremos.

La institución que nos ocupa ha sido también llamada de diversas maneras: redención, reversión, rescate, retroventa, y aun se le ha confundido con el tanteo, y con una condición resolutoria de la venta.

Nosotros la consideramos como una especie de expropiación llamada retracto, que nació como consecuencia del estado económico y cultural de las sociedades antiguas bajo la férula absoluta del individualismo. Por eso puede decirse que el retracto es típicamente medie-

val, ya que fueron las necesidades de la propiedad fragmentada en feudos, de la superioridad política de determinadas familias, de la absorción nobiliaria y de la protección de los patrimonios privilegiados, las que lo originaron.

En efecto la mayoría de los tratadistas están acordes en los fines de los diversos retractos: conservar la propiedad de los padres y abuelos, impedir a los extranjeros el dominio raíz, evitar indivisiones y litigios, bloquear la puerta de las sucesiones a los no parientes, recuperar los castillos o heredades salidas del mayorazgo por deudas, acrecentar los feudos y evitar la intromisión de vasallos contra la voluntad del señor, etc. Muchos de estos fines hoy nos parecen deleznable, pero hay que pensar que el Derecho es, en parte, una forma de determinar la justicia y la pretensión de un individuo o de una sociedad en un momento dado, y que los individuos y las sociedades de la Edad Media estaban en situaciones favorables para el nacimiento y auge de la expropiación privada. Otros fines, en cambio siguen siendo de importancia notoria, v. gr.: el impedir la multiplicación de las copropiedades **pro indiviso**, y aún existen actualmente algunos, producto típico de necesidades presentes, que merecen el apoyo de la expropiación privada, v. gr.: la protección de la clase inquilinaria encaminada a proporcionarle vivienda, o el acrecentamiento de pequeñas propiedades por venta de colindancias agrarias o urbanas.

Hemos de hacer hincapié, sin embargo, que la expropiación privada se ha transformado. Que ha sido extirpada de la libertad de estipulaciones de los contratos y que hoy día sólo existe por estricta fuente legal y a título de remedio contra problemas económico-jurídicos que afectan a la colectividad o como forma de protección a los débiles. El retracto ya no es más el arma del poderoso sino más bien el escudo del necesitado, por eso, contrariamente a lo que opinan algunos tratadistas, el retracto no está condenado a desaparecer, antes bien, es muy posible que las legislaciones lo multipliquen y conserven. Claro está que las formas ancestrales de retractos nacidos en la Edad Media o el inclemente retracto convencional o venta a carta de gracia han sido y continuarán siendo proscritos de la vida jurídica, pero la expropiación privada aplicada a la vida moderna que se desenvuelve sobre la base de que la propiedad particular debe realizar una función de beneficio colectivo, seguirá cumpliendo muchos de los fines que a un derecho cada vez más social se imponen. Además el retracto puede ser emplea-



do también por el Estado como una forma atemperada de expropiación pública, que por su importancia nos ha parecido oportuno estudiar en un capítulo especial.

### 3.—*Definiciones.*

El derecho de retracto —según POTHIER— quien ha dedicado todo un volumen de su obra al estudio de esta figura "...no es otra cosa que el derecho de hacer suya la compra de otro y de constituirse comprador en su lugar. El retracto no tiende nunca a rescindir ni a destruir el contrato sino a subrogar en todos los derechos resultantes del mismo, la persona del retrayente a la del comprador sobre quien el retracto se ejerce". (1)

DALLOZ lo define como "...el derecho acordado en ciertas circunstancias particulares a una persona de subrogarse en el lugar del comprador reembolsando el precio y los gastos". (2)

Para ESCRICHE nuestra figura jurídica es un "... derecho que compete a ciertas personas para retraer o quedarse por el tanto con la cosa vendida a otro, o bien, el derecho que por ley, costumbre o pacto compete a alguno para anular alguna venta y tomar para sí por el mismo precio la cosa vendida a otro". (3)

El artículo 1521 del Código Civil Español, contiene una de las definiciones más ajustadas de esta forma de expropiación: "El retracto legal es un derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago".

Por último, PLANIOL-RIPERT hablando del retracto sucesorio (4) nos dicen estas palabras: "...el retracto tiene la función de una verdadera expropiación por causa de utilidad privada".

Como vemos las definiciones doctrinales o legislativas si no absolutamente homogéneas abundan en elementos esenciales fáciles de distinguir. El retracto es: a) un derecho subjetivo, b) de subrogarse en los

1.—Pothier.—"Coutume d'Orléans". Paris 1861. Tomo I y "Traité des Retraits". Tomo III, misma edición, y traducción española de don Manuel Deo. Madrid.—Barcelona.

2.—Daloz.—Repertoire. Tomo XXIX. Pág. 1858. Paris.

3.—Escriché.—"Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Madrid, 1878. Ver Retracto.

4.—Planiol-Ripert.—Derecho Civil.—Sucesiones.—Tomo IV. Pág. 619. Cuba, 1945.

derechos y obligaciones de una de las partes de un contrato oneroso (generalmente venta) c) para quedarse con la cosa u objeto del contrato aun contra la voluntad del tercero. d) Este derecho puede dimanar de la ley o de la voluntad de las partes (retracto convencional o retracto).

Enmarcando la figura del retracto moderno dentro de nuestras ideas la describiremos como el derecho concedido a los particulares de expropiar en determinadas circunstancias los derechos o bienes del tercero por una causa que la ley considere de utilidad social, mediante una subrogación contractual que involucre una indemnización o pago.

#### 4.—*Orígenes.—Las Leyes Mosaicas.*

El primer retracto de cuyos orígenes tenemos vagas noticias es el de abolengo, patrimonial, familiar o de sangre conocido en la doctrina francesa con el nombre de **retrait lignager**. Por medio de este retracto los parientes en línea recta del que vendía una heredad patrimonial o de abolengo (de padres o abuelos) podían subrogarse en la compra por el mismo precio que el vendedor si ejercitaban este derecho dentro de cierto plazo y pagaban el mismo precio.

GARCIA GOYENA (5), NARCISO RIAZA (6), CASTAN TOBEÑAS (7), ANTONIO BRUNETTI (8) y MERLIN (9) encuentran su origen mediado en los Capítulos XXV del Levítico y IV de Ruth, de la Sagrada Biblia.

En principio he de hacer notar que el régimen de propiedad hebreo que nos muestran estos antecedentes era un régimen temporal. La propiedad (Levítico Cap. 25, versículo 10, 13, 23 a 33) era un don de familia o tribu que ésta no podía tener más que por cincuenta años, de tal manera que el año quincuagésimo era considerado de "...remisión o rescate general..." para todos los moradores de la tierra, año de devolución de posesiones a causa del jubileo, en que además de este fe-

---

5.—Florencio García Goyena.—"Comentarios, Motivos y Concordancias del Código Civil Español". Tomo III.

6.—Narciso Rianza.—"Los Retractos. Errores Dominantes Sobre la Materia". Madrid. 1919.

7.—Castán Tobefías.—"Derecho Civil, Común y Foral". Tomo III.

8.—Antonio Brunetti. Citado por Enciclopedia Espasa-Calpe. Tomo L. Pág. 1423.

9.—Merlin.—Ob. cit. Tomo XV. Pág. 243.

nómeno de **marche en arriere**, de la propiedad aparecían otros como la libertad de los esclavos y prisioneros, el descanso de las tierras cultivadas, etc.

Parece ser que los fines del rescate general fueron impedir la confusión de las tribus, lo que importaba mucho por razón del advenimiento del Mesías, impedir asimismo la ruina o disgregación de las familias, refrenar la codicia, igualar la riqueza y acostumar al judío a no mirarse sino como usufructuario de la creación. Ante este régimen es más fácil concebir la existencia de retractos o redenciones particulares antes del año del jubileo y a virtud de enajenaciones familiares. Así, los versículos 23 y siguientes del capítulo citado del Levítico nos dicen:

“...Y habló el Señor a Moisés en el Monte Sinaí, diciendo:

23.—La Tierra asimismo no se venderá para siempre: por cuanto es mía y vosotros sois advenedizos, y colonos míos.

24.—Y así todo terreno de vuestra posesión se venderá con la condición de redimible.

25.—Si empobreciendo tu hermano vendiere su haciendilla, puede un pariente suyo, si quiere, redimir lo vendido por el otro.

26.—Mas en caso de no tener pariente cercano, si él mismo puede hallar el precio con qué redimirla,

27.—se computarán los frutos caídos desde la venta y pagará el resto al comprador; y con eso recobrará su posesión.

28.—Que si no hallare arbitrio de juntar el precio, retendrá el comprador lo comprado hasta el año del jubileo: en el cual todo lo vendido se ha de restituir a su antiguo dueño y poseedor.

29.—El que vendiera una casa dentro de los muros de una ciudad, tendrá durante el año entero libertad de redimirla.

30.—Si no la redimiere, y hubiere pasado el año, la poseerá el comprador y sus herederos perpetuamente, y no podrá redimirse ni aun en el año del jubileo.

31.—Si la casa está en una aldea sin muros, se venderá al tenor de los campos: si no ha sido redimida antes, en el jubileo volverá a su dueño.

32.—Las casas que los levitas tienen en las ciudades siempre se pueden redimir:

33.—Si no se redimen, en el jubileo volverán a sus dueños, porque

las casas que en las ciudades tienen los levitas, se reputan como posesiones entre los hijos de Israel". MOISES. (10)

Como se ve sólo la propiedad agraria o rústica era redimible en el jubileo, la propiedad urbana no, con excepción de las casas de los levitas. El retracto era una redención anticipada ejercitable en el plazo de un año a partir de la venta y que las leyes mosaicas otorgaron como derecho tanto al enajenante cuanto a sus parientes cercanos, por orden de grado según se deduce de otros pasajes de la misma Sagrada Biblia.

Los fines a satisfacer, efectivamente, eran los mismos que tiende a alcanzar el rescate general, y que eran típico producto, en esencia, de la autarquía del pueblo judío, raza de las razas, sangre de la casa de Dios, protegida y soberana, cuyos miembros deberían estar cuidadosamente escogidos, y no mezclar con otros pueblos sus herencias espirituales o patrimoniales.

Domina la concepción de propiedad originaria, la cual en los tiempos modernos, incluso en nuestra patria (art. 27 constitucional) constituye la base del intervencionismo estatal sobre bienes particulares. El versículo 23 que hemos transcrito da una idea breve de este concepto de propiedad que a nosotros nos parece inestable, pero que fue una de las bases de la fortaleza y unidad de la raza de David.

Obsérvase también en los pasajes del Levítico una escrupulosa reglamentación de las condiciones para el ejercicio del retracto, tanto en el plazo cuanto en la indemnización que el adquirente debe dar y la computación de frutos para lograr un resarcimiento absoluto.

Es maravilloso observar en un libro de la naturaleza de la Biblia gérmenes tan bien definidos de instituciones que después renacieron a virtud de otras necesidades. En cuanto a los procedimientos de la redención anticipada entre los hebreos y las costumbres alrededor de la misma, tenemos otro curioso y descriptivo antecedente en el libro de Ruth.

Como es bien sabido, Ruth no era hebrea sino moabita conversa a la religión mosaica a raíz de su casamiento con uno de los hijos de Elimelech y Noemí. Recordamos también que después de que tras la fatal emigración de la familia judía al país de Moab, en la cual perecieron el padre y los dos hijos casados con Orfa y Ruth, respectivamen-

---

10.—Moisés. Libro del Levítico. Pentateuco. La Sagrada Biblia, traducida de la vulgata latina. Nueva edición. Publicada en Ontario, Canadá. Págs. 92 y 93. Capítulo XXV. Versículos citados.

te, la última de éstas regresó con su suegra al país israelita, prometiéndole cuidarla hasta la muerte.

Entonces Ruth se dedicó a recoger las espigas de caridad a que los pobres tenían derecho o sean aquéllas que escapaban a los recogedores, en el campo de un pariente de sus suegros, el rico Booz.

Cuando Booz se prendó de la moabita y decidió hacerla su esposa, se valió de la prescripción judaica que establecía que el hermano de un muerto a quien hubiese sobrevivido la esposa, debía casarse con ella para aumentar la gloria de la raza.

Booz deseaba quedarse con Ruth y con las tierras que por herencia le correspondían, y existiendo un cuñado, pariente más cercano que él, le ofreció la redención de bienes y de mujer en los términos que nos relata el capítulo IV, del libro de Ruth, cuando dice:

“Fué Booz a las puertas o juzgado de la ciudad y sentóse allí; y viendo pasar a aquel pariente del que se habla arriba, llamóle por su nombre y le dijo: “Llégate por un momento, y siéntate aquí. Llegóse él y sentóse.

2.—“Entonces Booz convocando a diez varones de los ancianos de la ciudad, díjoles: “Sentaos aquí”.

3.—Luego de que se sentaron habló al pariente: Noemí, que ha vuelto del país del Moab está para vender una parte de la heredad de nuestro hermano Elimelech.

4.—Lo cual he querido que tú sepas, y decírtelo en presencia de todos los circunstantes, y de los ancianos de mi pueblo. Si tú quieres poseerla por el derecho de parentesco, cómprala y poseela. Y si no gustas de eso, decláralo para que yo sepa lo que debo hacer, puesto que no hay otro pariente sino tú, que eres el primero, y yo que soy el segundo. Y le respondió él: Pues yo compraré la heredad.

5.—Replicóle Booz: “Luego que compres esa posesión tienes también que casarte con Ruth, la moabita, que fue consorte del difunto para hacer revivir el nombre de tu pariente en su herencia.

6.—El respondió: Renuncio el derecho de parentesco, porque no es razón que yo arruine la posteridad de mi familia: usa tú del derecho mío, el que protesto renunciar espontáneamente”.

Hemos de hacer notar sobre ésta, que consideramos la primera legislación sobre retracto, que la figura presentaba dos aspectos:

1.—No existía como consecuencia o sanción a la violación de un privilegio o preferencia, es decir, no se daba al enajenante o sus parien-

tes un derecho de preferencia sobre los terceros, sino todo un derecho a expropiación. Esta característica es importante porque la expropiación privada a través del retracto es característica en las legislaciones modernas por ser un remedio a la violación de una preferencia. El Derecho contemporáneo otorga generalmente a los copropietarios, usufructuarios, inquilinos, etc., un derecho a ser privilegiados en la venta del bien sujeto a copropiedad indivisa, usufructo o arrendamiento. Si de alguna manera resulta violado dicho derecho de preferencia, entonces la ley da oportunidad para retraer, es decir subrogarse con las mismas condiciones en el contrato efectuado. En el derecho israelita no había tal preferencia como elemento principal, sino que lo que hoy conocemos como sanción, retracto, era dado directamente: tras el contrato el pariente podía subrogarse.

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

Ignoramos hasta qué punto la ley mosaica infuyó en legislaciones posteriores, aunque es bien sabido que la Biblia tuvo un especial apogeo en la época medieval, en la que por otra parte se incorporan a las instituciones jurídicas una serie de retractos, tales como el abolengo, de sangre o gentilicio, —**retrait lignager**— que es casi exactamente la misma institución reglamentada en el Levítico.

### 5.—*El Derecho Romano.*

Los romanos no conocieron a fondo la institución que nos ocupa. A través de las recopilaciones de Justiniano, tenemos vaga idea de que este pueblo de juristas sólo practicó en alguna época el retracto de copropietarios, el convencional o retroventa y el retracto de créditos litigiosos.

El primero de estos retractos aparece en una constitución imperial cuyo autor se ignora, y que JAIME GODOFREDO (11) la atribuye a Constantino o a algunos de sus hijos; pero esta constitución fue derogada por otra de los emperadores Valentiniano y Teodosio, inserta en la ley sexta del Código de Teodosio sobre el contrato de venta, y en la

11.—Citado por Pothier. Obra citada. Edición española. Pág. 8.

ley 14, Título 38, Libro IV del Código de Justiniano, que a continuación transcribimos: "...en otro tiempo, cuando se trataba de una compra, los que habían dividido una cosa entre sí eran preferidos a los extraños, lo que impedía a veces vender cosas de que su dueño quería desprenderse, pero este deber, bien que llevado de la fama inusitada, no dejaba de ser harto oneroso en cuanto ponía trabas a la libre disposición de los bienes; abolimos, pues aquella antigua ley y permitimos que se venda libremente a quien se quiera a menos que la ley impida a ciertas personas hacerlo".

De este párrafo del código, quiere hacer nacer Pothier un retracto gentilicio o de pariente, pero es claro que se trata del de copropietarios o comuneros. Desgraciadamente no tenemos mayores datos acerca de la práctica de esta clase de redención, limitándonos a tomarlos como preciosos antecedentes.

Por lo que hace al retracto convencional a retroventa es bien sabido que en Derecho Romano, el vendedor podía reservarse el derecho de recuperar la cosa vendida, restituyendo el precio al comprador dentro de determinado tiempo, algunas veces en cualquier plazo. Así lo afirma la ley 2, Título 14, Libro IV del Código, y el parágrafo primero del Digesto, "De distraccione pignorum et hypothecarum".

Como no es el fin de éste breve ensayo describir el mecanismo de esta institución romana, nos limitamos a enunciar que el pacto de retroventa, venta a carta de gracia que en definitiva adoptó el Código Civil Mexicano de 1870, sigue casi todos sus lineamientos.

En donde adquiere mayor trascendencia la influencia romana, ya dentro del campo de los retractos legales, es en lo que se refiere al llamado retracto de créditos litigiosos, que también se contienen en el artículo 1624 del Código Civil Mexicano de 1884, con estas palabras: "El deudor de cualquier obligación litigiosa cedida a título oneroso, puede liberarse satisfaciendo al cesionario el valor que éste hubiese dado por él y los intereses y demás expensas que hubiese hecho en la adquisición".

Las necesidades que originaron esta expropiación privada en Roma fueron, principalmente, refrenar el lucro de los adquirentes de créditos en litigio, quienes, seguramente por su conexión con los tribunales, podían obtener una sentencia favorable o más rápida, y también disminuir el número de procesos, tomando siempre como base que el

acreedor original manifieste su voluntad de abandonar su derecho a cambio de determinada compensación.

Este retracto se contiene en la Ley Anastasiana que se incluyó en el Código Justiniano. (Libro 24, Madat. IV, 35) y que es conocida como "Per diversas..." Dicho antecedente dice así: "**Per diversas interpellationes ad nos factas**, comprobamos que algunos, ávidos de cosas y fortunas ajenas, tratan de que sean expuestas a su favor cesiones de acciones pertenecientes a otros y que de ese modo someten a las personas litigantes a diversas vejaciones: siendo cierto por indiscutibles obligaciones que aquéllos que antes las tenían, vindicaban sus derechos más bien que quererlos transferir a otros. Por esta ley mandamos que de hoy en adelante se impida este intento, pues no hay duda ninguna de que parecen redentores de litigios ajenos aquéllos que desean ver hechas a su favor las dichas cesiones: de tal manera, sin embargo, que si alguno hubiese pagado por obtener dicha cesión, puede ejercer acción hasta la cantidad de dinero pagado y sus intereses, aun cuando al instrumento de cesión se le haya dado el nombre de venta".

Justiniano, por las constituciones llamadas Ab Anastasio (23-24 Código. Mandat. IV-35) confirma y reglamenta la anterior disposición calificándola de "tan justa y humana, cuanto llena de benevolencia".

Es de advertirse y cabe detener la atención del lector, que las constituciones imperiales de referencia tienen importantes excepciones que ratifican su espíritu, ya que no podía ejercerse el retracto cuando la cesión del crédito ligioso era hecha entre coherederos o copropietarios, cuando constituía una dación en pago y cuando se hacía al poseedor de un inmueble tratándose de un derecho constituido sobre ese bien. Como veremos después el Código de 1884 recogió casi totalmente esas excepciones.

Nos encontramos aquí con una clase de expropiación privada de notorio interés legal. Las legislaciones contemporáneas la conservan en su mayoría casi con las mismas reglamentaciones que el Código Justiniano. Se trata pues de una institución que perduró a pesar del rigorismo con que se pretendió aplicarla en alguna ocasión por el propio Emperador Jurista cuando trató de abolir las excepciones a la ley de Anastasio, movido quizá por un comprensible pragmatismo que lo lleva sin embargo a una evidente falta de equidad.



## **6.—Condiciones sociales que favorecieron su desenvolvimiento en las legislaciones medievales.**

La Edad Media marca, como hemos apuntado, el florecimiento de la expropiación privada por medio de diversos retractos. No es difícil comprender que la época era tierra fértil para dicha multiplicación, ya que a la insuficiencia de los regimenes políticos se oponían la preponderancia de los señores, lo que produjo un marcado dominio individualista.

En la baja Edad Media, época de las invasiones, o desplazamientos de los pueblos, como le llaman los alemanes, nos encontramos una meta indubitable: la conquista de la tierra.

A través de los movimientos de población de los siglos IV, V y siguientes, predomina esta finalidad. Germanos, alanos, vándalos, burgundios, hunos, francos, godos, visigodos, ávaros, lombardos, etc., tratan de obtener posesiones en Europa. Carlo Magno, a quien la historia considera el guerrero más poderoso de la época no hizo sino vencer a las diversas tribus y establecer un imperio limitado por las tradicionales marcas o fronteras.

Pero la historia también nos recuerda que la desmembración del imperio Carolingio a la muerte del Emperador de la Corona de Hierro, iniciada con el tratado de Verdún, suscrito por sus nietos, abre, cronológica y socialmente, la Epoca Feudal. Aunque siguieron las invasiones y conquistas, a partir del siglo X y hasta después del XVI la conservación de la tierra obtenida, su administración y reparto son los hechos sobre los que gira la civilización medieval. En su apogeo, este sistema, al decir de WECKMAN, (12) "...estribaba en dos principios: 1).—La herencia de la propiedad y ciertas cargas y obligaciones, y 2).—La fusión de la soberanía con la propiedad".

Sobre esa base la jerarquización humana y patrimonial llevada casi a la confusión anárquica, y que descendía desde el emperador y el Papa hasta el último de los siervos, configura una civilización que encuentra un aliado poderoso en el retracto.

El señor repartía feudos entre sus vasallos. Los pueblos tenían feudos y terrenos delimitados. Los vasallos subinfeudaban, parcelaban o cedían parte de sus feudos. La gleba estaba amarrada a la tierra, y, co-

---

12.—Luis Weckman.—La Sociedad Feudal. Editorial Jus. México. 1944. Pág .22.

mo los árboles, no le era dable producir frutos más que en relación a ella.

Entonces la complejidad de estas relaciones multiplica la imaginación del poderoso para lograr una mayor hegemonía feudal: el señor podía exigir de su vasallo **auxilium, consilium, fidelitas y obsequium**, o sea fidelidad, servicios militar y judicial, servicio de ayuda financiera (en los "tres casos": cuando el señor era hecho prisionero, armaba caballero a su primogénito o casaba a su hija mayor), servicio de consejo y servicio familiar. (13)

Para evitar que su feudo, por enajenación o subinfeudación, decrezca, el señor se vale del retracto. Para impedir la pérdida de ducados y de mayorazgos el señor expropia. También se vale de este camino jurídico para asegurar que en su sucesión no intervengan extraños, para consolidar copropiedades y usufructos con el dominio directo, para obstaculizar el establecimiento de judíos —gran ironía— en sus posesiones, etc.

El retracto se convierte en un caballo jurídico que llega a todas partes, vence en todos los torneos: no teniendo encima de sí más que a un rey débil, que no era en fin sino otro señor feudal, y una serie de eclesiásticos-terratinentes en quienes podía mandar, y los cuales también tenían —en ocasiones— la facultad de retraer, el señor encontraba la vía libre. Formador de las **coutumes** y estatutos feudales, juzgador en el juicio de los "pares", intérprete de la ley a través de los juristas bajo su férula, cabeza, en fin, de todas las circunstancias, utiliza la expropiación privada como arma.

Las condiciones sociales, repetimos, no hicieron más que facilitar la multiplicación de los retractos, encaminados a la satisfacción de muchos fines oprobiosos y de muchos otros, justo es decirlo también, que ahora podemos seguir considerando como equitativos.

### ***Derecho feudal francés: clases de retractos.***

En Francia esta situación no es más notoria que en otras partes. Quizá con excepción de España, en donde la relación feudal conserva siempre su carácter eminentemente contractualista, respetándose más que en otros lugares la voluntad del hombre, en toda Europa prevalecía —**mutatis mutandis**— el mismo régimen feudal.

---

13.—Weckman.—Obra citada. Pág. 23.

Sin embargo, la literatura jurídica francesa de la Edad Media nos es más accesible que otras, con excepción también de la española a la que después ocurriremos expresamente, y conserva curiosos e interesantes antecedentes para el estudio de la expropiación privada por medio del retracto.

Como breve introducción hemos de recordar que Francia estuvo dividida jurídicamente en regiones costumbristas y de derecho escrito, las últimas de las cuales se apegaban más al Derecho Romano, que reformaban en cambio, las primeras. Como es de pensarse, en los países costumbristas hubo mayor auge de retractos, y así en un lapso comprendido desde los siglos X o XII y la Revolución Francesa, existieron en Francia las siguientes clases de expropiación particular:

1.—**Retracto feudal.**—Según DUMOULIN (14), consiste en "...el derecho que tiene el señor cuando el feudo que ha dado a su siervo (feudo movedizo o móvil) es vendido por éste, de tomarlo para sí y reunirlo al feudo dominante con la carga de dar al comprador el precio que le ha costado y los gastos hechos". Sin embargo, otros opinan que la reunión del feudo móvil con el principal no fue esencial en el retracto feudal, pero el señor debía, por lo menos, guardar el feudo para sí, esto es, para darlo a otro siervo, de donde se concluye que esta clase de retracto, como casi todos, no es cesible y que el vasallo podía exigir el juramento del señor de querer el feudo para reincorporarlo al dominante o cuando menos para darle a otro. Algunas costumbres, sin embargo, partiendo de la base que la reunión no era esencial, facultaban al señor para ceder su derecho de retracto, que por cierto fue considerado no como una gracia de la ley sino como un auténtico producto dimanante del título de infeudación.

El sujeto de este retracto era el señor feudal, como retrayente, y el comprador del feudo movedizo, como retraído, pero la costumbre de Orleáns, por ejemplo, sólo otorgaba este retracto a los señores que tuviesen por lo menos el título de castellanos. Los eclesiásticos podían hacer uso de él en cuanto fuesen señores feudales, y esta facultad les fue conservada durante toda la época medieval francesa, ya que fue hasta 1749 cuando un edicto se los quitó aunque hubo célebres divergencias sobre si en realidad la referida ley quiso suprimirles su capa-

---

14.—Citado por Pothier. Costumbres de Orleáns. Segunda edición. París, 1861. Pág. 90 y siguientes.

cidad de goce o solamente su capacidad de ejercer a este respecto, ya que de ser válida la última aseveración los eclesiásticos, si bien no podían retraer, sí, en cambio tenían poder jurídico para ceder su derecho. El retracto feudal podía ser también ejercitado por el rey en su calidad de señor, pero éste tenía el privilegio de no ser retraído, mismo del que disfrutaron los parientes del señor por cuya rama le venía a éste el feudo dominante.

Los contratos de venta, dación en pago, las donaciones onerosas y remuneratorias y el arrendamiento a renta redimible daban apertura al retracto feudal, cuando su objeto había sido el feudo móvil, en la inteligencia de que si el contrato había abarcado otros bienes, el tercer adquirente tenía derecho de obligar al señor a retraer todo. El tiempo para ejercer este retracto variaba según las costumbres, pero generalmente se concedían de veinte a sesenta días a partir de la fe y homenaje rendidos por el adquirente hacia el señor, sin perjuicio de que aceptada ésta el contratante fuese admitido como siervo, en cuyo caso se perdía el derecho de retracto, que, por otra parte podía ejercerse antes de la tradición de la cosa. En caso de no haber fe y homenaje la acción del señor prescribía en treinta años improrrogables.

La indemnización consistía en el precio del contrato teniendo en cuenta que las accesiones naturales no lo aumentaban en favor del adquirente y en cambio el señor sufría los deterioros por caso fortuito. Si el feudo se vendía con frutos que hubiesen sido ya aprovechados se deducía el precio de éstos para fijar la indemnización. En ventas a plazos los términos aprovechaban al señor quien debía prestar garantía al comprador.

Como parte integrante del precio se consideraban también los accesorios que comúnmente se coparticipaban los contratantes, algunos de los cuales se llamaban **pots-de-vin** o **épingles**, haciendo mención a las botellas de vino que se regalaban al jefe de familia y las agujas o utensilios domésticos que se obsequiaban a su esposa y que en algunas legislaciones eran obligatorias.

Para dejar indemne al retraído debían pagarse asimismo todos los gastos de contrato, el salario del corredor, los gastos de viaje y el interés del precio. La indemnización debía otorgarse durante los cuarenta días siguientes a la expropiación, a menos que el juez fijara otro plazo, y el retraído debía entregar el feudo en el estado que lo recibió y reembolsar los frutos habidos después del retracto.

Eran causas de improcedencia del retracto feudal: la prescripción, la aceptación del comprador como vasallo, la opción del señor por el provecho del quinto, que así se llamaba la facultad de quedarse con la quinta parte de la venta, y la propia voluntad del señor de enajenar el feudo.

La costumbre de Orleans, que comenta Pothier, establecía todo este complicado sistema de redención, y por ser interesante, transcribimos aquí una de sus disposiciones: "Art. 49 (Costumbre de los ducados, alquiler y prebostado de Orleans y jurisdicción D'Iceux).—El señor castellano cuando su feudo es vendido lo puede recoger por potencia de feudo por el precio en que se vendió dentro de los cuarenta días después del homenaje, hecho por el comprador quien está obligado a exhibir al señor, si es requerido para ello, el contrato celebrado".

Esta clase de retracto que como hemos visto era considerado como una consecuencia jurídica de la posesión a título feudal, inadmisibles al evolucionar las ideas francesas, desapareció por decreto de 15-28 de marzo de 1790 por disposición expresa del Art. 10 de su título I.

2.—**Retracto por deudas.**—Era ésta una expropiación acordada por la costumbre de Normandía a favor del propietario que había poseído por un año y un día la heredad que después le fuese quitada por deudas de sus ascendientes para recuperarla reembolsando el precio y los gastos. Fue abolido por la ley de 18-29 de diciembre de 1790.

3.—**Retracto de consentimiento.**—El señor tenía derecho a retraer las heredades de plebeyos que no constituyesen feudos móviles pero que se encontrasen en sus posesiones y fueran vendidas sin su consentimiento. Fue abrogado por la ley de 15-28 de marzo de 1790.

4.—**Retracto convencional.**—Conocido como facultad de **rachat** de la venta, y que después se consagró en el artículo 457 del Código de Napoleón. Existía sin una limitación costumbrista que midiera su empleo como arma de usura.

La retroventa en Francia tuvo un uso exorbitante: en todas las escrituras y casi como cláusula obligada, se insertaba la facultad de redimir. Este retracto, como hemos visto fue respetado por las leyes revolucionarias.

5.—**Retracto de platería.**—Esta curiosa expropiación permitía a las viudas y a algunas otras personas a recuperar la plata o vajillas que se encontrasen en los inventarios de una sucesión o de una comunidad disuelta. La ley de 14 de diciembre de 1683 instituyó este retracto so-

bre la base de que el retrayente tenía que pagar el precio de inventario.

6.—**Retracto sobre bienes de la iglesia.**—Otorgado como acción colectiva a las comunidades de los países de Champagne y Picardie para redimir sin formalidad alguna los bienes vendidos a las iglesias desde veinte años atrás para pagar el precio en diez años.

Este retracto nació como producto de las medidas contra la amortización de bienes en manos del clero, dictadas por el rey de Francia en marzo de 1600 y renovado por leyes de 1659, 1661 y 1664, alguna de las cuales en virtud de que se habían cometido muchos excesos para despojar a la iglesia de sus bienes y comerciar con ellos, le dio a su vez a la institución eclesiástica la facultad de retraer los bienes retraídos previa demostración de que el particular no había expropiado en plan de recuperación sino en el de franco lucro aprovechándose de la liberalidad que la legislación ofrecía al estipular como tiempo de pago el de diez años.

7.—**Retracto de créditos, litigiosos.**—Esta institución nacida en las Constituciones Imperiales “Per diversas...” y “Ab Anastasio...” tuvo franca acogida en la época feudal y fue conservada mucho tiempo después.

8.—**Retracto de burguesía o de habitación.**—Era dado a los burgueses o habitantes de las ciudades para retraer los bienes vendidos a los extranjeros. Tiene su fundamento según MERLIN (15) en la ley de los emperadores León y Arthemius, inserta en el título 55, libro II del Código de Justiniano, dada como protección a los habitantes de las metrocomias o metrópolis, capitales de cantones, y que rezaba así: “Que ningún extranjero pueda poseer nada en estas ciudades y si algunos habitantes quieren vender sus propiedades, que no puedan hacerlo por ninguna manera, ni contra, sino a favor de sus ciudadanos. Si un extranjero viola esta defensa, las acciones hechas en este sentido quedarán sin efecto y no podrá cobrar más que lo realmente pagado”.

Como vemos era ésta una forma bastante singular de impedir la inmigración y probablemente fue estatuida a raíz de movimientos de población amenazadores del régimen feudalista. Costumbres como las de Artois, Hesdin, Flandes, etc., impulsaron el retracto de burguesía o habitación. Llegó a darse una facultad redentora semejante sobre bienes muebles y víveres en Hesdin, Bergerac y Bayona.

---

15.—Merlin.—Obra citada. Ver retracto.

Este retracto fue abolido por ley de 13-18 de junio de 1790.

9.—**Retracto de recuperación vecinal.**—Llamado **retrait d'escleche** o **de eclipsement**, nacido en la costumbre de Lille-Armentieres, era el derecho del propietario vecino de retraer la parte de heredad en venta que había sido desmembrada anteriormente de su propiedad. Tenía por objeto no tanto ensanchar las posesiones, puesto que se ejercía en el supuesto de que ya hubiese sido fraccionada una propiedad, sino para mantener la antigua costumbre por la cual el hombre nunca debía despojarse de sus dominios, y si así lo hiciera recuperarlos a la primera oportunidad.

10.—**Retracto sucesorio.**—Como el de créditos litigiosos fue respetado por las leyes revolucionarias, y conservado en el artículo 841 del Código de Napoleón. Consiste en la facultad de los herederos de expropiar los derechos hereditarios que uno de ellos enajenó a un extraño. En algún tiempo se extendió también a los bienes determinados, pero el código antes citado lo limitó a la cesión de derechos. No tuvo por objeto evitar, como después afirma BONNECASE (16), "...las manobras de especulación a que necesariamente se entregan los compradores de derechos hereditarios...", sino como dicen LAURENT (17) y LEBRUN (18), el conservar íntegro el patrimonio sucesorio y evitar que los extraños conocieran los secretos de familia.

11.—**Retracto de comuneros o copropietarios.**—También esta institución fue recogida por el Derecho feudal francés del Derecho Romano, porque ya hemos visto que aunque la ley 14 del libro del Contrato de Venta del Código de Justiniano abroga una ley anterior recopilada por Teodosio en que se hacía mención a esta clase de retracto, en realidad le hizo una publicidad suficiente como para que llegara al conocimiento de edades posteriores. Aunque después trataremos más ampliamente sobre expropiaciones como ésta cuyos fines siguen siendo aceptados contemporáneamente, insistimos en que la redención de los copropietarios **pro indiviso** de la parte alícuota vendida por otro comunero, es de gran interés para el Derecho, el cual trata de eliminar los estados de copropiedad que tanta confusión centralizan.

Parece ser que, como dice MERLIN, (19) el Derecho Germánico

---

16.—Bonnescaé, Julián.—Derecho Civil. Pág. 491. Tomo IV. Puebla, Méx. 1946.

17.—Laurent, F.—"Principes de Droit Civil Francais" Paris, 1878. Pág. 270.

18.—Lebrun "Des Sucessions", Libro IV. Capitulo II. Paris.

19.—Merlin.—Obra citada. Mismo artículo.

fue el primero en recoger esta institución por medio de una constitución del emperador de Alemania, posterior a la desmembración del Sacro Imperio, según aparece en el Título 13 del Libro V de los "Usibus Feudorum", en la que también se creaba el retracto gentilicio. En Francia lo admitieron por lo menos siete costumbres, y aunque en la legislación moderna ha resurgido, las leyes revolucionarias que trataron de estirpar todo privilegio medieval lo abolieron por disposición del 13-18 de junio de 1790.

12.—**Retracto de casa vendida para ser demolida.**—Es otra de las modalidades del retracto de colindante. Fue establecido en los artículos 52 y 53 del Título V de la Costumbre de Bayona, y por ese medio el vecino de una heredad vendida para ser derruida podía retraer por el precio a efecto de repararla.

13.—**Retracto de medianero o retracto conyugal.**—Esta clase de expropiación tuvo gran acogida en todas las costumbres y aun en países de derecho escrito. MERLIN (20) la explica así: existe el retracto conyugal "...cuando una heredad es comprada durante la comunidad por dos esposos, de los cuales uno es pariente en línea del vendedor, y que ese bien, después de la disolución del patrimonio es repartido entre el supérstite y los herederos del muerto. En este caso la mitad de dicha heredad está sujeta al retracto contra el supérstite —si no es de la línea— y contra los herederos si éstos son extraños al vendedor".

Es una variante del retracto de abolengo y participa también del retracto de comunidad y del sucesorio. Formas como ésta fueron creadas por el feudalismo para solucionar diversos problemas de la época.

14.—**Retracto de preferencia.**—Establecido por el Art. 58 de la Costumbre de Bretagne, correspondía a los herederos a beneficio de inventario sobre los bienes inmuebles de la herencia que llegaran a venderse. Debía ejercerse en quince días. Fue abolido por ley de 19-23 de julio de 1790.

15.—**Retracto de consolidación.**—Las costumbres de Valencienes (Art. 9) Normandie, Bar, Vieux Bourg de Gard y Nanier, estipularon este retracto concedido al nudo propietario contra el comprador del usufructuario con el fin a consolidar la propiedad. Es curioso, pero no fue dado al usufructuario en el caso inverso.

16.—**Retracto sobre bienes rematados.**—Era ésta la facultad que

---

20.—Merlin.—Obra citada, mismo artículo.



tenía el deudor de retraer los bienes muebles rematados, subrogándose al adjudicatario por el precio de postura, y fue establecido por el Título III de la Costumbre de Artois, muy prolifera en esta materia. Es de explicar que existían dos procedimientos de remate, uno era el llamado **a tourne-dos**, definitivo en cuanto a sus efectos, y otro conocido como **a sept jours et nuits**, que en realidad producía una adjudicación redimible por el deudor dentro de la semana siguiente. El retracto que nos ocupa nació en una costumbre como la de Artois, en que existían los dos procedimientos, porque en otras (Montreuil-sur-mer, Art. 51), la segunda forma, o sea la de adjudicación inestable, era obligatoria.

17.—**Retracto ducal**.—Expropiación privada que realizaba el pariente más cercano de la dinastía del duque sobre el ducado mismo indemnizando en el curso de seis meses a las hijas únicas. Tuvo una vida relativamente efímera, ya que fue creado por edicto de 1711 y abolido en 1789.

18.—**Retracto de utilidad pública**.—Es ésta una de las concepciones feudales que más se despega de la idea individualista. Varias costumbres establecieron a favor de las comunidades, acciones de retracto sobre bienes privados que impedían a las primeras la realización de fines de utilidad colectiva.

No nos extendemos más al respecto puesto que dedicamos un capítulo especial al estudio exhaustivo de esta interesante figura jurídica.

19.—**Retracto gentilicio, de abolengo o de sangre, llamado retrait lignager**.—Como hemos dicho era la facultad que tenían los parientes por línea del vendedor para subrogarse en el contrato efectuado sobre un bien inmueble de padres o abuelos. Recogido por casi todas las costumbres y diez países de derecho escrito lo abrogó la ley de 19-27 de junio de 1790.

20.—**Retracto sobre los judíos**.—Los odios de raza fueron también protegidos por la expropiación privada. En regiones como Alsacia, se instituyó a favor de todos los nacionales la facultad de retraer los bienes vendidos a los judíos. Era, en cierto modo, un retracto de burguesía pero evidentemente no fue tanto el deseo de proteger a los habitantes para ensanchar sus feudos cuanto la intención de detener la marcha de los inmigrantes judíos, lo que le originó.

Una de las primeras jurisprudencias sobre este respecto, en 1747 aplaude la idea alsaciana del retracto **sur les juifs** "...que acabarán por tener todas nuestras casas".

21.—**Retratos varios.**—Muchas costumbres establecieron formas de expropiación particular de importancia secundaria o que pueden asimilarse a las veinte anteriores.

POTHIER (21) cita el retrato sobre bienes empeñados que se ponen a la venta, y fueron considerados también otros retratos como el de bienes de dominio público que puede asimilarse al de utilidad pública, el retrato otorgado a los granjeros sobre ciertos bienes, amén de los retratos innominados y de todos aquéllos que las costumbres medievales introdujeron como arma feudal y que no conocemos.

Es notorio, sin embargo, que la expropiación particular en la Edad Media francesa se centraliza sobre la propiedad inmueble, ya que se extendía a los bienes móviles sólo en casos tan especiales como los remates o por vía de accesión, como hemos visto al explicar el retrato feudal.

### 7.—*El retrato en el Derecho feudal español.—Retrato y tanteo.*

Así como los **livres coutumiers**, de las provincias francesas, el espejo de Sajonia o **Sachsenspiegel**, los **Weissthümer**, en Alemania, los Estatutos de Italia, los **Libri Feudorum** (Parte núm. 52 del **Corpus Juris Romano**), España produjo con los **Fueros** o **Legislación Foral**, su Derecho Feudal.

Estos verdaderos monumentos jurídicos nos sirven también de fuentes para estudiar el desenvolvimiento de la expropiación privada en la Edad Media Española.

Recordemos que en España no había sido menor que en otras regiones la influencia de Roma. Séneca, Trajano, Calígula, Adriano, Teodosio y otros grandes nombres de la literatura y política latinas nacieron en la colonia española. Hemos de tomar en cuenta esta corriente cultural para explicarnos el porqué del contraste, la razón del choque que experimenta España cuando en el año 411 de nuestra era, el gran guerrero Alarico pasa los Pirineos y conquista la Península no tanto para la barbarie sino para el Medioevo. Recordemos también que después de las Leyes Romanas las constituciones de los germanos entran a España y que es hasta un siglo después cuando la soberanía españo-

21.—Pothier.—"Tratado de los Retratos". Pág. 27 de la traducción española.

la, siguiendo aún los dictados latinos, elabora la ley conocida como Romana o Teodosia, y más generalmente como Breviario de Aniano.

Las épocas se suceden; del siglo VI al XII la influencia mora se apoya también sobre la legislación ibérica, y paraliza su desenvolvimiento. Pero es asimismo la unión en contra de los invasores lo que muestra a los ojos del mundo ese fenómeno desconocido en el feudalismo europeo: la mayor hegemonía política de la Edad Media. Cuando España forja ya su tradición histórica suficientemente, empezamos a ver el nacimiento de los fueros como el de Nájera, Logroño, Sepúlveda, y el Fuero Juzgo o Libro de los Jueces que bien indican un proceso de madurez muy peculiar en el pueblo español, que ya era eso y no una simple reunión de vasallajes.

El retracto se manifiesta por primera vez en la legislación española en las Leyes I, III y IV del Título I, del Libro V del Fuero Viejo de Castilla que fue elaborado en el siglo XIII y publicado en 1351. Este antecedente nos habla del retracto gentilicio, aunque también se asoma un poco el de burguesía o habitación de que hemos hablado al respecto de Francia, puesto que en hermosas frases se dice: I.—“Esto es Fuero de Castiella: Que ningund Fijodalgo non puede poblar, nin comprar en Viella, dó no fuer deusiero, e si lo comprare, el Señor que fuer del logar. puede gelo intrar e tomar para sí, si quisier”.

Es de notarse, si no un definido tipo de retracto burgués, por lo menos una clara tendencia a la expropiación privada por causa de nacionalidad o residencia, y en la que se sobrentiende una indemnización al extranjero puesto que la gran equidad intuitiva del español no hubiese permitido otra cosa.

Pero el retracto gentilicio o de abolengo es el que se encuentra mejor estatuido en el Fuero Viejo de Castilla, y por ende el que nos interesa más. Sus trazos no difieren fundamentalmente de la misma institución en el Derecho Francés: “III.—Todo ome, que vende sua eredat, que a de patrimonio, o de avolengo, e vinier otro suo pariente e dis: yo me la quiero la eredat tanto por tanto... deve auer la eredat, jurando que para sí quier la eredat, y non para otro ome ninguno...”

Vemos claramente la disposición favoreciendo al pariente sobre bien raíz de su linaje para subrogarse en el contrato durante el término de nueve días que fija la Ley IV del mismo libro.

Y descubrimos en el texto de nuestro antecedente la primera aplicación conocida de esa otra institución muy semejante a los retractos

y que constituye una preferencia conocida como **Derecho de Tanto, al Tanto, o Tanteo.**

La referencia del fuero castellano a esta institución hace notar el otro elemento del retracto gentilicio: el pago del mismo precio fijado en el contrato: "...Yo me la quiero la eredit, tanto por tanto..." Como el derecho de tanto y el retracto han sido tan confundidos entre sí, incluso en la escasa doctrina mexicana, hacemos la observación para ampliarla suficientemente en el capítulo dedicado especialmente a esta otra forma jurídica, dejando sentado desde ahora que derecho de tanto es una preferencia en la venta, y retracto o expropiación privada es una subrogación en el contrato.

En el año 1255 aparece el Libro de los Consejos de Castilla o Fuero Real en el que se establece además de la reglamentación anterior, la preferencia de los parientes más próximos para el retracto.

También es importantísima la disposición del Fuero Viejo de Castilla que acompaña en todo el Medievo al Retracto Español: el retraente debe jurar que quiere la cosa para sí y no para lucrar con ella. Si los fines de esta institución son proteger a las familias, la ley da la facultad expropiatoria pero limitada a la consecución de éstos. Es un punto absolutamente propio de la legislación ibérica.

La ley 230 del Estilo, o Libro del Estilo de Corte, publicado a principios del siglo XIV y que no era más que un comentario o explicación a los fueros anteriores, si bien nos explica que el retracto de linaje tenía lugar en León como en Castilla, realiza la primera confusión gramatical entre la figura expropiatoria y al tanteo, llamando a la primera "Fuero del Tanto por Tanto". Insistimos en que la confusión legislativa dio base a la confusión doctrinal que después empezó a este respecto. Las leyes de Estilo nos proporcionan otro dato interesante y que nos recuerda la reglamentación hebrea: cuando la venta no se ha hecho saber a los parientes, el derecho a redimir precluye hasta el año.

Las Ordenanzas Reales de Castilla persisten en llamar fuero del tanto al retracto lo cual seguía siendo correcto toda vez que ambas palabras designaban la misma figura jurídica. Introducen una novedad, sin embargo: el contrato de permuta no da apertura al retracto puesto que si alguno en lugar de vender su heredad la quiere "...trocar, que no lo puedan contradecir..." (Ley VI, Título VII, Libro V).

En las Ordenanzas Reales de Castilla encontramos anexa a la ley comentada una importante declaración o edicto dado por don Enrique

IV en Nieva en el año 1473. Dicha ley se refiere a un problema capital en materia de expropiación privada y que lo era aún más en aquellos tiempos de precaria evolución jurídica: el de publicidad del contrato haciendo o no correr el término contra los ausentes o incapacitados que tuviesen derecho de retraer. Dice el ordenamiento de Nieva que sobre la ley de don Alfonso X, (comenta las Partidas que después veremos) que estatuye el retracto y que es usado en la mayor parte de los reinos españoles hay continuamente pleitos, dudas y debats que se suscitan cuando un hombre compra una heredad de otro, la reedifica y la repara para que al cabo de algún tiempo cuando ha logrado hacerla producir o la ha embellecido viene un hijo o hermano, o pariente próximo del vendedor al cabo de cinco o diez años y quiere retraer alegando que en el tiempo de la venta era menor de edad o que estuvo ausente, y que por ende goza del beneficio de la restitución para que no le corriesen los términos. Y el Rey dice: "...por ende declaramos y ordenados y mandamos, que los nueve días contenidos en la dicha ley del Fuero, para que el más propinquo saque la heredad vendida, que fue de su patrimonio o abolengo, corran contra los menores de veinte y cinco años, quier esa en ende pupilar y en esa misma contra los ausentes'. Como se ve las sabias disposiciones del hijo del Rey Alfonso tuvieron que enfrentarse a uno de los problemas que después discutiremos y que más ha dificultado el ejercicio de los derechos expropiatorios y del mismo derecho de tanto: el fraude.

Las Leyes de las Partidas a las que se refiere también Enrique IV establecieron (Ley 55, Título 5, Partida V) el retracto entre comuneros o copropietarios pro indiviso: "Dos omes o más auiendo alguna cosa comúnmente de so uno, dezimos, que cualquier dellos puede vender la su parte, magüer la cosa non sea partida. . . pero si alguno de los que han parte de la cosa quisiere dar tanto por ella, como el estraño, cessa la deue auer antes que el estraño. . ." y decimos que establecieron el retracto porque la costumbre foral que no conocía el derecho de tanto asimiló la facultad que la Partida V dio al comunero a aquélla del pariente, cuando en realidad la ley de don Alfonso sólo otorga al copropietario un derecho de preferencia en la compra y no una facultad expropiatoria. Independientemente de la conveniencia o no del retracto o del derecho de tanto, nosotros llanamente indicamos que del antecedente indicado no aparece la estructuración del retracto sino más bien la del tanteo e insistimos en que por la confusión rei-

nante la preferencia y la subrogación se hicieron una misma figura jurídica y la justicia española hace nacer de las palabras de El Sabio un retracto de comuneros que en definitiva perdura en la legislación española.

Tiene como interés el ser el primer documento español conocido en el que se estatuye jurídicamente el derecho de tanto.

Las leyes de Toro también consignan algunas aclaraciones importantes en materia de retractos: la número 70 amplía la facultad de retraer cuando la transmisión del bien patrimonial es en una almoneda y estatuye que en este caso los nueve días contarán desde el remate y el precio comprenderá las costas; la 71 habla de un principio que puede conocerse como "universalidad del retracto" y que se enuncia así: cuando muchas cosas sujetas a retracto fueren vendidas por un precio, deben retraerse todas o ninguna; si muchas cosas se venden en un mismo contrato por varios precios y no están ligadas esencialmente, podrán retraerse en forma separada; la 72 explica que cuando la cosa se vendiere al fiado el retrayente debe dar fianza suficiente a criterio del juez para garantizar al vendedor y substituir la confianza personal que pudo éste tener para con el adquirente. La ley 73 de Toro repite el orden de los parientes con vista al retracto otorgándole privilegio al más próximo hasta el cuarto grado.

La ley 74 de Toro dice así: "Quando concurrán en sacar la cosa vendida por el tanto el pariente más propinquo con el señor del directo dominio, o con el superficionario, o con el que tiene parte en ella por qué era parte común, prefíeráse en el dicho retracto al señor del directo dominio, al superficionario, y el que tiene parte en ella, al pariente más propinquo". Como se ve esta ley nos es valiosa por dos motivos: a) nos indica que era costumbre—probablemente venía de alguna ley anterior desconocida o poco clara—que los nudo propietarios y usufructuarios o superficionarios gozaran del derecho de retracto sobre el usufructo o nudo propietario respectivo para caso de venta. En esta forma se integran cuatro tipos de retractos legales y que son el gentilico, el de comuneros o de socios, el de superficie y el de dominio directo, b) También es importante esta ley porque establece con un criterio extraordinariamente justo y que demuestra cuán diferente es el medioevo español del rígido feudalismo francés, el orden o preferencia de los retrayentes si en un momento dado una heredad sujeta a comunidad y a superficie es puesta en venta y pretenden retraerla los parientes, el

señor del directo dominio, el superficionario, y los comuneros en su caso. Como vemos la ley ha concedido prelación a esa finalidad jurídica de que ya hemos hablado y que aparece patentemente en todas las legislaciones civiles: evitar los estados de indivisión de la propiedad. De esta manera la gracia concedida a los parientes queda relegada a un segundo plano, a la categoría de fin secundario, y se abre paso, aun en aquella época, el inteligente criterio de un derecho en superación.

La Novísima Recopilación Española dedica el título XIII del Libro X al estudio de los retractos y al derecho de tanteo.

Hace ya una clara distinción entre expropiación privada y preferencia, puesto que menciona en primer término al retracto de abolengo y repite las leyes de Toro en que se consagran el de comuneros, el de superficionarios y el de dominio directo, y por otra parte enumera los casos típicos de derecho de tanto, ya que fue esta institución ordenada como una preferencia y no se la lleva hasta el extremo de convertirla en subrogación contractual o expropiación.

En efecto, las leyes de la X a la XXI nos hablan de diversos derechos de tanteo, y—cosa extraordinaria—comprobamos que en los siglos XVI, XVII y XVIII, esta institución típicamente española—derecho de tanto—sirvió para regular situaciones económicas de índole general y no necesaria y exclusivamente privadas. En 1582 se concedió derecho de tanto a las alhóndigas para compra de pan con preferencia a toda persona eclesiástica o secular; en 1552 la preferencia (sic) se da a los abastecedores e hidalgos de los pueblos a tomar por el tanto en las ferias el pescado comprado por otros para revender; en ese mismo año se da derecho de tanto a los tejedores de seda para comprar esta materia a los productores, y este privilegio se reafirma por una sentencia de 1760 y otra de 1772; se da el derecho de tanteo a los fabricantes textiles sobre las lanas españolas—1551—; también se da derecho de tanto según resolución de 1769 a los fabricantes de jabón sobre la sosa y la barrilla, en 1781 a las fábricas de papel sobre el trapo y en 1792 a los fabricantes de tejidos de lino y cáñamo y sobre estos frutos.

Pero el tanteo que conocemos hoy día y que estudiaremos con la mayor acuciosidad en capítulo posterior, no aparece bien definido en las leyes españolas.

Los comuneros, los usufructuarios y los nudo propietarios no tienen derecho de tanto sino retracto. No se les tiene que avisar antes de

la venta, sino que su derecho tiene que ejercerse precisamente cuando se les notifique el contrato mismo.

En cambio son causas de utilidad pública las que generan el derecho de tanto a favor de fabricantes y proveedores: maravilloso ejemplo que el Derecho Español no ha superado ni aun en los códigos actuales y que como veremos en el capítulo consagrado a las preferencias por el tanto y en el que dedicamos al retracto por utilidad pública, tampoco ha sabido aprovechar ninguna otra legislación del mundo.

Por lo que hace al retracto convencional que muchos autores, entre ellos SALA (22), consideran fuera de la institución expropiatoria, no tenemos que decir más, que fue estatuido por la Ley 42, del Título V de la Partida V, y que con el nombre de pacto de retroventa ha sobrevivido en posteriores codificaciones españolas.

---

22. — Novísimo Sala Mexicano. — 1870, México. Tomo I. Pag. 500.



## CAPITULO II

*1.—El derecho de preferencia por el tanto. El porqué de esta denominación. Confusiones del Código Civil vigente a este respecto. 2.—Distinción entre las preferencias por el tanto y el retracto. Coexistencia de ambas figuras en la legislación española, sin carácter subsidiario. Las preferencias en los Códigos Mexicanos de 1870 y 1884. 3.—El porqué de las preferencias por el tanto. División de las preferencias legales y contractuales. 4.—Preferencias legales. El derecho de preferencia por el tanto de los colindantes de ex vías públicas enajenadas. 5.—La preferencia por el tanto de los copropietarios. 6.—La preferencia por el tanto de los usufructuarios. 7.—La preferencia por el tanto de los herederos. 8.—La preferencia por el tanto de los socios civiles. 9.—La preferencia por el tanto de los arrendatarios, y en especial en materia de condominio. 10.—Las preferencias de aparceros y aparceristas. 11.—Las preferencias contractuales. El pacto de preferencia. 12.—Breve referencia a las preferencias por el tanto en materia mercantil y bancaria. 13.—Las preferencias por el tanto en las relaciones administrativas. 14.—Panorama general de las preferencias civiles. Intento de sistematización. 15.—Consecuencias de la violación de los derechos de preferencia por el tanto en materia civil: a) acción de nulidad; b) acción de daños y perjuicios; c) retracto.*

**1.—El derecho de preferencia por el tanto. El porqué de esta denominación. Confusiones del Código Civil vigente a este respecto.**

En el capítulo anterior hemos anticipado algunas nociones acerca del derecho de preferencia por el tanto, que es herencia directa de la legislación foral española, ya que, como vimos, fue establecido por las leyes de las Partidas.

Las preferencias por el tanto, es decir, el derecho a contratar antes que terceros estando en igualdad de condiciones, previa notificación de las mismas, tienden a satisfacer muchos de los fines sociales que también ya hemos enumerado: reconsolidación de dominio, adquisición de la casa que se habita, de una colindancia, etc. Cuando las legislaciones no otorgan al sujeto un derecho de expropiación por considerarlo peligroso pueden darle, en cambio, una simple facultad de prelación sobre las enajenaciones de ciertos bienes, ligados a los sujetos activos por circunstancias jurídicas reales o personales. Por ejemplo: si dos o más personas son propietarias en común de una cosa, mueble o inmueble, que no ofrece posibilidades de división, y una de ellas desea enajenar su parte alícuota, al copropietario tiene la facultad de ser notificado previamente de las condiciones en que el futuro vendedor va a realizar con un tercero la traslación de dominio, y en su caso ser preferido al extraño en igualdad de circunstancias. El derecho de preferencia por el tanto supone pues la satisfacción de un fin de utilidad colectiva, y tiene como presupuesto económico y jurídico la manifestación de voluntad del enajenante en sentido de desposeerse de la cosa sujeta a preferencia, intención que debe ser conocida por el titular de dicho derecho para que pueda ejercitarlo.

La legislación foral española que rigió la vida jurídica de nuestro país hasta el último tercio del siglo XIX habla de **derecho de tanto**, o **derecho real de tanteo**. Nosotros no adoptamos decididamente esta denominación porque aunque repetida en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, y mencionada también en el vigente, no nos parece tan adecuada ni tan descriptiva como la de **derecho de preferencia por el tanto**, ya que esta última da una idea clara de que se trata de una facultad de ser preferido, por una parte, y de que esa prelación se entiende por el mismo tanto que ofrezca un extraño, o en otras palabras, en igualdad de circunstancias con sujetos terceros, por la otra.

Nuestro Código Civil aunque ha respetado la denominación clásica de derecho de tanto, también lo llama preferencia por el tanto en el Art. 2303, lo que en buena parte ha tendido a producir confusión en la doctrina al respecto, ya que se ha pretendido diferenciar por una parte los derechos de tanto y por otra los de preferencia atendiendo a que su violación produce diversas consecuencias jurídicas. Opinamos que la sanción a la inobservancia de los diversos derechos de preferencia por el tanto, ya sean originados éstos por vía legal o contractual, y nazcan como consecuencia de la titularidad de un derecho real o personal, no puede modificar su esencia. Aunque en un caso el atropello de la preferencia por el tanto sea causa de nulidad, y en otras de acción de daños y perjuicios o retracto, la facultad de los sujetos es idéntica en todos los casos, y en nada puede alterarse por cuestiones que casi podremos calificar de incidentales.

Sí cabe hablar de diversas categorías de preferencias por el tanto ya que son también varios y en jerarquía los fines que se tienden a satisfacer con estas instituciones, pero nos declaramos enemigos de considerar al llamado derecho de tanto y al derecho de preferencia como figuras distintas.

Un esfuerzo unificador de la legislación mexicana a este respecto tendrá siempre que basarse en la consideración de este supuesto.

## ***2.—Distinción entre las preferencias por el tanto y el retracto. Coexistencia de ambas figuras en la legislación española sin carácter subsidiario.***

Aunque bien notoria, la distinción entre las preferencias por el tanto y retracto no ha sido bien captada en la doctrina, especialmente en la mexicana. El estudio de los licenciados Alberto y Oscar VÁZQUEZ DEL MERCADO (23), que es el último comentario al respecto de que hemos tenido conocimiento, explica que: "La diferencia del derecho de retracto y del tanto es la siguiente: el derecho del tanto se ejercita antes que la cosa sea vendida, mientras que el derecho de retracto se hace valer cuando la cosa ya ha sido vendida". Puede apreciarse que no es la temporalidad del ejercicio del derecho de retracto y derecho de preferencia la que los distingue, porque en primer lugar

---

23.—Vázquez del Mercado, Alberto y Oscar.—El Retracto. Revista "El Foro". Abril-Diciembre 1954. Pág. 77 y siguientes. México.

el retracto podía ejercitarse antiguamente antes del contrato si es que el retrayente tenía conocimiento del mismo, y porque, por otra parte, mientras que el llamado derecho de tanto no da sino una preferencia en igualdad de condiciones dejando abierto el camino a la licitación, el retracto es una forma de subrogación en el contrato sin discusión alguna de sus condiciones. Tanteo es contratación preferente, retracto es subrogación contractual. Hay además una tercera diferencia que es relativa: el derecho de preferencia por el tanto puede darse para favorecer a un sujeto jurídico cuando se encuentra en igualdad de condiciones con terceros demandantes a la vista de una contratación de cualquier especie, incluso generadora de derechos de crédito, mientras que el derecho de retracto (cuando menos en nuestra legislación vigente y en la española de la que lo hemos recibido) sólo tiene lugar en contratos traslativos de dominio, concretamente venta y daciones en pago. Mientras que se otorga preferencia, por ejemplo, al arrendatario y al aparcerero para celebrar contratos traslativos de uso o goce como son el arrendamiento y la aparcería nunca se da el retracto para subrogarse sino en contratos traslativos de dominio: ventas de copropietarios o coherederos, cesión o venta del usufructuario, enajenaciones del enfiteuta, etc.

Un día llegará en que el retracto se amplíe a todos los contratos en que sea ligo proteger a un sujeto como lo han hecho ya las preferencias en el Código mexicano de 1932. Mientras tanto la característica sigue siendo definitiva.

El hecho de que las legislaciones modernas otorguen derecho de preferencia por el tanto y retracto con carácter subsidiario tras la inobservancia del primero, no es más que la reafirmación del principio expuesto.

Como veremos en el último inciso de este capítulo, la violación del derecho de preferencia por el tanto puede suponer la apertura del lapso de tiempo para ejercitar el retracto, pero no siempre ni forzosamente. Nuestra legislación considera también otras sanciones jurídicas a dicho atropello, tales como la acción de nulidad del contrato o la de daños y perjuicios.

Quede pues bien entendido que preferencia y retracto no son dos momentos de un mismo derecho sino figuras distintas y muchas veces en contraposición ya que es tendencia generalmente aceptada por los nuevos códigos el considerar solamente uno de los dos derechos. A

este respecto MANRESA (24) opina que debe elegirse al de preferencia por ser preventivo y dar oportunidad para mayores facilidades en la venta y proporcionar mayor seguridad jurídica. Independientemente de estas consideraciones insistimos en que si bien las preferencias y el retracto son instituidos para la defensa de idénticos intereses, realizan ésta de diversas maneras, dando oportunidad la primera a una prelación entre los demandantes, y la segunda a una expropiación privada mediante la indemnización del precio y gastos.

Ambas facultades coexisten en la mayoría de las leyes civiles modernas: en unos casos se da la simple preferencia y acción de nulidad o de daños y perjuicios en contra del enajenante que la violó, en otras ocasiones se da un derecho de preferencia y un retracto para el caso de que el primero sea burlado, en otras se dan ambos derechos con carácter optativo ya que se puede ejercer una acción de preferencia antes de que se realice la venta, y si fracasa poder retraer el bien vendido a tercero después de efectuado el contrato. Es éste un extremo verdaderamente desaconsejable, pero al que llega la legislación actual española en el caso de censo a primeras cepas. También coexisten preferencia y retracto en el caso de enfiteusis (Art. 1636 del Código Civil Español) pero el segundo como consecuencia de la violación de la primera.

### ***Las preferencias por el tanto en los códigos civiles mexicanos de 1870 y 1884.***

El Código de 1870 otorga derecho de preferencia por el tanto al usufructuario en caso de venta de la nuda propiedad (Art. 2473) a los copropietarios de cosa indivisa sobre la venta de partes alicuotas (Art. 2973 y 2974); al dueño y al enfiteuta sobre sus respectivos derechos (Art. 3274 y 3281); a los herederos y legatarios sobre la enajenación de su derecho (Art. 4105 y 4108).

El Código mexicano de 1884 respeta las preferencias del usufructuario Art. 892, la de los socios en los Art. 2298 y 2299; la del aparcerero en el 2341; la de los copropietarios en el 2843 y 2844; la del dueño y enfiteuta en el 3134 y siguientes, y la de los coherederos en los Art. del 3802 al 3805.

Hay varias tendencias en los Códigos de 1870 y 1884 a este respec-

---

24.—Citado en el Diccionario de Derecho Privado. Tomo II. Labor, 1950. Ver retracto.

to: Primero. Las preferencias por el tanto han sido otorgadas para satisfacer un fin principal: evitar los estados de indivisión. Sólo en el caso de la sociedad, de la aparcería, y un poco en el de la herencia, puede hablarse de fines distintos, como pueden ser la no intromisión de agentes extraños en la primera y en la última, o el derecho a aprovechar las tierras o los animales en la segunda.

Segunda. Con excepción del caso de aparcería todas las preferencias se dan para tener preeminencia en enajenaciones.

Tercera. Las consecuencias de la violación de las diversas preferencias son la rescisión o nulidad del contrato o la reivindicación de la cosa (3139 del Código de 1884) que puede considerarse como un verdadero retracto aunque para su ejercicio era condición indispensable la colusión de los contratantes para burlar la preferencia del enfiteuta, o por lo menos la simulación (Art. 3138 del mismo Código).

Cuarta. No está presente la satisfacción de los fines sociales a los que se han avocado nuestras nuevas normas. Falta, sensiblemente la preferencia del arrendatario para casos de enajenación y nuevo arrendamiento.

### 3.—*El porqué de las preferencias por el tanto.*

La preferencia por el tanto no constituye, como el retracto, una verdadera facultad de expropiación pero el derecho la otorga, como hemos dicho, con un criterio teleológico similar al de aquél, ya que incluso son las mismas finalidades que inspiraron el nacimiento del retracto en la época feudal, las que transformadas, por lo menos en su mayoría, sirven de sustentación actualmente a los derechos de preferencia. Así, el evitar las indivisiones, el cerrar la partición hereditaria a los extraños, el consolidar el dominio y usufructo, el dar oportunidad de nueva contratación a arrendatarios, aparceros, etc., son algunas de las metas que pretende alcanzar esta figura jurídica.

Las preferencias por el tanto han evolucionado tras la reacción moderna que trata de extirpar legalmente al retracto. De esta manera se pensó que se lograba preventivamente, o **a priori** lo mismo que con la expropiación privada **a posteriori**: la adquisición de bienes por parte de los sujetos privilegiados en vista de circunstancias especiales mercedoras de protección jurídica.

Nosotros consideramos que la preferencia llena determinadas ne-

cesidades económicas que es innegable para el derecho reconocer, y por tanto su subsistencia es por demás conveniente. En cuanto al retracto nos parece oportuno se conserve en nuestra legislación y aun se multiplique porque es una forma efectiva directa, de evitar las frecuentes violaciones a los derechos de preferencia: De tal manera se puede afirmar en forma rotunda que preferencias por el tanto y retracto son instituciones no opuestas sino complementarias.

Hemos dividido las preferencias por el tanto en dos grandes grupos: legales y contractuales. Dentro de las preferencias legales pueden considerarse las civiles y las administrativas, es decir aquéllas que nacen de ordenamientos de uno u otro tipo y que son producto de relaciones en que predomina el carácter individual o público. De este último tipo serían las preferencias otorgadas al Banco de México, S. A., sobre la enajenación de ciertos valores y divisas, y la que da la Ley General de Bienes Nacionales a los últimos propietarios de un bien adquirido por procedimiento de derecho público y que la Federación vaya a enajenar. Dentro de las preferencias civiles involucramos las que nacen de relaciones de índole mercantil, no por considerar al derecho comercial como parte integrante del común sino porque en Derecho Civil nacieron estas figuras y sobre el mismo está colocado el enfoque de nuestra investigación. También podremos hablar de preferencias privadas y públicas, pero considerando que esta diferenciación tomada en un sentido estricto es muy criticable, preferimos quedarnos con la antes expuesta. . . .

Es obvio decir que las preferencias legales en general son las que tienen como fuente inmediata la ley o las disposiciones reglamentarias y las contractuales son aquéllas en que predomina la libertad de estipulaciones o una mayor fuerza obligatoria residente en la voluntad particular.

#### ***4.—Preferencias legales. —El derecho de preferencia por el tanto de los colindantes de ex vías públicas enajenadas.***

El artículo 771 del Código Civil Vigente para el Distrito y Territorios federales está redactado en los siguientes términos: "Cuando conforme a la ley pueda enajenarse y se enajene una vía pública, los propietarios de los predios colindantes gozarán del derecho del tanto en la parte que les corresponda, a cuyo efecto se les dará aviso de la

enajenación. El derecho que este artículo concede deberá ejercitarse precisamente dentro de los ocho días siguientes al aviso; cuando éste no se haya dado, los colindantes podrán pedir la rescisión del contrato dentro de los seis meses contados desde su celebración". Como vemos esta disposición encierra un derecho de preferencia por el tanto cuyos elementos pasamos a estudiar a continuación:

a).—Enajenación de vía pública conforme a la ley.

Este es el supuesto de hecho que da origen a la facultad de ser preferido. La Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal publicada el 31 de diciembre de 1941, establece en su Artículo 82, Fracción III, que se consideran bienes del dominio público del Departamento del Distrito Federal, las plazas, calles, avenidas, paseos y parques públicos del mismo distrito excepción hecha de aquéllos cuya construcción o conservación estén reservados legalmente al gobierno federal. Esta clase de bienes por disposición de la propia ley son inalienables e inembargables de tal manera que es supuesto para una enajenación de vía pública la desincorporación de la misma con respecto al servicio público que presta. Sólo el Presidente de la República, según dispone el Artículo 81 de la misma Ley, podrá decretar este cambio de destino y la enajenación en su caso.

Por lo que hace a las vías públicas de los Territorios de Baja California Sur y Quintana Roo son aplicables las disposiciones generales de la Ley General de Bienes Nacionales publicada por segunda vez el 26 de agosto de 1944 y que las considera en su Artículo II, Fracción I, como bienes del dominio público. El artículo 16 de dicho ordenamiento establece expresamente que sólo podrán desincorporarse de dicho dominio... "Los bienes que estén considerados dentro de la primera por disposición de la ley y no por su propia naturaleza.

También corresponde al ejecutivo, en complemento de la Fracción III del Artículo 9, expedir el decreto respectivo que autoriza la enajenación.

El concepto de vía pública está fijado tanto en la ley orgánica del Departamento del Distrito Federal como en la de Bienes Nacionales y se reduce al concepto de vía de uso común.

Por lo que respecta a enajenaciones de vías públicas de carácter federal la reglamentación del derecho de preferencia consignada en el Artículo 771 del Código Civil es minucioso, puesto que la establece asimismo el Artículo 20 de la Ley General de Bienes Nacionales: "Cuan-



do de acuerdo con lo que establece el Artículo 16 pueden enajenarse y se vayan a enajenar terrenos que habiendo constituido vías públicas hayan sido retirados de dicho servicio, o los predios, zanjas, setos o vallados que les hayan servido de límite, los propietarios de los predios colindantes gozarán del derecho del tanto en la parte que les corresponde al cual efecto se les dará aviso de la enajenación. El derecho que este artículo concede deberá ejercitarse precisamente dentro de los ocho días siguientes al aviso respectivo. Cuando éste no se haya dado, los colindantes podrán pedir la rescisión del contrato celebrado sin oírlos, dentro de seis meses, contados desde su celebración”.

Como vemos la reglamentación administrativa si bien calcada de la civil, amplía el derecho de preferencia a los accidentes naturales que hubiesen servido de límites a las vías públicas y que deberán comprenderse dentro del terreno sujeto a licitación. Por desgracia el Artículo de la Ley General de Bienes Nacionales conserva la misma oscuridad del Código Civil en cuanto a la participación que tienen los colindantes.

b).—Aviso de la enajenación a los propietarios de los predios colindantes.

Esta es una obligación impuesta por el Código Civil, y las leyes administrativas citadas al gobierno federal o al del Distrito Federal en su caso, para avisar a los propietarios de predios colindantes la enajenación del terreno que antes era vía pública. La Ley General de Bienes Nacionales, que por disposición del Artículo 89 de la orgánica del Distrito Federal es supletoria de esta última, al respecto, dispone en su Artículo 21 que el aviso de referencia se hará mediante una sola publicación en el Diario Oficial. No nos parece acertada la Ley porque el Diario Oficial deja de ser con mucho una publicidad eficiente, y en todo caso su conocimiento sólo está al alcance de personas que la utilizan como instrumento profesional, y nunca de simples habitantes urbanos. Opino que siguiendo la línea marcada por las disposiciones civiles en materia de todos los demás derechos de preferencia por el tanto, el llamado “Aviso” del Artículo 771 deberá consistir en una verdadera notificación personal por conducto de un fedatario del Estado, o aun por oficio dirigido a los colindantes y enviado por correo certificado, puesto que siendo tan breve el lapso de ejercicio de la preferencia, la publicación en el Diario Oficial no ofrece garantía a los titulares. Sin embargo ha sido costumbre que la misma publicación por la

que se da a conocer el remate o la venta fuera de subasta de los terrenos del Estado, consigna la notificación a los titulares de la preferencia.

Los elementos que en todo caso debe contener esta notificación ya sea dada personalmente o por conducto del periódico del Estado son: 1) Descripción minuciosa del terreno o terrenos que antes constituían vía pública y que van a ser enajenados, y expresión de sus linderos de tanto más importancia cuanto son los propietarios de predios colindantes los beneficiados con la preferencia; 2) Designación del precio o postura legal del predio a vender así como de la condición o condiciones especiales que se impongan a dicha venta. 3) Lugar, día, fecha y hora en que se verificará la subasta o remate en su caso. 4) Lugar, día, fecha y hora en que se hace la notificación personal en su caso. 5) Nombre de la persona a que se hace la notificación personal en su caso.

Estos elementos a los que bien pudiéramos agregar las firmas de los funcionarios autorizados para dar a conocer al público las enajenaciones y la expresión de la oficina ante la cual deberán presentar sus ocurros los sujetos del derecho de preferencia, etc., tienen por objeto informar a estos últimos tanto del hecho de la enajenación como de las condiciones en que se propone, para respetar su privilegio. Cualquier vicio en la notificación que tenga por efecto el que el propietario colindante no pueda ejercer el derecho de preferencia, así como la falta de la notificación misma, deben considerarse como violaciones que atribuyen al sujeto agraviado la facultad de pedir, dentro de los seis meses de la celebración del contrato por el que el Estado enajene la ex vía pública, lo que la ley llama "rescisión" y que como veremos después es una verdadera nulidad.

c).—Plazo de ocho días.

Las leyes civiles y administrativas establecen como plazo para el ejercicio de la preferencia de colindantes el de ocho días a partir de la notificación. En nuestra opinión deberán computarse solamente los días hábiles ya que tomando en cuenta que el enajenante es el Estado, la apertura de las oficinas públicas es indispensable para el ejercicio de este derecho. Dentro de los ocho días de referencia el propietario colindante que desee ocurrir a la licitación deberá hacer su ofrecimiento ante la oficina respectiva. Cuando la venta fuese hecha por pública subasta los ocho días deberán ser contados lógica-

mente a partir de que quede firme el auto que finque el remate y es comunicado al colindante por cualquiera de los medios legales.

d).—Sujetos de este derecho.

Se entiende por propietario colindante al titular de un derecho de propiedad sobre cualquier predio que materialmente esté unido al terreno enajenable. Cuando varios colindantes hicieren uso de su derecho de preferencia deberá ser distribuido el terreno a prorrata, pero si sólo uno de los colindantes los ejercita deberá ser preferido. A este respecto existen varias interpretaciones del Artículo 771 del Código Civil, ya que como hemos visto, éste explica que los sujetos "...gozarán del derecho del tanto en la parte que les corresponde..." y algunos quieren ver que sólo la parte de ex vía pública que colinde inmediatamente con el predio del titular debe serle otorgada en igualdad de circunstancias con terceros, pero es más lógico pensar que si uno sólo de los colindantes hace valer su derecho de preferencia, toda la ex vía pública deberá serle enajenada ya que no perjudica al Estado ni a tercero, y en cambio el colindante se beneficia ampliando su propiedad al aprovechar la oportunidad de hacer suyo un bien contiguo que quizá nunca más tendría oportunidad de adquirir.

Es lógico que se presenten pocos casos de enajenación de vías públicas, ya que rara vez se desincorporan las calles, plazas o jardines de su uso público para ser enajenados, antes bien es frecuente que se expropian las casas o predios de los colindantes para abrir o ensanchar nuevas vías. Sin embargo, cuando por condiciones especiales la apertura de grandes ramas de comunicación hace inútil la existencia de pequeños troncales, calles empedradas, plazuelas o jardincillos abandonados, existe el presupuesto del derecho que nos ocupa. En el Distrito Federal, y en especial en la ciudad de México, es rara la enajenación de vías públicas ya que los gobiernos han considerado tradicionalmente la necesidad de ampliar éstas y no restringirlas.

e).—La licitación.

Que el propietario colindante debe ser preferido en igualdad de condiciones frente a extraños no excluye la posibilidad de que se hagan ofertas superiores al gobierno. En todo caso el colindante deberá tener conocimiento de las nuevas ofertas hasta el momento de que él o los opositores decidan dejar puja.

Aunque al fin de este capítulo reservemos un inciso especial aplicado al estudio de las consecuencias de la violación de los derechos

de preferencia por el tanto, es imprescindible consignar que según la ley civil y las administrativas no se ha dado la notificación correspondiente o ésta ha tenido defectos, el contrato de venta celebrado con extraño podrá impugnarse dentro de los seis meses, pidiendo su "rescisión". Hablar de rescisión es totalmente inapropiado puesto que esta acción implica la validez del contrato, y lo que se trata aquí es de proteger a los colindantes nulificando dicho acto por haber sido celebrado en contra de una ley de interés público. Debemos pues, entender que se trata de una nulidad.

El derecho de preferencia por el tanto de que nos hemos ocupado, nació hasta el Código Civil de 1932 ya que el de 1870 y el de 1884 no lo consignan.

#### ***5.—La preferencia por el tanto en los copropietarios.***

El derecho de preferencia por el tanto dado a los copropietarios por nuestra legislación civil es uno de los más característicos. Arranca como hemos visto de las leyes de las Partidas que establecieron la preferencia en la compra de la parte indivisa que un propietario vendiera a un extraño sobre la heredad común a favor de otro u otros comuneros.

El Código mexicano 1870 reglamenta superficialmente esta figura en sus artículos 873 y 874. Decimos superficialmente porque en dichas normas sólo se indicaba la obligación al propietario de cosa indivisa de no poder vender a extraños su parte respectiva si el partícipe quería hacer uso del derecho del tanto, pero no se reglamentaba ni la forma de aviso ni tan siquiera él expresa con claridad la obligación de dar la notificación misma, aunque el artículo 974 establecía como pena de la violación a la preferencia por el tanto el derecho a "rescindir" el contrato.

El Código de 1884 en sus artículos 2843 y 2844, mismos que conserva el de 1932 con los números 950, 973 y 974, tiene ya una acuciosa reglamentación de nuestro derecho a estudio. También se refieren a él las prevenciones contenidas en los artículos 2279 y 2282 colocados en el título del contrato de compra-venta, Capítulo III, bajo el rubro "De los que pueden vender y comprar".

Estas normas nos tipifican la preferencia por el tanto de los copropietarios con los siguientes elementos:

a).—Sujetos.

Los sujetos activos de este derecho son el copropietario o los copropietarios de cosa indivisa, es decir de aquel bien mueble o inmueble que no admite cómoda división. Quizá es redundante hablar de copropiedad de cosa indivisa, puesto que la definición que da el Artículo 938 de la copropiedad la configura esencialmente por el carácter de "pro indiviso" del bien-objeto.

El derecho de los copropietarios para ser preferidos cuando la porción de cada uno de ellos se enajena a un extraño, parte del supuesto de esta misma enajenación. El sujeto pasivo es precisamente el comunero que enajena su parte alícuota.

Somos de la opinión que este derecho se extiende a los cónyuges, en cuanto copartícipes de los bienes comunes, pero nunca se ha aplicado así.

b).—Enajenación.

El contrato por el que se transmite la titularidad del derecho del copropietario a un extraño en forma onerosa, de apertura al derecho de preferencia por el tanto. La compra-venta y la dación en pago son los contratos típicos pero, pero los innominados por los que se realice el efecto traslativo de dominio mediante un precio cierto y determinado son susceptibles de proporcionar el supuesto jurídico para este derecho. La doctrina ha polemizado sobre si la donación onerosa puede fungir como tal; nosotros nos inclinamos por la negativa ya que en este contrato predomina el ánimo de liberalidad. La permuta tampoco da apertura a la preferencia por el tanto. Hemos visto cómo las leyes españolas ya advierten que cuando un hombre quisiera "trocar" su heredad, que nadie lo pudiese contradecir.

Cuando en un contrato de venta el precio consiste parte en dinero y parte en la obligación de entregar una cosa, siempre que el numerario sea igual o mayor al valor que se fija al bien, el contrato podrá servir de supuesto a la preferencia por el tanto. El precio, por lo que hace a la cosa, deberá fijarse en atención al valor expresado. Esta conclusión nace de interpretar jurídicamente el Artículo 2250 del Código Civil.

La enajenación debe hacerse a extraños de la copropiedad, pues si se hace a favor de uno de los copropietarios, así sea el que disfrute de la porción menor, no existe derecho alguno en los demás para adquirir con preferencia.

c).—Notificación y plazo.

Cuando un copropietario de cosa indivisa pretenda enajenar a un extraño su porción se obliga conforme al Artículo 973 a notificar a los demás las condiciones de la venta por medio de notario o en vía de jurisdicción voluntaria. La notificación deberá hacerse en forma personal y contener aquellos requisitos que puedan orientar al copropietario sobre los términos de la enajenación, principalmente el precio y las condiciones del pago.

Los notificados gozan de un plazo de ocho días para ejercer su derecho.

d).—Forma de ejercicio.

La forma para ejercitar el derecho de preferencia por el tanto, depende de las condiciones de contratación puesto que si al ser notificado se previene en forma expresa el cumplimiento de requisitos especiales, debe atenderse a ellos. Así, si en la notificación se fija un domicilio al cual se dirijan las ofertas, o se designa a una tercera persona con quien deben entenderse éstas, el copropietario que desee hacer uso de su derecho tendrá que ocurrir a tal domicilio o con tal persona y manifestar su voluntad. Si se fija la forma telegráfica o telefónica para la contratación deberá usarse ésta. El acuerdo previo de las partes en cualquier sentido, si no va contra la ley, deberá respetarse.

Surge el problema de modificación de las condiciones del contrato celebrado. Así, si por ejemplo el propietario manifiesta a los demás comuneros que va a vender su parte alícuota en cinco mil pesos y antes de recibir aviso de ninguno de ellos tiene una oferta mejor. ¿A cuál debe atenderse? Las reglas generales de las obligaciones nos indican (Art. 1804 y 1860 del Código Civil) que el hecho de ofrecer un objeto en determinado precio obliga al dueño a sostener su oferta, por lo que nos parece jurídico que sólo podrá variar las condiciones del contrato el enajenante cuando ninguno de los copropietarios haya manifestado su intención de ejercitar su derecho, y la modificación de referencia deberá notificarla a los comuneros con las mismas formalidades que la original, corriendo a partir de ese momento un nuevo plazo de ocho días.

Si en la notificación no se fija una forma especial para el ejercicio del derecho de preferencia por el tanto, cabe afirmar, con base en los Artículos 973 y 974 tantas veces mencionados, que el comunero que desee adquirir la porción en venta por el precio y con las condiciones

fijadas en el aviso deberá notificar notarial o judicialmente al copropietario enajenante esta intención. Cuando varios copropietarios quisiesen hacer uso del derecho de tanto será preferido el que tenga la mayor porción entre ellos, ya que la finalidad única de esta figura jurídica es evitar los estados de indivisión que tantas complicaciones jurídicas ocasionan. Si los copropietarios que ejercitan su derecho tienen partes iguales en la cosa común deberá decidirse por medio de azar, salvo que se haya convenido otra cosa. Esta prevención que consagra el Artículo 974 supera con mucho a la del antiguo Código de 1870 en el que se estipulaba que la resolución para este caso debía ser adjudicar la parte alícuota enajenada a prorrata entre los comuneros que ejercitaran su derecho de tanto, lo que venía realmente a provocar un estado de indivisión mayor, dificultando la unidad y estableciendo una contradicción notoria entre la finalidad de la ley y su expresión concreta.

e).—Consecuencias a la violación de este derecho.

“Mientras no se haya hecho la notificación la venta no producirá efecto legal alguno”, dice el Artículo 973. A nuestro modo de ver, esta sanción debe entenderse comprensiva no tan sólo de la falta absoluta de notificación sino de cualquier defecto substancial de la misma y del caso en que el copropietario, habiendo dado la notificación, enajene su parte alícuota antes de la terminación del plazo de ocho días en que precluyen los derechos de los comuneros. En el inciso especial trataremos con detenimiento la ineficacia de esta clase de contratos.

### **6.—Preferencia por el tanto en el usufructuario.**

El Artículo 1005 del Código Civil estatuye un derecho de preferencia por el tanto a favor del usufructuario. Aunque dicho precepto no explica para qué o sobre qué se otorga esta facultad al usufructuario, y tampoco nos iluminan los Artículos 992 y 892 de los Códigos Civiles de 1870 y 1884 respectivamente, es lógico que la preferencia por el tanto del usufructuario se refiere a los casos de enajenación onerosa de la nuda propiedad.

Los supuestos de estos derechos son formalmente iguales a los que constituyen el de copropietarios o comuneros, ya que el Artículo 1105 envía al 973 para lo que se refiere a la notificación y al tiempo. En otras palabras, debemos entender que serán aplicables a la prefe

rencia de los usufructuarios las mismas disposiciones que a la de comuneros, **mutatis mutandis**.

La venta, dación en pago, o cesión onerosa de la nuda propiedad total o parcialmente, dan oportunidad al usufructuario de ser preferido en estos contratos en igualdad de condiciones con extraños.

Puede existir una relativa complejidad para el caso de que la nuda propiedad esté repartida entre dos o más comuneros, y el usufructo entre dos o más usufructuarios, situación, esta última, permitida por el Artículo 983. Si una de las porciones de la propiedad va a ser enajenada ¿quién tiene mayor derecho para ser preferido?, ¿los usufructuarios o los comuneros?

Es de considerarse en primer lugar, que la finalidad de la preferencia por el tanto en los copropietarios y en los usufructuarios es evitar los estados de indivisión, la fragmentación del derecho de propiedad. En tal concepto, si se colocara en igualdad de grado a copropietarios y a usufructuarios para ser preferidos en una posible enajenación de porción alícuota de nuda propiedad, habría la posibilidad de que el resultado de la preferencia fuese una mayor indivisión. La consolidación de la nuda propiedad es mucho más importante ya que no es un derecho sujeto a término como el usufructo que es esencialmente vitalicio o que, a lo más, alcanza a durar lo que la vida de las personas que existen al tiempo de comenzar el derecho de primer usufructuario. En tales condiciones debemos deducir que el dominio directo merece una protección mayor que los del de uso y goce, y en consecuencia, en el supuesto del ejemplo esbozado, cuando concurren un copropietario y un usufructuario solicitando ser preferidos en la enajenación deberá resolverse a favor del primero. Opinamos igualmente que el copropietario que enajene su parte alícuota, sujeta a usufructo también, deberá notificar dicho propósito tanto a sus comuneros cuanto a los usufructuarios. Cuando concurren varios usufructuarios en igualdad de condiciones deberá considerárseles como copropietarios cotitulares del derecho de usufructo, y por tanto atenerse a la regla del Artículo 974, es decir, otorgar preeminencia al usufructuario que represente la mayor parte y si hay dos o más que son titulares de igual derecho, decidir su prelación por el azar, salvo que otra cosa se hubiere convenido.

El Código Civil de 1932, al igual que las legislaciones que le precedieron en los años de 1870 y 1884, no otorga la preferencia por el



tanto a los nudo propietarios para el caso de enajenación del usufructo. Para ser congruente con la aspiración jurídica de evitar las fragmentaciones del derecho de propiedad, opinamos que en una posible revisión de nuestro Código Civil deberá incorporarse a sus normas una que estipule expresamente que, en reciprocidad con las causas del derecho del usufructuario a ser preferido en la enajenación del dominio, el nudo propietario debe serlo también cuando conforme al Artículo 1002 el usufructuario enajene su propio derecho.

La proposición anterior tiene como antecedente la circunstancia de que en la legislación española foral a partir de las leyes de Toro, por lo menos, el dueño del dominio directo tenía derecho de tanteo en la enajenación del dominio útil, y en nuestros Códigos de 1870 y 1884, Artículos 3274 y siguientes, y 3134 y siguientes, respectivamente, se otorgaban preferencias por el tanto al propietario y al enfiteuta para el caso de enajenación de sus derechos recíprocos.

#### **7.—El derecho de preferencia por el tanto de los herederos.**

Los Artículos 1292, 1293 y 1294 consignan un derecho de preferencia por el tanto establecido a favor de los coherederos cuando alguno de ellos quiera vender a un extraño su derecho hereditario.

Esta institución está presente ya en los Códigos de 1870 y 1884, Artículos 4106 y siguientes y 3802 y siguientes, respectivamente.

Evidentemente la preferencia por el tanto de los coherederos es una derivación del retracto sucesorio, del cual ya hemos hablado en el capítulo primero y que es uno de los pocos retractos legales consagrado en el Código de Napoleón, en el Artículo 841.

Pensamos que, contrariamente a lo que sucede en los otros casos de los derechos de preferencia por el tanto, el de los coherederos fue tomado por nuestro legislador del derecho francés y no del español, aunque debe aclararse que si bien las leyes forales no consideraron ni el retracto sucesorio ni el tanto sucesorio, si, en cambio, eran ejercitables estos derechos por los coherederos de la masa hereditaria, en su calidad de copropietarios de la misma.

Desde este punto de vista es pertinente hacer notar la gran similitud de las dos instituciones, la copropiedad y la herencia. Ello nos da oportunidad de establecer solamente algunos rasgos distintivos:

a).—Sujetos.

Los sujetos activos del derecho de preferencia por el tanto son

los coherederos. Sin embargo cabe hacerse notar que la palabra "heredero" ha venido comprendiendo en la técnica jurídica tanto al heredero propiamente dicho o receptor a título universal de una porción de bienes por causa de muerte, cuanto al legatario que tiene derecho a cosa o cosas determinadas. ¿Cuáles son pues, de estos dos sujetos sucesorios, los beneficiados con el derecho de preferencia por el tanto? ¿Sólo los herederos en sentido estricto o también los legatarios?

b).—Objeto.

La resolución del anterior problema está vinculada íntimamente con el contrato o contratos —las enajenaciones en suma— que dan apertura al derecho de preferencia por el tanto, por lo que es conveniente estudiar ambos simultáneamente.

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

La interpretación de este artículo puede arrojar dos opiniones diferentes con referencia al problema planteado de si sólo los herederos o también los legatarios pueden ejercer el derecho de preferencia por el tanto.

Los señores licenciados Alberto y Oscar VAZQUEZ DEL MERCADO (25) opinan que sólo los coherederos propiamente dichos son sujetos posibles de la preferencia por el tanto, y en ese mismo sentido se expresa el licenciado GASTON SOLANA CARRILLO (26), exponiendo tales autores las siguientes razones:

1).—Tratándose en la sucesión de una verdadera copropiedad y siendo el derecho de tanto sucesorio una simple modalidad del de los comuneros, sólo en cuanto existe un estado de coindivisión puede ha-

---

25.—Obra citada, Pág. 80 de la Revista "El Foro". Abr.-Dic. 1954.

26.—"Notas para un Estudio de los Derechos de Tanto y Retracto". Tesis. México, 1944. Págs. 35, 47 y 57.

blarse de la titularidad de tal derecho; siendo que los legatarios y los herederos a título particular por disposición expresa de la ley sólo tienen poder jurídico sobre cosa o cosas determinadas, no se encuentran en el estado de indivisión, que es el supuesto de la preferencia por el tanto de que nos ocupamos.

2).—La ley no habla de venta de bienes determinados sino de “derechos hereditarios” como supuesto para la apertura del tanteo; teniendo los legatarios no un derecho de copropiedad sino una verdadera propiedad de las cosas legadas, al hacer la venta o cesión onerosa no enajenan derechos en sentido estricto, sino bienes.

Esta opinión tiene magníficas bases doctrinarias ya que LAURENT (27) COLIN Y CAPITANT (28) y BAUDRY LACANTINERIE (29) comentan en este sentido el Código Civil Francés.

La segunda opinión se basa en las siguientes consideraciones: 1) el derecho de preferencia por el tanto de los coherederos tiene como finalidad no tan sólo el evitar el estado de indivisión de los bienes que forman la masa, sino también la intromisión de extraños a los problemas y patrimonio de la sucesión. En este sentido opina el mismo LAURENT (30) y LEBRUN (31). Los secretos de familia, los problemas internos de la misma tanto por lo que a administración de bienes y a calidad de afecto o parentesco se refiere, deben ser ajenos a cualquier persona a quien el testador no haya tenido confianza, o no forme parte de la misma familia, en su caso. En tales condiciones los legatarios, a pesar de tener derecho sobre cosas determinadas tienen presuntivamente la confianza del de cujus, quien les ha favorecido con el legado o con la herencia a título particular y debe suponerse que en ellos mejor que en extraños deberá estar el dominio de otros bienes concretos de la herencia y aun de porciones alicuotas.

2).—Por otra parte el Artículo 975, inmediatamente posterior a los números 973 y 974 que estatuyen la preferencia por el tanto de los comuneros, está concebido en los siguientes términos: “Las enajenaciones hechas por herederos o legatarios de la parte de herencia

---

27.—Laurent, F.—Obra citada. Pág. 270 y siguientes de la edición francesa; 1878.

28.—Colin Ambroise y Capitant Henri.—Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo VII. Pág. 303. Traducción española.

29.—Tratado de Derecho Civil. Tomo IX, No. 2654. Pág. 139.

30.—Laurent, F.—Obra citada. Pág. 270.

31.—Lebrun, citado por Laurent en la pág. y obra de la nota anterior.

que les corresponde se regirán por lo dispuesto en los artículos relativos". De lo anterior puede deducirse que la ley mexicana no ha querido excluir a los legatarios ni a los herederos a título particular del derecho de preferencia por el tanto, criterio que encontramos reforzado en el Artículo 1391 del mismo Código Civil que consigna que cuando no haya disposición especial, los legatarios se regirán por las mismas normas que los herederos. Siendo que los Artículos 1292, 1293 y 1294 que estipulan la preferencia por el tanto en materia de herencia se encuentran colocados en el título primero de las sucesiones "Disposiciones Preliminares", del Código Civil, y no se encuentra disposición expresa que excluya a los legatarios en la preferencia, debe concluirse que éstos la tienen también.

Hay que distinguir el caso en que se enajene una porción hereditaria de aquél en que se transfiere simplemente una cosa determinada, puesto que cuando ocurra lo primero aunque deberá notificarse también a los legatarios, en igualdad de condiciones cabe interpretar una preeminencia a favor de los herederos a título universal, en tanto que cuando la venta se verifique sobre cosa determinada materia de un legado, tanto herederos como legatarios concurrirán en igualdad de condiciones aplicándose en caso de empate las reglas ya citadas del Artículo 974.

De las anteriores consideraciones nos parecen jurídicas las primeras, tanto, en atención a la finalidad de la preferencia por el tanto en materia sucesoria, cuanto por lo estatuido en los artículos citados con referencia a la copropiedad.

c).—Improcedencia.

No procede la preferencia por el tanto, según disposición del Artículo 1294 cuando la enajenación se hace a un coheredero. Con las reservas explicadas anteriormente debemos entender que dentro de la palabra "coherederos" no están comprendidos los legatarios. Somos de la opinión de que los acreedores testamentarios que según el Artículo 1401 son considerados legatarios preferentes, deben asimismo ser tomados como extraños para los efectos del derecho que estudiamos.

d).—Notificación.

El aviso de enajenación que deben darse los coherederos, en su caso, al proponerse enajenar porciones o bienes, tiene como formalidad el hacerse por vía notarial o judicial como en el caso de la copropiedad, pero aun se admite que se haga por medio de dos testigos, dado que

generalmente las enajenaciones de partes alicuotas hereditarias, y siempre la de bienes determinados, se efectúan estando abierta la sucesión ante un funcionario judicial o ante un notario, la localización de los herederos para este fin se hace más sencilla.

Es frecuente el caso que el heredero notifique a los demás concurrentes a la masa hereditaria dirigiendo un escrito al juzgado en que manifiesta su intención de enajenar y las condiciones en que se propone la enajenación, cuando se trate de porciones alicuotas. El auto que dicta el juez teniendo por hecha esta manifestación y notificándoles, surte en nuestra opinión todos los efectos de una notificación personal para todos aquellos herederos que han concurrido a juicio y aun para los que no lo han hecho habiendo sido citados en la forma legal. Esta clase de autos judiciales así como los que avisan remate sobre bienes sujetos a derecho de preferencia deben tomarse como notificaciones para los que concurren a juicio, según jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

A partir del momento en que surte sus efectos la notificación que se haga a los coherederos, tienen éstos un plazo de ocho días para hacer uso de la preferencia aludida.

Esta intención deberá hacerse saber al enajenante por los mismos medios que permite la ley para la notificación original.

e).—Consecuencias a la violación de esta preferencia.

Cuando por ausencia de la notificación o defecto substancial de la misma no esté en condiciones el sujeto activo del tanteo para ejercitar su facultad podrá pedir la nulidad del contrato. En el caso de que se haya tratado de una enajenación de parte alicuota, es lógico que deberá ejercer su acción de nulidad antes de que cese el estado de indivisión, es decir con anterioridad a la partición hereditaria. Pensamos que cuando la venta es de bienes determinados, la acción de nulidad también precluye porque se verifique la partición toda vez que ha habido estado de indivisión sobre la cosa que en realidad ha sido un desecho. Este último criterio es corolario del que considera que el derecho de preferencia por el tanto debe considerarse comprensivo de las enajenaciones de bienes determinados. Al respecto vemos la opinión de los Lics. VAZQUEZ DEL MERCADO (32) que citan abundante doctrina de Planiol.

---

32.—Obra citada. Págs. 77 a 80.

Lourent, Baudry-Lacantinerie, Manuel de la Plaza, Pablo D' Onofrio y del mexicano Gastón Solana.

### **8.—La preferencia por el tanto en las sociedades civiles.**

Hay dos criterios para distinguir las sociedades civiles, cada vez más en desuso, de las comerciales. Por una parte tenemos la limitación del fin, que en las primeras, por disposición del Artículo 2688 del Código Civil se circunscribe al negocio de carácter preponderantemente económico pero que no constituye una especulación mercantil. El segundo criterio es formal, y se fundamenta en el Artículo 2695 del mismo Código que explica que las sociedades de la naturaleza civil que toman la forma de las sociedades mercantiles quedan sujetas al Código de Comercio.

Es importante esta distinción porque la reglamentación de las preferencias por el tanto de los socios civiles y mercantiles varía ligeramente, toda vez que en las últimas, la forma más práctica y económicamente útil es la de sociedades por acciones.

Los códigos de 1870 y 1884 en sus Artículos 2430, 2431, 2298 y 2299 respectivamente, reglamentaban la preferencia de los socios por la enajenación de sus acciones, ya que en dicha legislación estos títulos podían tener naturaleza civil. Las leyes modernas no lo consideran así, de tal manera que la preferencia por el tanto adquiere diversas fisonomías.

Siendo la sociedad civil eminentemente una sociedad por partes de interés, sólo cabe la preferencia por el tanto en los casos de enajenación onerosa de dichas porciones. No se trata de un simple tanteo de copropietarios porque la naturaleza de la sociedad, si bien discutida, no puede identificarse con la indivisión de ningún modo, ya que las obligaciones de los socios no son recíprocas como en los contratos sinalagmáticos, sino que por virtud del acto unión llamado sociedad se crea algo más que obligaciones que ligan a varias personas, o sea una tercera y verdadera persona, si bien ficticia. De allí que las nuevas tendencias de la legislación comercial mexicana en donde la sociedad ha evolucionado plenamente, se dirijan a considerar la posibilidad absoluta de la sociedad de un sólo miembro.

Trátase pues, en la preferencia por el tanto, de proteger los intereses entre los socios, no como copropietarios sino como titulares de derechos personales sobre un patrimonio personalizado que se emplea

para alcanzar una finalidad determinada. La sociedad civil, siendo considerada del tipo de las **intuitu personae**, conserva para sus socios el derecho de asimilar las partes de interés que un consocio desee enajenar.

El artículo 2705 del Código Civil determina que: "Los socios no pueden ceder sus derechos sin el consentimiento previo y unánime de los demás coasociados y sin él tampoco pueden admitirse otros socios salvo pacto en contrario en uno y otro caso". El Artículo 2706 concluye: "Los socios gozarán del derecho del tanto. Si varios socios quieren hacer uso del derecho del tanto les competirá éste en la proporción que representan. El término para hacer uso del derecho del tanto será el de ocho días, contados desde que reciban aviso del que pretende enajenar".

Como vemos las normas anteriores no difieren de las que tienen por objeto la reglamentación de los derechos de preferencia por el tanto en copropietarios y herederos, quizá por la engañosa similitud que existe entre estas figuras y la sociedad. Todos los elementos formales para el ejercicio del derecho de preferencia por el tanto son los mismos: en cuanto a los sujetos activos, tener la calidad de socios; en cuanto al objeto de derecho, que se trate de una enajenación onerosa; en cuanto al plazo, el de ocho días a partir del aviso, etc. Sin embargo la forma de la notificación misma no es tratada por la ley, pues es fácil considerar que si por regla general los socios deben dar en una asamblea o reunión su consentimiento unánime para la enajenación de las partes sociales, es lógico que se den por enterados de dicha enajenación en el momento mismo de manifestar su aquiescencia. Sin embargo puede darse el caso de que, aprobada por los consocios la enajenación, no manifieste el futuro enajenante las condiciones precisas del contrato, por lo que opinamos deberá hacerla ya sea mediante una notificación judicial o notarial, o en el seno de una asamblea social haciéndolo constar en el acta respectiva, y corriendo a partir de la misma el término de ocho días. Según el Artículo 183 del Código Civil, el derecho de tanto de los socios puede considerarse extensivo a los cónyuges en sociedad.

Es omisa nuestra legislación, igualmente, y esta vez sin fortuna, por lo que respecta a las consecuencias jurídicas que acarrea para el socio enajenante la violación del derecho de preferencia por el tanto de los demás socios. Es claro que si vende sus derechos sin el consentimiento de los demás habrá una verdadera causa de nulidad. Pero si ob-

tiene dicho consentimiento y no estando los socios, aun conociendo la posible enajenación, en posibilidad de ejercer su derecho de preferencia por el tanto por ignorar las bases o condiciones de aquélla, ¿qué sanción jurídica tendrá la venta o cesión de derechos infractora...?

Aparentemente podría hacerse extensiva a esta situación la pena que los artículos referentes a las preferencias de los colindantes, copropietarios, usufructuarios y herederos estipula, es decir la nulidad, pero es de observarse que la calidad de socio y los derechos de que éste es titular, no pueden asimilarse en sus efectos y merecimiento de protección con la calidad y derecho de todos los demás sujetos activos de las diversas preferencias ya citadas, que tienen siempre su origen en un derecho de los llamados reales. No ignoramos que la distinción entre derechos reales y personales está en crisis, pero es una verdad amplia que las facultades que tiene el socio, con respecto a la sociedad, no equivalen a un derecho real, ni tan siquiera a un derecho absoluto. En tales condiciones opinamos que la sanción jurídica a la infracción de este derecho sólo será el nacimiento a favor de los consocios de una acción de daños y perjuicios, como lo dispone para los casos de violación de las preferencias de inquilinos, aparceros y pactantes, el artículo 2305 del Código Civil.

Por último, debe entenderse sobre una interpretación rigurosa que si la enajenación de parte social se hace a un consocio cesará en el enajenante toda obligación de respeto de la preferencia que asiste a los demás, atreviéndonos a afirmar que en este caso, aun se podrá prescindir para celebrar el contrato, del consentimiento previo de los demás integrantes de la sociedad civil.

### ***9.—Las preferencias por el tanto de los arrendatarios, y en especial en materia de condominio.***

Nuestro Código Civil vigente, elaborado en 1928 y publicado en 1932, es producto no tanto de la transformación general de las instituciones jurídicas mundiales, provocada a raíz del metabolismo económico y político de los últimos tiempos, cuanto del propio y radical cambio que la vida mexicana sufrió en el primer tercio del siglo XX. Resultado de una lucha de clases, de una verdadera revolución social, surgieron documentos históricos para el Derecho Nacional, el primero de los cuales fue la Constitución Política de 1917, la cual, dos años antes



de la alemana de Weimar, cristalizó en sus páginas el anhelo que a nuestros ojos de estudiante presenta RADBRUCH (33) con esa maravillosa palabra alemana en la que convergen todas las fuerzas de una era: el **Socialrecht**.

Consecuentemente con la depuración filosófica mexicana el derecho privado que había tenido su base en los Códigos Civil y Mercantil de 1884 y 1889, se reformó considerablemente. En la primera de sus ramas se obtuvo como preciado producto el Código Civil del que ya hemos hablado y en el que se subsumieron las nuevas tendencias en pro de una justicia social.

Y en materia de arrendamientos de bienes inmuebles, contrato que recoge con frialdad de machote la vital necesidad del techo y del abrigo para la clase necesitada, la revolución ideológica se hizo más patente. La exposición de motivos habla categóricamente de sus tendencias a este respecto: la negativa consistente en "...hacer desaparecer todos aquellos... privilegios establecidos en favor del propietario que tan dura hacen la situación del arrendatario", y también las positivas entre las que destaca como un corolario de protección social el artículo 2447 que dice textualmente: "En los arrendamientos que han durado más de cinco años y cuando el arrendatario ha hecho mejoras de importancia en la finca arrendada, tiene éste derecho, si está al corriente en el pago de la renta, a que, en igualdad de condiciones, se le prefiera a otro interesado en el nuevo arrendamiento de la finca. También gozará del derecho del tanto si el propietario quiere vender la finca arrendada, aplicándose en lo conducente lo dispuesto en los Artículos 2304 y 2305".

Vemos aquí una preferencia por el tanto doble y de características especiales: por una parte se considera al inquilino como posible detentador de un capital suficiente para comprar la casa que arrienda en caso de su venta, y en previsión de tal contingencia, el artículo 2447 le arma de la facultad de tantearla; por otra parte, considerando que el término normal del arrendamiento se llega una o varias veces durante la vida del hombre o de su familia, la ley otorga al inquilino otra preferencia por el tanto, aquélla en que nuestro Código Civil se muestra completamente desquebrajador de los principios conservadores en esta materia, y por medio de la cual el arrendatario tendrá también la

---

33.—Gustavo Radbruch.—Introducción al Estudio de la Filosofía del Derecho.—Fondo de Cultura Económica. México.

facultad de celebrar preeminentemente un nuevo contrato de arrendamiento, concurriendo en igualdad de condiciones con terceros.

Estas preferencias por el tanto de los arrendatarios de bienes inmuebles son las que constituyen el primer objeto de nuestro estudio en esta parte del capítulo segundo. Hemos de consignar antes de seguir adelante que no es éste el único derecho de preferencia que tienen los inquilinos puesto que uno más novedoso, amplio y mejor protegido les ha sido otorgado el 15 de diciembre de 1954 por el Artículo 21 de la llamada Ley de Condominio.

El Artículo 2447 del Código Civil que hemos reproducido estatuye dos preferencias por el tanto reglamentadas en forma diversa. Por una parte la que tiene el arrendatario sobre un nuevo arrendamiento que el dueño celebre sobre la localidad alquilada, y que sólo podrá ejercer cuando concurren tres circunstancias: tener más de cinco años en calidad de arrendatario, haber hecho en la finca mejoras de importancia y estar al corriente en el pago de su renta.

Por otro lado se estipula una preferencia por el tanto para el caso de enajenación de la localidad, misma para cuya forma de ejercicio y efectos, remite la ley a los Artículos 2304 y 2305.

Como vemos la reglamentación de ambas preferencias difiere en los siguientes puntos:

1).—El derecho del arrendatario para ser preferido en un nuevo arrendamiento de la finca rompe con el principio tradicional de "tanteo real" dado para los casos en que se transmite el dominio sobre la cosa objeto de la relación jurídica. En este caso es un contrato translativo de uso y goce como el arrendamiento, el que da apertura a la preferencia por el tanto.

2).—Los requisitos de ejercicio son diferentes en ambos casos, ya que mientras en la preferencia para nuevo arrendamiento se estipulan las tres condiciones mencionadas, el "derecho del tanto" para los casos de enajenación no requiere más que la calidad de arrendatario como supuesto de ejercicio.

3).—El Artículo 2447, remite a los Artículos 2304 y 2305 para los efectos de reglamentación minuciosa del tanto en caso de enajenación. Así tenemos que el arrendador tendrá que dar un aviso en el que se exprese lo que se ofrezca por la cosa y las condiciones de venta teniendo 10 días el arrendatario para ejercitar su derecho. En cambio para la preferencia en caso de un nuevo arrendamiento, no reglamenta las con-

diciones y plazo de ejercicio, aunque la remisión a los Artículos 2304 y 2305, a nuestro modo de ver, le es aplicable también.

Hemos de arriesgarnos a construir un ensayo de teoría de los derechos de preferencia por el tanto en materia de arrendamiento, ya que los datos de la ley, según ha quedado expresado, tienen bastantes puntos de confusión:

a).—Preferencia por el tanto para los casos de un nuevo arrendamiento.

El legislador ha recargado de requisitos el ejercicio de este derecho, quedando la prueba de la satisfacción de los mismos a cargo del arrendatario, y menoscabando casi por completo la posibilidad de su aprovechamiento. Es de observarse que esta preferencia el Código Civil trata de otorgarla solamente a los "inquilinos modelo", es decir a aquellos arrendatarios que más pueden favorecer los intereses del dueño de la cosa para un nuevo arrendamiento, y en consecuencia ser preferidos en él. La situación que se presenta ante el arrendador en los casos de preferencia de un nuevo contrato o de enajenación son diversos, pues mientras en el último al vender la cosa a un tercero o al propio inquilino va a quedar jurídica y realmente desligado de ella como no sea en materia de saneamiento para el caso de evicción, en el primero, por lo contrario, el inquilino seguirá teniendo derechos y obligaciones a los que le corresponderán deberes y facultades correlativas y de las que tendrá que hacerse cargo o ejercer. El legislador, no ignorando esta situación pensó que el inquilino que tuviera derecho a ser preferido en un nuevo arrendamiento debería ser, como hemos dicho, nada despreciable como contratante, y así le impuso para ejercitar la preferencia las siguientes condiciones:

1).—Haber durado más de cinco años como arrendatario de la finca en cuestión.—Esta circunstancia es explicable ya que el arraigo de la familia es uno de los elementos que hace más necesaria la seguridad y la conservación del hogar material. El Código Civil, estipulando que los arrendamientos de fincas habitación no pueden exceder de diez años, fue congruente al establecer como primera condición que hace suponer en el inquilino una más estricta necesidad de seguir viviendo bajo el mismo techo, la permanencia por más de cinco años debajo del mismo. Es aplicable esta disposición desde luego exclusivamente a los arrendamientos de bienes inmuebles, pero no sólo a los que tienen por objeto la habitación misma sino también a los locales comerciales e indus-

triales y aun a las fincas rústicas ya que el Artículo 2447 está inserto dentro de las disposiciones generales del arrendamiento, y sus prevenciones en nada se oponen a la naturaleza de este contrato sobre bienes no urbanos. Los cinco años deben contarse no atendiendo estrictamente al plazo señalado en el contrato sino al tiempo que ha durado el inquilino en el uso y goce de la cosa sin oposición del dueño, ya que como es bien sabido en materia de arrendamiento se opera la tácita reconducción aun indefinidamente.

2).—Haber hecho mejoras de importancia en la finca arrendada.—Esta carga local es inexplicable, sobre todo teniendo en cuenta las dificultades especiales de prueba, y la situación bien conocida de que los arrendamientos en nuestro medio se hacen siguiendo un cartabón leonino en el que se consigna generalmente la recepción, por parte del arrendatario, de la cosa arrendada en perfectas condiciones y con instalaciones completas.

Por otra parte el Artículo 2443 establece la presunción *juris tantum* de esta entrega en buenas condiciones, a favor del dueño, y el 244 sólo obliga al arrendatario a hacer las reparaciones "... de aquellos deterioros causados por las personas que habitan el edificio". De tal modo que en el Artículo 2447, con poca fortuna, el legislador, para conceder las preferencias al arrendatario le obliga a demostrar haber traspasado los límites de sus obligaciones legales, es decir probar haber hecho en la finca (debemos entender casa, departamento o accesoria) mejoras de importancia.

3).—Estar al corriente de la renta.—Por último, el arrendatario debe estar al corriente de la renta. ¿Qué se entiende por: estar al corriente de la renta? Opinamos que la respuesta a esta pregunta se puede resumir así: haber completado la obligación de entregar las pensiones hasta el mes anterior al del en que tiene conocimiento de la enajenación, o del nuevo arrendamiento, si el pago es por meses vencidos, y al del mes corriente, después de la fecha de pago convenido, si éste debe pagarse por adelantado. Teniendo en cuenta que los machotes de contrato siempre estipulan que el pago de la renta se hará en el domicilio del arrendador, derogando el Artículo 2447, esta condición para el ejercicio de la preferencia se vuelve un serio obstáculo que puede hacer más pesada la mala fe del dueño del local.

Por lo que hace a las obligaciones que debe considerar el arrendador, y aunque insistimos en la omisión del Artículo 2447, es de inter-

pretarse que deberá dar la notificación o aviso en forma fehaciente señalando las bases de contratación del nuevo arrendamiento, para que el inquilino pueda ejercer su derecho dentro de los diez días siguientes ya que por analogía debe aplicarse a la preferencia de nuevos arrendamientos las mismas disposiciones aplicables para la preferencia de los arrendatarios ante una enajenación de la finca arrendada, o sean los Artículos 2304 y 2305. Igualmente cabe aplicar las demás disposiciones que nacen de dichas normas a saber: que el inquilino deberá satisfacer las bases del nuevo contrato para poder ser preferido; que el contrato celebrado en contravención de estas disposiciones no será nulo, pero el arrendador responderá de los daños y perjuicios causados; que el inquilino podrá prevalerse de los plazos señalados para el nuevo contrato si da la garantía necesaria; que el derecho de preferencia por el tanto no es cesible separadamente, etc. Sin embargo, sobre el artículo 2308 que establece también que el derecho de preferencia por el tanto no puede pasar a los herederos del titular, lo entendemos condicionado a que en el arrendamiento original conste en forma expresa que será causa de terminación o rescisión la muerte del arrendatario, puesto que de no ser así debemos entender que sus herederos, teniendo derecho para seguir siendo inquilinos, tienen también la facultad de ser preferidos ante el evento de una nueva contratación.

La doctrina mexicana, entre la que puede contarse al respecto el breve pero substancioso comentario del señor Lic. Alvaro ESPINOSA BARRIOS (34) se orienta hacia una atenuación del rigor legislativo, y hacia la interpretación de la ley en beneficio de los arrendatarios. Es notable una laguna de nuestra reglamentación civil, o mejor dicho una incongruencia patente que ha dado mucho que hablar: si el arrendatario tiene derecho a ser preferido en un nuevo arrendamiento es en atención a su calidad de tal, pero si va a celebrarse un nuevo arrendamiento, es porque el arrendatario, generalmente, ha dejado de serlo. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia se ha declarado en el sentido de que si el arrendatario no ejercita su derecho de preferencia antes de la expiración del plazo del contrato, esta facultad ha precluido. Consideramos completamente opuesta a la finalidad de la ley esta ver-

---

34.—Espinosa Barrios Alvaro.—Observaciones a la Jurisprudencia sobre arrendamientos. Resumen de Conferencia publicada el 1o. de octubre de 1954, en la pág. 453 del No. 88 del Boletín de Información Judicial. México .

sión del Alto Tribunal, porque el arrendador puede burlar fácilmente la preferencia del arrendatario con sólo ocultar su intención de nuevo contrato hasta la expiración del plazo, de tal manera que si 24 horas después se arregla con un nuevo inquilino, el anterior habrá perdido todo derecho, aun el de enterarse de tal operación.

A mi modo de ver la solución del problema es legislativo: debe desde luego reformarse el Código y otorgarse al arrendatario la facultad de preferencia en todos los casos de nuevo arrendamiento, dentro de un término más o menos largo, digamos seis meses o un año, o mientras esté en posesión de la cosa. De cualquier manera este derecho es uno de los que más fácilmente pueden violarse, porque el hecho de que el inquilino pierda la posesión de la cosa, lo que le obliga a buscar otra habitación, produce una notoria falta de interés en el mismo para ejercitar el tanteo. Propositiones tales como la institución de un retracto arrendaticio, la tasación pericial de la renta, etc., serían convenientes para lograr mayor protección en beneficio del inquilino. En el estado actual de nuestra legislación sólo cabe interpretar la preferencia por el tanto para un nuevo arrendamiento teniendo como mira la intención de los legisladores encaminada a la conquista de la justicia social.

b).—Preferencia inquilinaria en caso de venta.—Los elementos formales de la preferencia por el tanto de los arrendatarios, ya sea en materia de enajenación o de nuevo arrendamiento se rigen por disposición expresa, por los Artículos 2304 y 2305, originalmente concebidos para la preferencia contractual. Según estas normas el arrendatario tendrá el término de diez días y no de ocho como en los otros casos para ejercer su derecho bajo pena de preclusión. Este término se computará desde que se haga saber al arrendatario "...de una manera fehaciente" lo que ofrezcan por la cosa, ya sea como precio o como renta. Interpretando estrictamente la palabra "fehaciente" llegamos a la conclusión de que la notificación debe hacerse en vía judicial o notarial, pero creemos que caben otras formas susceptibles de prueba. En igual vía el inquilino deberá comunicar oportunamente al arrendador que ejerce el derecho de preferencia, y en conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2306, puede prevalerse del término de pago pactado con el tercer adquirente, en su caso, si da la fianza o garantía necesaria.

La preferencia por el tanto en caso de venta del local arrendado es improcedente cuando la casa o edificio está dividido en varios departamentos o accesorias y su dueño desea venderlo íntegramente. De no

ser así cabrían dos posibilidades: que el arrendatario de una parte mínima del edificio tuviera derecho a ser preferido en la venta de todo aquél, lo que sería ampliar desmesuradamente el derecho del inquilino, o que todos los arrendatarios tuviesen derecho a que el dueño dividiera entre ellos la finca proporcionándoles sus respectivas localidades, originando un estado de fragmentación en que caería la propiedad de bienes arrendados que no es compatible con la solución jurídico-económica del problema. De tal manera, que debemos concluir que, excepto en los casos de condominio que tienen una reglamentación especial, sólo poseen derecho de preferencia los arrendatarios de finca o casas que constituyen una unidad autónoma jurídica y económicamente hablando. A este respecto el autor de la nota de retracto arrendaticio en la ley española, del Diccionario de Derecho Privado, que es una de las pocas obras en que se trata este punto dice: "Es condición precisa, además para que haya lugar al derecho de retracto, (asimilamos estas explicaciones a las preferencias por el tanto por obvias razones) que la enajenación sea del piso o local del negocio del retrayente, o de la casa entera cuando en ella sólo haya un inquilino o un sólo local de negocio, en cambio, es evidente que enajenada una casa en su totalidad no cabe el tanteo ni el retracto conjunto por todos los arrendatarios, cada uno de su casa o tienda" (35). Esta solución es acorde con nuestro Derecho, en el que el régimen de propiedad es de orden público.

En materia de preferencia por el tanto de arrendatarios no cabe aplicar la última disposición del Artículo 2308, ya comentada, que estatuye que esta facultad no se hereda; con un criterio analítico hemos de deducir que siendo el contrato de arrendamiento de los que normalmente no se extingue por la muerte de los arrendatarios—Art. 2408—y teniendo los herederos los derechos inherentes al contrato están comprendidos en éstos ambas preferencias.

Sobre las consecuencias de la violación de este privilegio, y según disposición del Artículo 2305, ha de concluirse que la venta celebrada sin haber notificado al arrendatario, notificándole deficientemente, simulando condiciones o llevando a cabo el contrato antes del vencimiento del plazo de diez días que tiene para ejercitar su derecho si el bien fuera inmueble y tres si fuera mueble, no acarrea la nulidad de la

---

35.—Diccionario de Derecho Privado. Tomo II. Pág. 3460. Editorial Labor, Madrid, 1950.

operación, mas sí establece a cargo del arrendador una responsabilidad que puede traducirse en el pago de los daños y perjuicios causados al arrendatario y cuya indemnización éste solicite.

Por lo que hace a que el arrendatario debe conservar su calidad de tal para ejercitar el tanteo en caso de enajenación, repetimos las mismas consideraciones hechas anteriormente sobre la preferencia del nuevo arrendamiento, expresando el deseo de una modificación al Código Civil, más acorde con la tendencia social que le anima.

### ***La preferencia por el tanto del arrendatario en los casos de condominio.***

Desde el Código Civil de 1870 (Art. 1120) se estableció la posibilidad de que los pisos o departamentos de una casa o edificio pertenecieran autónomamente a distintas personas. Esta institución que pasa al Código de 1884, en el Artículo 1014, y al de 1932 en el 951, es la que se conoce vulgar y aun jurídicamente con los nombres de "Propiedad Horizontal" o "Condominio".

En muchas legislaciones, incluso en la española, existe el derecho de tanteo o el de retracto a favor de los diversos propietarios para el caso de enajenación de los pisos o locales. Con buena técnica jurídica la "Ley sobre el Régimen de Propiedad y Condominio de los Edificios Divididos en Pisos, Viviendas o Locales" publicada el 15 de diciembre de 1954 junto con las reformas al Artículo 951 del Código Civil, no establece la preferencia por el tanto para el caso de la venta de los pisos a favor de los demás propietarios, ya que sería contrario a la naturaleza misma de la institución. El anteproyecto de ley sí establecía esta facultad, pero fue suprimida a petición de los C.C. Senadores Trueba Urbina y Pérez G., entre otros, no siendo objétada la reforma en la Cámara de Diputados. (36)

Hemos de hacer una breve referencia, antes de entrar en materia de que el principal móvil de que se reglamentara extensamente la forma jurídica denominada propiedad horizontal, consistió en el pensamiento gubernamental de que el condominio sería un medio de transformar la clase inquilinaria en clase pequeña propietaria, evitando los constantes problemas del arrendamiento urbano en el Distrito Federal

---

36.—Para tanteo de dueños en condominio, ver Batlle V., Manuel, "Propiedad de Casas por Pisos". Madrid, 1954. Págs. 140 y sigts.



y poniendo la habitación propia al alcance de un mayor número de familias.

Consecuente con estas ideas la ley sobre esta clase de propiedad le consigna el derecho de preferencia por el tanto para los arrendatarios de los diversos pisos o locales autónomos, para el caso de que su dueño pretendiese venderlos. Necesariamente esta clase de propiedad arrendada tenía que ser sujeta de una reglamentación diferente a la que hemos visto en el Código Civil, y además de que ha logrado este propósito se ha introducido en ella la mejor protección para evitar violaciones: el retracto, forma de expropiación privada.

La preferencia por el tanto de los inquilinos que consignan esta ley es solamente para los casos de enajenación del piso o local, por lo que debemos entender que la preferencia del inquilino para un nuevo arrendamiento al término del propio, asiste también al arrendatario de departamentos en condominio, siéndole aplicables a esta figura las disposiciones del Artículo 2447 del Código Civil en lo relativo. Hacemos extensivas a ella los comentarios precisados anteriormente.

En la preferencia por el tanto para el caso de enajenación del local o piso arrendado, que consagran los Artículos 21 a 23 de la ley citada, apuntan las siguientes características:

a).—El propietario está obligado a instruir de las condiciones de la venta (debe entenderse enajenación onerosa) al inquilino, por medio de notario, en vía judicial o por conducto del administrador del edificio, quien en el régimen de condominio tiene buen número de facultades.

b).—El plazo de ejercicio de este derecho de diez días.—El inquilino no está sujeto al cumplimiento de ningún otro requisito como en el caso de las preferencias para nuevo arrendamiento, como ya se ha expuesto, y deberá notificar su intención de tantear por cualquiera de los medios que provee esta ley.

c).—Una extraordinaria medida consagra esta ley en el Artículo 23, como preventiva de infracciones: la de que los notarios o funcionarios públicos que autoricen la venta de locales en condominio que estén alquilados, deberán cerciorarse definitivamente de que al vender se ha respetado la preferencia por el tanto, expresando puntualmente que si la notificación se hizo por el administrador éste deberá comprobar el día y la hora de la misma ante el fedatario, y en forma indubitable.

d).—Para asegurar aún más al inquilino en contra de posibles viola-

ciones a sus facultades de ser preferido, el artículo 23 le concede el derecho de expropiación —retracto— para que se subrogue en el lugar del adquirente con las mismas condiciones estipuladas en el contrato previa exhibición del precio, en caso de infracción de su derecho.

El régimen de las preferencias arrendaticias en materia de condominio es el más adelantado que contiene nuestra legislación civil a este respecto. Está notoriamente visible el esfuerzo de las autoridades por proteger al sujeto activo de posibles infracciones. Estudiaremos detenidamente en capítulo aparte la principal de estas defensas.

### ***10.—Las preferencias por el tanto de aparceros y aparceristas.***

Los Artículos 2750 y 2763 del Código Civil relativos a la aparcería rural tipifican preferencias por el tanto a favor del aparcerero y del aparcerista. El primero de estos artículos se refiere concretamente a la aparcería agrícola, y como puede interpretarse que se trata de una disposición que establece limitaciones a la facultad de disponer del patrimonio propio, no es expresamente aplicable a la aparcería de ganados, aunque realmente no existe una razón profunda para ello. Es bien sabido que la aparcería agrícola tiene lugar cuando una persona da a otra un predio rústico para que lo cultive a fin de repartirse los frutos en la forma que se convenga. La persona que da el predio se llama aparcerista o propietario y el cultivador recibe el nombre de aparcerero o medianero.

“Al concluir el contrato de aparcería—dice el Art. 2750—el aparcerero que hubiere cumplido fielmente sus compromisos goza del derecho de tanto si la tierra que estaba cultivando va a ser dada en nueva aparcería”. Como vemos se trata de una preferencia de tipo muy semejante a la de que dota la ley a los inquilinos para la celebración de un nuevo contrato, pero aún más imprecisa cuanto que si en aquella el requisito del cumplimiento de las obligaciones del contratante es esencial, cuando menos se detallan cuáles considera la ley imprescindibles para este efecto, en tanto que en la presente el Código Civil involucra una expresión muy vaga para tipificar las condiciones de ejercicio de la preferencia del aparcerero: el cumplimiento fiel de los compromisos. Desde luego teniendo en cuenta que el propietario, a virtud de esta preferencia, se ve más constreñido a seguir unido en

derechos y obligaciones con el mismo sujeto, debe reflexionarse que la calidad de buen aparcerero es el atributo que trata de exigir la ley para imponerla en la contratación futura, vista la igualdad de condiciones con terceros, bajo la forma de preferencia por el tanto.

El hecho de que la aparcería sea un evidente modo de subsistencia de los campesinos no propietarios, nos autoriza a considerar este título jurídico como parte integrante del anhelo social de nuestras instituciones civiles modernas. En consecuencia lamentamos la escasa reglamentación del precepto que deja incógnitos varios puntos que a continuación trataremos de estudiar:

a).—Calidad de aparcerero.—El aparcerero necesita tener la calidad de tal para ser sujeto de la preferencia por el tanto en caso de nueva aparcería, pero siendo el supuesto lógico-jurídico de tal contrato la conclusión del anterior, resulta que ningún aparcerero lo sigue siendo al cumplirse el plazo de su contrato. Remitimos esta observación a lo manifestado en el inciso anterior con respecto al arrendamiento y hacemos notar la insuficiencia técnica de la ley al no reglamentar esta circunstancia, optando por establecer un plazo después de la terminación del contrato en que el aparcerero, aun no siéndolo ya, tuviera derecho a ser notificado y preferido en su caso, o la concesión del derecho del tanto al aparcerero que continuara en la posesión de la cosa.

Aunque el artículo debe ser materia de una interpretación teleológica, en vista de la notoria incongruencia es de sugerirse una reforma. Mientras tanto cabe decir en atención a la naturaleza de la aparcería rural que el antiguo aparcerero goza de preferencia cuando las tierras se dan en aparcería en el intervalo que media entre la conclusión de su contrato y la nueva temporada de siembra de la región, quedando desde luego abierta la aplicación complementaria de las costumbres del lugar a las que remite el Artículo 2741.

b).—Cumplimiento de las obligaciones del aparcerero—Expresándose con esta generalidad el Artículo 2750 no admite otra interpretación que la siguiente: el aparcerero debe cumplir con todos sus compromisos legales, contractuales o generados por la costumbre del lugar para tener derecho a ser preferido cuando el dueño da sus tierras en nueva aparcería.

c).—Forma de notificación y plazo de ejercicio.—La omisión del Código Civil a este respecto es absoluta. Cabe pues complementar su

disposición con las que reglamentan el derecho de tanto de copropietarios, usufructuarios y herederos, o con las que reglamentan el de los inquilinos, socios y pactantes. En uno y otro caso la solución puede ser diversa, de tal manera que es un examen analítico lo que nos llevará a encajar el precepto de la preferencia del aparcerero rural dentro de las prevenciones de las otras dos clases de derecho del tanto.

Desde luego salta a la vista la similitud entre la sociedad, el arrendamiento y la aparcería, y es notoria también que la condición del aparcerero en nuestro derecho no implica la existencia de un derecho real a su favor, por lo que nos decidimos como legislación supletoria por las normas que en materia de preferencia por el tanto rigen la situación del arrendatario, titular de un derecho personal también, y que son enmarcados por disposición del Artículo 2447 en los números 2304 y 2308 del mismo Código Civil.

En tales condiciones debemos concluir que: el plazo para el ejercicio del tanteo en el aparcerero agrícola es de diez días contados desde el momento en que se haga una notificación notarial, judicial, ante dos testigos, ya sea por correo certificado o también por cualquier otro medio que la ley o la costumbre del lugar autoricen. El aparcerero tendrá preferencia ante terceros pero en igualdad de circunstancias, esto es, si se compromete a cumplir las mismas obligaciones que protestan, llevar a cabo los otros y otorga las mismas seguridades. Por lo que hace a la posible cesión del derecho de preferencia del aparcerero, debemos considerarla válida cuando ha habido una cesión de todo el contrato con consentimiento del propietario. Pero la facultad de preferencia no pasa a los herederos del aparcerero salvo que éstos puedan legalmente hacerse cargo de todos sus derechos y obligaciones con respecto a tal contrato, en el que deberá constar expresamente esta situación, ya que así lo consigna el Artículo 2742.

d).—Consecuencias a la violación de este derecho. Conforme al Artículo 2305, que consideramos supletorio, el propietario que con infracción a lo dispuesto por la ley dé en una nueva aparcería su propiedad sin respetar la preferencia por el tanto del antiguo aparcerero, será responsable ante éste de los daños y perjuicios que pudiera causarle.

En materia de aparcería de ganados no se otorga al aparcerero el derecho de celebrar una nueva aparcería al concluir la suya, sino se le dota de la facultad de tantear solamente en los casos de venta de los

animales y sus crías mientras dure la aparcería, derecho que también se otorga al aparcerista. Esto es, podemos observar que las preferencias concedidas al arrendatario —mutatis mutandis— se han concedido a los aparceros, sólo que la de tener prelación en un nuevo contrato es privilegio exclusivo del agrícola, y el tener opción en la venta se aplica exclusivamente al ganadero.

Esto último se resume en el Artículo 2763 concebido en estos términos: "En el caso de venta de los animales, antes de que termine el contrato de aparcería, disfrutarán los contratantes del derecho del tanto".

Se nos ocurre inmediatamente una pregunta: ¿Puede entonces el aparcerista o propietario vender el ganado sujeto a aparcería durante la vigencia del contrato? El Artículo 2756 nos indica: "El propietario está obligado a garantizar a su aparcerero la posesión y el uso del ganado y a substituir por otros, en caso de evicción, los animales perdidos; de lo contrario es responsable de los daños y perjuicios a que die- ra lugar por la falta del cumplimiento del contrato".

Atendiendo a esta disposición y considerando la naturaleza de la aparcería y del ganado mismo, decimos que el propietario puede vender su ganado, pero siempre y cuando el adquirente se obligue a respetar la aparcería por el tiempo convenido, ya que de no ser así le acarreará responsabilidades. Dado a que la compra de animales generalmente se hace teniendo en cuenta no su valor de amortización como pudiera ser el caso de los inmuebles dados en arrendamiento, sino su facultad de producción, consideramos que no es económicamente factible la venta del ganado dado en aparcería durante la vigencia de este contrato, pero si por convenio entre aparcerero y aparcerista éste substituyera por otros animales los que pretende vender, aquél tendrá el derecho de ser preferido en igualdad de circunstancias con extraños para adquirir el ganado. Las disposiciones de los Artículos 2305 y 2307 a que hemos hecho ya referencia, nos parecen aplicables a las modalidades de este derecho de preferencia. Reproducimos aquí pues, los comentarios hechos con respecto a la aparcería agrícola en tanto puedan ser aplicadas sin deformaciones a la ganadera, haciendo especial mención de que la venta de los animales por parte del aparcerista durante la vigencia del contrato sin respetar la preferencia del aparcerero sólo le sujeta a una acción de daños y perjuicios, en la inteligencia que deberán estimarse éstos en igual forma en el caso de que la

venta despoje al medianero del uso y goce de los animales objeto del contrato. El aparcerista, a su vez, goza del derecho de preferencia por el tanto en el caso de que el aparcerero venda las crías del ganado que le corresponden conforme al contrato.

### **11.—Las Preferencias Contractuales.**

Las preferencias anteriormente estudiadas tienen como fuente directa la ley, pero esto no quiere decir que la facultad de prelación de que nos hemos ocupado no pueda originarse en un acuerdo de voluntades o en una declaración unilateral del consentimiento.

Existen en nuestro derecho las preferencias contractuales. Una, el llamado "pacto de preferencia por el tanto" tiene en el Código Civil una extensa reglamentación, pero es necesario consignar que las preferencias por el tanto pueden ser cláusulas accesorias en casi todos los contratos, representando una opción para adquirir o para volver a contratar.

El pacto de preferencia tuvo origen, en cierto modo, en la abolición del retracto convencional, venta a carta de gracia o pacto de retroventa. Esta institución desapareció con el Artículo 2302 de la nueva legislación civil y en su lugar, como un substituto atenuado, nació el pacto de preferencia desarrollado por los números 2303 a 2308.

Colocado en el capítulo que trata sobre las modalidades del contrato de compraventa, el Artículo 2303 dice: "Puede estipularse que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tanto para el caso de que el comprador quisiere vender la cosa que fue objeto del contrato de compraventa".

El estudio de esta figura estructurada detenidamente por la ley, arroja los siguientes puntos de vista:

a).—Es sujeto activo del pacto de preferencia el vendedor de un bien mueble o inmueble que de acuerdo con el comprador se reserve la facultad de ser preferido en igualdad de condiciones con terceros en la próxima enajenación onerosa de la cosa vendida. El sujeto pasivo, obligado a respetar este derecho es el comprador del bien.

En muchos contratos —aun de índole comercial— se acostumbra estipular la preferencia por el tanto de uno de los contratantes o de ambos para el caso de que la contraparte desee enajenar sus derechos. Así, fue práctica muy usada aun antes de la expedición del nuevo

Código Civil que en los arrendamientos de los derechos al subsuelo de fundos petrolíferos se estipulara que las compañías arrendatarias gozarían de esta facultad de prelación para nuevos arrendamientos y para cesión de derechos o venta por parte del regalista, llamado así porque además de renta se le daba una regalía o porcentaje de la producción. El pacto de marras perseguía en estos casos la consolidación del dominio de la superficie con el del subsuelo, el aseguramiento de la longevidad del contrato y el conocimiento, por parte de las empresas explotadoras, de las condiciones que se ofrecían a los concesionarios o poseedores de títulos confirmatorios sobre el subsuelo petrolífero para la enajenación o arrendamiento de sus derechos. Hubo sonados casos en que, terminado un arrendamiento de éstos en el que la compañía extractora se había reservado de acuerdo con el arrendador la facultad de preferencia, este último quisiera celebrar nuevas operaciones sobre su concesión sin notificarlas previamente a la empresa arrendataria, originando el ejercicio de acciones de nulidad y de daños y perjuicios.

En contratos en que la vinculación de las partes (asociación en participación, etc.) y la aplicación de cada una de ellas al objeto del convenio presupone que al finiquito de éste o al vender su parte el cocontratante pueden originarse serios perjuicios a la otra persona, se acostumbra estipular una preferencia recíproca, ya sea para enajenaciones onerosas o para nueva contratación. Estos "pactos" aunque no celebrados entre partes de un contrato de compraventa original y sobre el mismo objeto real de tal operación, se rigen también por las disposiciones aludidas.

b).—El objeto del pacto de preferencia es tener derecho a ser notificado de una futura enajenación de la cosa vendida por el adquirente en el contrato original, y, en su caso, tener prelación frente a terceros interesados en igualdad de circunstancias. Las preferencias innominadas pueden tener cualquier objeto posible y lícito, envuelto bajo la misma forma: derecho a ser notificado de una próxima operación y, en su caso, ser preferido en la celebración de la misma. Dan apertura a las preferencias: a) las enajenaciones onerosas de la cosa, tales como venta, dación en pago y cesión de derechos o traspaso, si la preferencia es otorgada para casos de enajenación; b) el mismo contrato de cuyas cláusulas nace la preferencia, ya que como hemos visto, suele darse para casos de nueva celebración del convenio original, ya sea

arrendamiento, asociación en participación, mutuo, etc., siempre y cuando se conserve el carácter de onerosidad, ya que nadie puede alegar preferencia en materia de contratos gratuitos o liberalidades.

c).—El sujeto activo tiene derecho a ser notificado por el pasivo de la operación que vaya a celebrarse, de las condiciones y plazos de la misma, así como de las seguridades que deban prestarse y la máxima oferta hecho por terceros. Si el pacto de preferencia versa sobre una cosa o derecho de carácter inmueble, el plazo de ejercicio del derecho por él nacido será de diez días; si mueble, dicho término se reducirá a tres. Nada impide que se convengan plazos mayores o menores ni formas especiales de notificación, la cual deberá ser dada de una manera **fehaciente**, al decir del Artículo 2305. En la misma forma, el titular de la preferencia deberá hacer saber a la otra parte si desea hacer uso de su derecho. Si el vendedor ha concedido un plazo al comprador para pagar el precio y de éste desea prevalerse el sujeto preferido, tendrá que prestar las seguridades necesarias, (Art. 2306) y si el objeto se enajena en una subasta pública deberá notificarse al titular el día, la hora y la postura. En igualdad de condiciones con los postores el que tiene derecho de preferencia deberá ser elegido para la adjudicación de la cosa (Art. 2307).

d).—El derecho adquirido por el pacto de preferencia, **in strictu sensu**, o por cualquier preferencia por el tanto contractual, no puede cederse ni pasa a los herederos, según dispone el Artículo 2308, pero entendemos que una cesión de los derechos provinientes del contrato en el caso de preferencias innominadas involucrará esta facultad de prelación salvo pacto en contrario, y si es la calidad de contratante la que se hereda y es susceptible de heredarse conforme a las estipulaciones del convenio o la ley, el albacea de la sucesión o el heredero adjudicatario podrán hacer valer su derecho sin limitación alguna.

e).—Las consecuencias a la violación del derecho de preferencia nacido contractualmente no consisten en la nulidad del acto infractor. Solamente nace en el titular el derecho a exigir el pago de daños y perjuicios si los demuestra, aunque nada impide que —dentro del marco legal— pueda estipularse en el contrato por el que nace la preferencia una cláusula penal o rescisoria, pago de una multa, privación de otros derechos nacidos del convenio base, etc.



## **12.—Breve referencia a las legislaciones mercantil y bancaria.**

Las preferencias por el tanto, que nacieron auténticamente del derecho civil, han pasado con buen éxito, como muchas otras instituciones comunes, a la legislación comercial.

Hemos apuntado ya que en materia de preferencias contractuales pueden usarse éstas como accesorias o resultantes de contratos de índole mercantil. No nos queda duda que dentro del especial y propio ambiente de las transacciones del comercio, las preferencias por el tanto, ya sea para asegurar una prelación adquisitiva o la seguridad de un nuevo contrato, tienen campo fecundo de desenvolvimiento. Pero aún más, la legislación mercantil mexicana ha recogido expresamente dos tipos de preferencias por el tanto, en materia de sociedades mercantiles y otro en materia marítima.

La primera de las preferencias corporativas la encontramos en los Artículos 33 y 66 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y se concibe de la siguiente manera:

a).—Son sujetos activos de este derecho de preferencia por el tanto mercantil los socios colectivos, los socios comanditados y comanditarios, y los de las sociedades de responsabilidad limitada en sentido estricto. En los tipos de sociedades a que hemos aludido indirectamente la cesión o enajenación de las partes de interés o partes sociales queda limitada en dos formas: la obligación por parte del socio enajenante de obtener, salvo pacto en contrario, el acuerdo unánime de sus consocios para desposeerse de dicho derecho, y el deber de notificar, en su caso a los demás componentes de la sociedad, de dicha enajenación si ésta se hace a personas ajenas a la misma, para que los socios tengan la posibilidad de ejercer dentro de un plazo de quince días el "derecho del tanto" que les otorga la ley, en proporción a sus aportaciones.

b).—Bajo el supuesto de que la cesión o enajenación de que hablamos debe ser autorizada por la asamblea de socios, la ley prevé el nacimiento del plazo de quince días en la fecha de realización de la junta o asamblea en que se haya prestado tal consentimiento.

c).—La violación del derecho del tanto no está expresamente penada por la legislación mercantil, y ya hemos visto que los artículos del Código Civil al respecto de sociedades no comerciales, son omisos también, por lo que siguiendo la misma interpretación hecha al res-

pecto de esta última clase de compañías, y considerando que dada la característica personal de los derechos del socio no puede hablarse de una comunidad de bienes puesto que la titularidad de ellos pertenece a la sociedad, que es una persona, concluimos que, a semejanza de la violación de las preferencias de los arrendatarios, aparceros y aparceristas, y pactantes, la sanción jurídica para resguardar de infracciones este derecho consiste en el nacimiento a favor del titular de una acción indemnizatoria que se traduce en el pago de daños y perjuicios.

La siguiente clase de preferencia por el tanto mercantil, se refiere a la sociedad anónima, y está contenida en el Artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que dice: "Los accionistas tendrán derecho preferente en proporción al número de sus acciones; para subscribir las que se emitan en caso de aumento de capital social. Este derecho deberá ejercitarse dentro de los quince días siguientes a la publicación en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, del acuerdo de la asamblea sobre el aumento del capital social".

Por la especial característica de las acciones como títulos de crédito, y la posibilidad de que su forma de circulación sea mediante la simple tradición, los titulares de las partes sociales en las compañías anónimas no tienen preferencias por el tanto para el caso de enajenación de las mismas a extraños. El hecho de que la sociedad anónima ha sido unánimemente considerada como sociedad de capitales, reafirma la necesidad de no obstaculizar la circulación de sus títulos representativos. Sólo las acciones nominativas, según el Artículo 130, pueden estar sujetas por disposición expresa de los estatutos, para los efectos de su enajenación, al consentimiento de la administración social. Sin embargo para estos casos tampoco se otorga preferencia a los demás tenedores de acciones nominativas: la ley sólo indica que el consejo de administración, en caso de negar la autorización al socio para vender sus acciones, designará un comprador al precio corriente en el mercado.

En las sociedades anónimas, la preferencia por el tanto de los socios sólo se extiende a los casos de aumento del capital social, cosa lógica pues si por medio de la aportación de los accionistas ha sido posible la existencia de la sociedad, éstos deben tener privilegio, para el caso de que la compañía decida procurarse recursos de capital, aumentando el propio en giro. Como claramente dispone el Artículo 132, la preferencia se limita a quince días contados a partir de aquél en el

que haya salido publicado en el Diario Oficial correspondiente, el acuerdo de la asamblea sobre aumento de capital social.

En las preferencias por el tanto que acabamos de ver, la notificación que se haga a los socios o accionistas debe entenderse surtiendo sus efectos si en ella se involucra la expresión de las bases y condiciones en que se pretende enajenar la parte social, o se propone la adquisición de los nuevos títulos, para cada caso, porque de lo contrario el titular de la preferencia no puede ejercitar su derecho.

Dentro de la organización mexicana del sistema bancario, el cual el Banco de México, S. A., quien además de tener el monopolio de emisión de moneda y billetes realiza funciones públicas de regulador de la circulación monetaria, ha recibido como institución adecuada para la satisfacción de este último fin la de las preferencias por el tanto, que, en este aspecto, llena un importantísimo papel.

En efecto, desde el 22 de marzo de 1933, fecha en que entró en vigor la reforma a la Fracción VII del Artículo 10 de la ley del Banco de México, S. A., ha venido disfrutando el banco central de un verdadero aunque **sui géneris** derecho de tanteo sobre oro, plata o divisas extranjeras que vayan a ser enajenadas por instituciones de crédito.

Los considerandos del decreto del 3 de mayo de 1933, reformatorio del anterior, nos dan clara idea acerca de la **ratio legis**: "... la crisis monetaria mundial hace indispensable ciertas medidas destinadas a poner a cubierto el valor internacional de nuestra moneda de fluctuaciones debidas a circunstancias y factores ajenos a nuestra economía, y que la gravedad mismo de esa crisis exige que la institución encargada de regular nuestros cambios sobre el exterior, cuente en todo tiempo con medios de acción proporcionados a las dificultades y a la importancia de su función; ... por decreto de veintidós de marzo último (1933) quedó establecido que el Banco de México, en su carácter de regulador de la circulación monetaria, se encargaría de comprar y vender giros o letras de cambio a la vista o a plazo pagaderos sobre el exterior y que, para el mejor desempeño de esa función, tendría preferencia, a igualdad de precio, sobre cualquier otro comprador en las operaciones de divisas extranjeras que practiquen los bancos asociados; ... de la eficacia con que el Banco de México cumpla dicha función, depende en alto grado la posibilidad de que los

bancos asociados realicen su propia misión de órganos encargados de la distribución del crédito, ya que no se concibe el desarrollo de éste sin la base obligada de una moneda de valor estable, y... el Banco de México ejercerá las atribuciones que en seguida se le confieren con el sentido de su responsabilidad y con el tacto y la medida que corresponden a su alta misión;...”

De esta manera, por disposiciones de 1933 (las publicadas en la fecha ya transcrita) y de Diario Oficial del 3 de abril de 1935 que reformaron la Fracción VII del Artículo 10 de la Ley Orgánica del Banco de México, S. A., y por el Artículo 6o. transitorio del decreto de 11 de febrero de 1949, publicado en el Diario Oficial del 4 del mismo mes, reformativo de las Fracciones III y IV del Artículo 11 de la Ley General de Instituciones de Crédito, aparece en la legislación mexicana la preferencia bancaria a que nos hemos referido, y que se concibe en estos términos: “Art. 11 de la LGIC, Fracción III.—Las operaciones con valores que autoriza la Fracción VIII del Artículo 10 (compraventa a cuenta propia o en comisión, de títulos, valores y divisas) se ajustarán a las reglas que dicte la Comisión Nacional de Valores, de acuerdo con el Banco de México, y las de compraventa de ORO, PLATA y DIVISAS a que se refiere el propio Artículo, se harán conforme a las reglas que dicte el Banco de México, EL QUE, A IGUALDAD DE PRECIO, TENDRA PREFERENCIA sobre cualquier otro comprador en las operaciones de compraventa de oro, plata y divisas que efectúen las instituciones de depósito. Estas estarán obligadas a dar a conocer el propio Banco sus posiciones de oro, plata y divisas SIEMPRE QUE EL MISMO SE LAS PIDA, y a transferirle, cuando así lo disponga, los activos en oro, plata y moneda extranjera que posean en exceso de sus obligaciones en esas especies. La transferencia se hará, al precio a que se hayan cotizado en el mercado el oro, la plata y la moneda extranjera en la fecha en que el Banco de México, S. A., dicte el acuerdo relativo. Esta disposición es aplicable también a las demás instituciones de crédito que son objeto de esta ley, y su infracción será sancionada administrativamente con multa hasta de \$50,000.00 (cincuenta mil pesos) o suspensión temporal de las operaciones de la sociedad infractora, o con la caducidad de la autorización para dedicarse al ejercicio de la banca o del crédito, según lo decida la Secretaría de Hacienda, de acuerdo con la gravedad del caso”.

Así expuesto, tenemos un derecho de preferencia con los siguientes elementos:

a).—Sujeto activo: el Banco de México, S. A., en su carácter de regulador de la circulación monetaria. Esa institución podrá ejercer la preferencia que le otorga el Artículo 11, Fracción III de la LGIC, aunque entendemos que este ejercicio, rigurosamente hablando, no es potestativo sino se traducirá en una verdadera obligación cuando las crisis económicas mantengan en primer plano la necesidad nacional de procurarse metales preciosos o divisas extranjeras.

b).—Sujetos pasivos: todas las instituciones de crédito del sistema privado que enajenen o estén en vía de enajenar oro, plata o divisas extranjeras. También las instituciones que no vendiendo u ofreciendo en venta sus activos disponibles en estas especies los tengan en exceso de sus obligaciones en las mismas.

c).—Forma de notificación: A simple requerimiento del Banco de México, S. A. —la costumbre y práctica bancaria lo ha hecho consistir en una carta o cable, aunque incluso puede considerarse válido un telefonema o medio cualquiera susceptible de prueba— la institución requerida deberá dar a conocer al sujeto activo sus posiciones cortas o largas, o las condiciones en que pretende enajenar. Como la venta de oro, plata y divisas tiene que hacerse al tipo de cambio o compraventa que fija el mismo Banco de México, resulta que la preferencia siempre se ejercitará sobre precio controlado y sabido, el cual deberá ser el de la fecha en que el Banco comunique durante horas hábiles a la institución —sujeto pasivo— su acuerdo en el sentido de ejercer la preferencia sobre determinado lote de oro, plata o divisas o sobre la totalidad de las existencias en exceso de obligaciones comprobadas. Al recibir dicho aviso, la institución deberá transferir o acreditar en cuenta del Banco de México, S. A., con cargo a su encaje o reservas o en operación directa, el oro, plata o divisas extranjeras solicitadas.

d).—Infracciones: Los bancos pueden burlar esta disposición de varias formas entre las que nos ocurren: la ocultación de sus verdaderas posiciones, ya sea simulando obligaciones o de cualquier otro modo, la negativa de recepción del aviso Banco de México, o la simulación de operaciones con terceros antes de la notificación misma, etc. Algunos de estos expedientes pueden ser fácilmente descubiertos ya sea por la Comisión Nacional Bancaria, por la Dirección de Crédito de la Secretaría de Hacienda o por el propio Banco de México.

En todo caso vale sentar que la conducta de las instituciones privadas a este respecto no ha dejado que desear en los últimos años, excepto en casos aislados surgidos a raíz de operaciones con divisas norteamericanas por medio de bancos fronterizos, pero que no ha pasado a mayores, porque el Bancó de México siempre ha sido celoso guardián de la estabilidad monetaria que siempre puede verse amenazada por tal clase de especulaciones.

e).—Sanciones: De todas maneras, la ley prevé sanciones varias para el caso de que, por una forma u otra, se infrinja el derecho de preferencia por el tanto que asiste al Banco central, y que son aplicadas por la Secretaría de Hacienda vía sus organismos controladores. Pueden consistir en: multa hasta de cincuenta mil pesos, suspensión temporal de operaciones o caducidad de la autorización de las mismas, según la gravedad del caso que estimará el Ejecutivo en uso de una amplia facultad discrecional sólo impugnabile por desvío de poder.

Esta preferencia por el tanto que realmente viene a constituir un derecho de tipo estatal, público, ya que bien es sabida la existencia de una fuerte corriente de publicación de las legislaciones bancarias, asegura, desde muchos puntos de vista, el nivel económico de las relaciones crediticias constituyendo una auténtica forma de impedir el agotamiento de las reservas monetarias nacionales. Tenemos entendido que en ocasión de algunas medidas devaluadoras del peso, la preferencia por el tanto ha prestado eficiente contribución a los propósitos del gobierno por controlar la situación de crisis.

Habíamos dejado a propósito para el final aunque con cierta falta de método, el estudio de las preferencias por el tanto en materia marítima.

Están consagradas en los Artículos 659 a 662 del Código de Comercio y son una variedad del tanteo de copropietarios o comuneros, siéndoles aplicables supletoriamente las reglas del Código Civil. Sin embargo encontramos puntos muy interesantes, que pasamos a comentar.

El Artículo 659 otorga el derecho de preferencia por el tanto a los copartícipes para celebrar el contrato de fletamento sobre el buque comunal antes que cualquier extraño, decidiéndose, en caso de empate de ofertas de comuneros, por el que represente mayor parte y si hay nueva igualdad por quien designe la suerte. Aplicando suple-

toriamente el Artículo 661 y el 662, el plazo para notificar las condiciones del fletamento es de tres días.

También tienen los copartícipes un derecho que la ley llama "tanteo" y que es en realidad un verdadero retracto. En efecto, los dos Artículos citados últimamente dicen: "Art. 661.—También gozarán los copartícipes del derecho de tanteo sobre la venta que alguno de ellos pretenda hacer de su porción respectiva, proponiéndolo en el término preciso de los tres días siguientes A LA CELEBRACION DE LA VENTA, Y CONSIGNANDO EN EL ACTO EL PRECIO DE ELLA. Art. 662.—El vendedor puede precaverse contra el derecho de tanteo, haciendo saber la venta que tenga concertada a cada uno de los copartícipes, y si dentro del mismo término de tres días no hiciesen uso de aquel derecho, no lo tendrán a hacerlo después de celebrada".

Apreciamos en estos Artículos todo el estilo del viejo tanteo real y del retracto español, otorgado no como protección a los derechos de preferencia, sino como expropiación directa que el sujeto pasivo puede eludir, notificando las condiciones del acto de traslación con una anticipación de tres días. La palabra "tanteo" envuelve en estas normas de nuestro Código de Comercio de 1889, el derecho de **retracto** (conocido nuestro y que desarrollaremos con especial referencia a la materia civil en el próximo capítulo) consagrado en los Artículos 575 y siguientes del Código de Comercio Español Vigente, y 613 del Código de Comercio Español de 1828, de donde está calcado.

En casos de venta de porciones alicuotas sobre un buque, el copartícipe tiene derecho de subrogarse en el contrato de enajenación durante los tres días siguientes a aquél en que tenga conocimiento del mismo, previa exhibición del precio, en la inteligencia de que si el enajenante le notifica las condiciones del contrato tres días antes de celebrarlo, deberá hacer uso de su derecho en este plazo, pues de consumarse la venta ya no podrá expropiar.

Poco usado en la práctica, y producto de necesidades y costumbres no mexicanas, el retracto de copropietarios de buques es un ejemplo clásico de la antigua concepción española de este derecho. Lo anotamos casi como verdadera curiosidad, advirtiendo que le es aplicable en cuanto no pugne con disposiciones expresas o con la naturaleza del Derecho Mercantil, la teoría general de la expropiación privada que ha nacido y se ha desarrollado en el Derecho Civil, y que expondre-

mos sucintamente en el capítulo tercero con respecto al retracto arrendaticio en materia de condominio.

### **13.—Las preferencias por el tanto en las relaciones administrativas.**

Tiene también nuestra institución un marcado interés para el Estado en sus relaciones públicas no especialmente bancarias. El campo administrativo es tan vasto y tan inestable, dada la pluralidad de leyes y la continuidad de sus reformas, que un intento siquiera de sistematización de las preferencias administrativas sería obra extenuante y poco práctica, precisamente en razón del metabolismo legislativo. Sin embargo, y aunque no somos partidarios extremistas del derecho civil, hemos de afirmar que la doctrina de las preferencias que hemos esbozado y que remataremos más adelante es aplicable por regla general a las administrativas, variando en ocasiones la forma o técnica de ejercicio, las autoridades sancionadoras o del conocimiento y los plazos, lo que en realidad es insignificante si se toma en cuenta que las instituciones comunes suelen transformarse al entrar en el campo administrativo.

Además de las preferencias otórgadas a particulares en leyes administrativas algunas de las cuales ya hemos visto (Ley de Bienes Nacionales, Ley Orgánica del Departamento del D. F.) y de las que tiene el Estado en materia bancaria, existen otras que tienen amplio campo de acción por lo que se refiere a concesiones de explotación de recursos naturales o de prestación de servicios públicos. Para no estudiar minuciosamente todas hemos de tomar como significativa e importante la consagrada en el Artículo 116 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, que es federal, y que dice: "El Gobierno Federal tendrá derecho preferente para adquirir las propiedades de las empresas que exploten vías generales de comunicación en todos los casos en que pretendan enajenarlas, deduciéndose del precio que se hubiere fijado para la venta la parte que corresponda a las subvenciones que se hubieren otórgado y a la reversión proporcional de los mismos bienes, de acuerdo con el tiempo que hubiere estado vigente la concesión o el permiso. El Gobierno Federal tendrá derecho preferente para adquirir por compraventa a las empresas todos los aparatos, maquinarias y materiales que por cualquier motivo dese-



chen o dejaren de utilizar, con el precio que de común acuerdo se fije, o en su defecto, por el que determinen peritos que se nombren uno por cada parte y en caso de discordia con un tercero que los mismos peritos deberán designar previamente. En los casos en que el Gobierno Federal no haga uso de las preferencias indicadas, éstas pasarán a las organizaciones obreras que deseen adquirir las propiedades a que este Artículo se refiere”.

Las preferencias administrativas como la que acabamos de enunciar tienen generalmente como sujeto activo al Estado pero no es difícil que también tengan por titulares a grupos sociales como el obrero o campesino. A menudo no se otorgan plazos para ejercicio, por lo que deben aplicarse supletoriamente las leyes civiles o mercantiles en defecto de estipulación expresa de los permisos o concesiones. Es frecuente también que las sanciones a la infracción de estos derechos consistan en multas, penas administrativas o caducidad de concesiones, pero generalmente no se llega a la nulidad. Las formas de notificación, siguiendo la tendencia antiformalista del derecho administrativo, suelen ser más simples: una carta o escrito cuyo recibo es fácil probar por medio del sello de entrada en las Oficinas de Partes de las diversas dependencias, etc.

En las preferencias administrativas —consagradas muchas en forma de pacto, aunque no pocas nacen de la ley— se nota la tendencia de involucrar como operaciones que les dan apertura no tan sólo a las enajenaciones sino a otras diversas de la transmisión de dominio, pues son frecuentes las preferencias administrativas dadas a los particulares para obtener privilegios o permisos por sobre otros solicitantes, y en general para tener prelación en contratos o actos jurídicos a realizar con el Estado.

#### ***14.—Panorama general de las preferencias civiles.—Intento de sistematización.***

Las diversas preferencias civiles de que nos hemos ocupado acusan una evidente desunión de determinados elementos comunes que propicia fallas lamentables en la aplicación práctica de las mismas.

De allí que sea deseable dejar sentadas algunas bases que pueden aprovecharse a este respecto para el día, quizá no muy lejano, en que nuestra legislación civil se reforme parcial o totalmente, ya

sea por la emisión de nuevo Código Civil o por la no muy probable fusión legislativa de las obligaciones privadas, como en el Código Suizo.

Las preferencias por el tanto, cuyos orígenes hemos concluido, son definitivamente españolas, deben otorgarse por la ley en primer lugar, en aquellos casos en que por la existencia de relaciones jurídicas que tengan por objeto una cosa o bien indiviso, para los efectos de su reconsolidación. Como ejemplo de este primer fin a llenar por las preferencias tenemos además de las comunidades de bienes, entre las que podríamos anotar especialmente la conyugal, y de los casos de usufructo, herencia, enajenación de una ex vía pública, etc., los de servidumbres y los del propietario con respecto al usufructo.

Otro fin a perseguir es la necesidad social de quedarse preferentemente con la cosa objeto de la relación jurídica, cuando ella está destinada fundamentalmente a prestar un servicio vital para el hombre, como en el caso de arrendamiento.

El aseguramiento de nuevos contratos, sobre todo de los que se realizan casi en forma adhesiva, dado en favor de la clase aceptante, es otra de las metas que no puede descuidar nuestra legislación. La conservación del elemento **intuitu personae** en las sociedades o en otros negocios jurídicos, es también un fin que puede protegerse por medio de nuestra institución.

En suma, cuando por cualquier motivo debe darse una oportunidad mayor a un sujeto de derecho para realizar un acto jurídico con otras personas excluyendo a terceros siempre y cuando ofrezca las mismas condiciones, la preferencia por el tanto puede llenar esa necesidad cada vez más orientada a la justicia social.

De lo que nuestro código consagra en el derecho vigente, se entresaca que las preferencias por el tanto tienen estas características:

a).—Son derechos subjetivos de ejercicio potestativo, renunciabiles, y que consisten en la facultad de contratar antes que otro sobre las mismas condiciones, previa notificación de las mismas.

b).—Reciben varios nombres: preferencias, preferencias por el tanto, derecho de o del tanto, pactos de preferencia, tanteo, etc.

c).—Tiene dos obligaciones el sujeto pasivo: la primera es notificar o dar aviso a los titulares de la preferencia por el tanto de las condiciones, bases económicas, plazo y modalidades de las operaciones jurídicas que les dan apertura, y que son por regla general las ena-

jenaciones onerosas y ciertos contratos como el de arrendamiento de bienes inmuebles y el de aparcería rural. La siguiente consiste en que si el titular o los titulares hacen uso de su facultad, deberán ser preferidos con las modalidades que dicta la ley (en proporción a sus intereses, etc.) para celebrar con ellos la operación o contrato respectivos.

d).—Tienen siempre un corto plazo de ejercicio, que varía entre tres días en materia de muebles (pacto de preferencia) y diez, aunque la regla general es de ocho, sin que obste pacto expreso que los modifique.

e).—Tienen diversas sanciones, que el código parece regular en atención a la calidad del derecho (real o personal) que sirve de fundamento a la preferencia, aunque este criterio debe ser substituido por uno más teleológico. Estas sanciones son la nulidad, la acción de daños y perjuicios, dada al sujeto agraviado, y el retracto.

f).—El plazo para ejercer estas acciones que nacen de la infracción de las preferencias por el tanto, es generalmente reducido, casi nunca mayor de un año.

El empleo de las preferencias por el tanto, que en forma contractual es ilimitada, se va extendiendo tanto al derecho mercantil como al administrativo, sufriendo modificaciones relativamente pequeñas en su estructura general y desplazándose cada vez más la protección del interés individualista por conceptos sociales y económicos más avanzados.

### ***15.—Consecuencias de las violaciones a las preferencias por el tanto.***

La violación por parte del sujeto pasivo de las preferencias por el tanto en materia civil, tiene como hemos dicho, diversas sanciones. Antes de pasar al estudio de las mismas, trataremos de exponer casuísticamente cuáles son algunas de las formas de violación de la facultad que nos ocupa.

La primera consiste en no dar el aviso o notificación que la ley estatuye, o darla a otra persona, enajenando o celebrando el contrato para el cual la ley o la voluntad de las partes otorga el derecho de preferencia. Cuando el aviso o notificación debe darse a varios sujetos y sólo se da a alguno o algunos, pero no a la totalidad, no surte efec-

tos para los omitidos, y en este sentido nos encontramos ante una violación.

En segundo lugar tenemos el caso de que la notificación sea dada pero contenga defectos substanciales, por ejemplo: el no especificar el bien, cosa o porción indivisa que va a enajenarse o respecto de la cual se va a llevar a cabo el acto jurídico para cuya celebración tiene preferencia el sujeto activo; la no indicación de las condiciones del contrato a celebrar, ya sea por lo que se refiere al precio, modalidades, seguridades accesorias, etc.; no indicar con qué persona se va a contratar; si la venta se hace en subasta, no consignarlo así, etc. Si la presencia de estos defectos en la notificación trae como resultado que el sujeto que goza de la preferencia se encuentre sin elementos para ejercitarlos, los defectos en el aviso constituirán una violación substancial.

Una tercera categoría de infracción a los derechos de preferencia por el tanto consiste en, habiendo dado con toda claridad el aviso respectivo, vender la cosa objeto de la preferencia, o celebrar el contrato sobre el que se tiene prelación antes del vencimiento del plazo que tenga el sujeto activo para ejercitar su derecho, o vender la cosa o celebrar el contrato después de haber recibido una notificación fehaciente y en tiempo, del titular, en el sentido de que desea hacer uso de la preferencia.

Como cuarta categoría de violaciones al tanteo tenemos la simulación, que puede consistir en: deformar los datos de la operación a realizar para impedir el ejercicio, v. gr., diciendo que la venta de una porción alícuota va a llevarse a efecto sobre un precio que es infinitamente mayor al real. El falseamiento de las demás condiciones de contratación, y el hecho de emplear como interpósita persona, para celebrar el contrato objeto de la preferencia, a un coheredero, copropietario o socio por cuya intervención ficticia se obstruya el derecho de los demás conductores, coherederos, o socios, es también una violación substancial; la simulación, por fin, de la operación jurídica onerosa por otra gratuita, o que reúna determinadas características, por las que se haga imposible dolosamente el ejercicio de la preferencia, es también una infracción grave.

Estos, y quizás muchos obstáculos fraudulentos son las formas de violación a los derechos de preferencia por el tanto, y su naturaleza varía desde luego, en atención a las diversas clases de prelación o

de contratos. Anotamos como característica negativa el hecho de que corresponde la carga de la prueba, en los casos de simulación o falseamiento, al titular de la preferencia, y el ejercicio de ésta se ve sumamente gravado por este obstáculo procesal.

Las principales sanciones o consecuencias jurídicas, pues, de la violación a las preferencias civiles son:

### **a).—Nulidad.**

Se establece la nulidad de las operaciones celebradas en contravención a la ley en los siguientes casos: enajenación de una ex vía pública, enajenación de porciones alicuotas o bienes en copropiedad, o que formen parte de la masa hereditaria, la enajenación del usufructo.

Al respecto nuestro Código Civil se expresa de diversas formas. En el Artículo 771, que consagra la preferencia de colindantes sobre venta de vías públicas, habla de que, al ser violado su derecho, éstos "...podrán pedir la rescisión del contrato dentro de los seis meses contados desde su celebración".

En el Artículo 973, que se refiere al tanteo de copropietarios, dice: "Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno. En el Artículo 1292, que se refiere a la preferencia de coherederos, se estatuye: "Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en este Artículo, será nula".

Por último, en el Artículo 2282 con referencia al 2279 y al 973, colocado bajo el rubro "De los que pueden vender y comprar", del contrato de compraventa, se expresa: "Las compras hechas en contravención a lo dispuesto en el capítulo serán nulas, ya se hayan hecho directamente o por interpósita persona".

Como vemos nuestra ley no es clara porque emplea para la misma clase de situaciones tres términos distintos: rescisión, nulidad e improductividad de efectos legales, que bien puede entenderse como inexistencia.

¿Qué clase, pues, de nulidad otorga la ley en estos casos? Entresacando de las teorías de las nulidades consagradas en los Artículos del 2224 al 2242, del Código Civil, los datos esenciales, observamos que:

1).—Los actos inexistentes son aquéllos a los que les falta el consentimiento de las partes o el objeto, y son los que no producen nunca efectos jurídicos. Estando presentes estos elementos esenciales en

las posibles operaciones por las que se violan el derecho del tanto, aunque la ley llegue a decir en el Artículo 973 que dichos actos no producirán efecto legal alguno, debemos reputarlos como existentes.

2).—Ahora bien, un acto existente puede ser nulo o anulable, o como dice la ley, afectado de nulidad absoluta o de nulidad relativa. La nulidad absoluta está constituida por tres principales características: el que el acto tocado de esta nulidad es inconfirmable, puede ser hecha valer por todo interesado y la acción respectiva nunca prescribe. Por regla general, la nulidad absoluta no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos; nuestro código admite la ausencia de efectos jurídicos sin llegar a una inexistencia, según la teoría de Bonnescase. Desde este punto de vista podrá tratarse de una nulidad absoluta el caso de la venta o violación de las preferencias, pero también establece la ley que a la nulidad absoluta no debe faltarle uno sólo de sus elementos, pues de ser así se convertirá en relativa. Tenemos pues, que la nulidad que otorga nuestro Código Civil al respecto de las violaciones al derecho del tanto no puede solicitarla todo interesado sino solamente el titular de la preferencia; admite confirmación, puesto que si el titular renuncia posteriormente a su derecho, o se ha dado la notificación o subsanado el defecto no hace uso de éste, el acto de convalida; no es imprescriptible porque la misma ley dice (Art. 771) que la acción sólo podrá ejercitarse dentro de los seis meses que siguen al conocimiento de la violación. Debemos concluir entonces, que no estando presentes todos los elementos que configuran la nulidad absoluta, nos encontramos ante una simple nulidad relativa.

3).—El término rescisión que emplea el Código Civil en el Artículo 771, es erróneo e insta a confusiones, puesto que la teoría moderna indica que sólo podrán rescindirse las operaciones válidas. Sin embargo hemos de recordar que **rescisión** (del latín rescinditur, restituitur) fue empleado en el antiguo derecho como sinónimo de anulabilidad, ya que la institución pretoriana de la "restitutio in integrum" fue su antecedente directo, como afirman PLANIOL-RIPERT (36). La nulidad con la que se sanciona la violación a ciertas preferencias por el tanto es relativa porque se decreta atendiendo la petición de determinadas personas y porque el acto puede ser confirmado y la acción prescribe. Sin

---

36.—PLANIOL-RIPERT.—Tratado Elemental de Derecho Civil.—Tomo I.—Pág. 175 y siguientes, No. 328. Puebla, Méx. 1946.

embargo, existen en contrario inteligentes teorías como la de los señores licenciados Alberto y Oscar VAZQUEZ DEL MERCADO (37), quienes pretenden réputar la venta o enajenación en infracción de las preferencias, como "ineficaz" o "inoponible" introduciendo una categoría no admitida por nuestro Código Civil pero que doctrinalmente nos parece irreprochable.

La acción de nulidad debe ser ejercitada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento, por parte del sujeto activo, del acto por el que se violó su derecho, según lo establece expresamente el Artículo 771 para la preferencia de colindantes. Aunque en los casos de copropiedad, herencia y usufructo no se establece expresamente este término de preclusión, una interpretación analógica nos conducirá estrictamente a sostener la última parte del Artículo 771, como aplicable a los demás casos citados. La acción sólo podrá ser ejercitada por el sujeto activo de la preferencia, o su legítimo representante, y el acto infractorio puede confirmarse.

Los efectos de esta nulidad consisten en que vuelven las cosas al estado en que se encontraban antes de producirse el vicio o el acto infractorio, de tal manera que si la violación al derecho de la preferencia ha consistido en la ausencia de la notificación o aviso legal, nulificada la venta o enajenación tendrá obligación el sujeto vencido en juicio de dar la notificación respectiva, iniciándose de nuevo el procedimiento formal de las preferencias. La acción de nulidad no excluye, por cierto, la de daños y perjuicios que haya ocasionado el infractor, y que deberán reclamarse y probarse en el mismo juicio.

#### ***b).—Acción de daños y perjuicios.***

No en todos los casos de violación de los derechos de preferencia por el tanto se encuentra investido el titular de una acción de nulidad relativa. Ya hemos expresado que en los casos de arrendamiento de bienes inmuebles que no sean locales en condominio, en las sociedades civiles, en la aparcería rural y en los casos de preferencias contractuales, la violación de los derechos del tanto sólo acarrea el pago de daños y perjuicios que debe realizar el sujeto infractor, pero la operación por la que se eludió el cumplimiento de las preferencias subsiste y es válida.

---

37.—VAZQUEZ DEL MERCADO.—Alberto y Oscar. Obra citada. Págs. 96 a 104.

Los Artículos 2305 y siguientes, que se refieran expresamente al pacto de preferencia, pero que son aplicables por remisión o por analogía a todos los casos que hemos citado en este inciso, estatuyen la responsabilidad para el violador consistente en el pago de daños y perjuicios.

La sanción no se aparta de la regla general de incumplimiento de obligaciones que marca el Artículo 2104, y desde luego queda a cargo del sujeto ofendido la prueba del incumplimiento y de los daños y perjuicios causados.

**c).—Retracto.**

En los casos de violación al derecho de preferencia que asiste al arrendatario sobre la enajenación del local alquilado cuando éste forma parte de un edificio en condominio, se sanciona dicha infracción con la acción de retracto, por medio de la cual el inquilino, consignando el precio de la venta, puede subrogarse en el contrato y hacer suyo el local enajenado. Consagramos todo el próximo capítulo al estudio del retracto en la legislación mexicana.



### CAPITULO III

*1.—El retracto en la legislación mexicana.—Leyes españolas y Códigos Civiles de 1870 y 1884.—El retracto litigioso.—El retracto convencional o retroventa.—El retracto marítimo. 2.—La expropiación privada en el derecho civil actual: el retracto arrendaticio en materia de condominio. 3.—Procedencia del retracto.—Su naturaleza jurídica. 4.—Cosas que están sujetas a retracto.—La universalidad del retracto. 5.—Sujetos del retracto. 6.—Los negocios jurídicos que dan apertura al retracto. 7.—Plazo para el ejercicio del retracto. 8.—Obligación de los fedatarios en casos de enajenación, de locales en condominio dados en arrendamiento. 9.—Ejercicio del retracto.—Técnica procesal. 10.—Obligaciones y derechos del retrayente. 11.—Obligaciones y derechos del retraído. 12.—Consideraciones finales.*

*1.—El retracto en la legislación mexicana.—Leyes españolas y Códigos Civiles de 1870 y 1884.—El retracto litigioso.—El retracto convencional o retroventa.—El retracto marítimo.*

El derecho de retracto, como forma de expropiación privada, tiene historia dentro de la legislación mexicana, toda vez que en México se vinieron aplicando las leyes forales españolas hasta la Independencia, y aun mucho después de ella (1870) aunque diversos gobiernos nacionales expidieron ordenanzas civiles circunstanciales, como los dos primeros libros de un Código Civil del Imperio que, preparados por

distinguidos juristas al servicio de Maximiliano, no tuvieron aplicación.

Las Leyes de Toro, las Partidas, la Nueva y la Novísima Recopilación tuvieron en cambio vigencia prolongada dentro de nuestras instituciones civiles. Autores como SALA (38), dedican largas páginas al estudio del retracto que conservaba en nuestra patria la misma fisonomía que fe hemos apreciado en España, al hacer su estudio en la última parte del capítulo primero.

Los nuevos conceptos de la Constitución de 1857 y la expedición del código Napoleónico habían marcado a la vida jurídica privada mexicana la necesidad de renovarse, y así, en 1870 apareció el primer Código Civil, el cual abolió las principales formas de retractos substituyéndolas con derechos de preferencia, y reservándose solamente el otorgamiento de dos formas de expropiación privada: el retracto litigioso y el pacto de retroventa. Ambas instituciones fueron conservadas en el Código de 1884 y desaparecieron con el vigente; haremos su estudio a continuación.

Los Artículos 1624 y siguientes del Código de 1884, tomados del de 70, consagran la vieja teoría expropiatoria de las obligaciones litigiosas establecida por constituciones imperiales de Anastasio y Constantino, que ya hemos reproducido. Por medio de este derecho de retracto el deudor de cualquier obligación litigiosa cedida por título oneroso, podía liberarse satisfaciendo al cesionario el valor que éste hubiese dado por ella, con los intereses y demás gastos que hubiese hecho en la adquisición. El fin a perseguir por esta clase de expropiación privada fue el evitar las medidas de especulación de los compradores de esta clase de créditos y evitar también la continuidad y abundancia de los procesos. De allí las excepciones tradicionales a la aplicación de este retracto, en los casos de que la cesión de la obligación litigiosa se hiciera a favor de coheredero o copropietario de la misma, en el del poseedor del inmueble objeto de este derecho, o como dación en pago.

El retracto de créditos litigiosos debería ejercitarse hasta antes de la conclusión del litigio por sentencia de última instancia.

Los Artículos 1699 y relativos al Código de Napoleón establecieron también este derecho, que nuestro Código Civil vigente ha suprimido, seguramente con el deseo de no poner trabas a la libre circula-

---

38.—Novísimo Sala Mexicano.—México 1870, Tomo I, página 500 y siguientes.

ción de los bienes, pero perdiendo de vista la finalidad social llenada por el retracto litigioso como forma de expropiar para liberarse de una obligación.

El pacto de retroventa de nuestros dos códigos civiles anteriores es ni más ni menos un retracto convencional. El Artículo 3035 del Código de 70 que equivale al 2901 del de 84, llama **retroventa** a la venta hecha con la condición de que dentro de un plazo determinado se pueda rescindir el contrato, devolviéndose respectivamente el precio y la cosa.

La teoría general del retracto convencional nos es muy valiosa, a pesar de la supresión de tal figura, porque es la única consagrada legislativamente que puede servir como documento interpretativo en caso de duda con respecto a otra clase de retractos.

El retracto convencional sólo podía tener lugar en bienes raíces y el plazo de ejercicio nunca podía ser mayor de cinco años, de tal manera que si el vendedor no hacía uso de su derecho en ese término, la venta quedaba irrevocablemente consumada.

El monto del rescate o indemnización expropiatoria comprendía el precio recibido, los gastos del contrato y los demás necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, respondiendo el retraído de los daños y perjuicios sufridos por la cosa mediando su culpa o negligencia.

La existencia del retracto convencional no significaba una prohibición al comprador para vender la cosa sujeta a retracto, pero de hecho fue siempre un obstáculo económicamente insuperable, ya que por disposición expresa de la ley, el retrayente podía demandar la cosa aunque se hallara en poder de tercero, aunque en el segundo contrato no se hiciere mención del pacto de retroventa.

Nuestras legislaciones civiles consagraron el principio de universalidad del retracto, esto es, la obligación del retrayente para redimir la totalidad de la cosa cuando sólo tenía derecho sobre parte indivisa, siempre y cuando el retraído hubiese consolidado la propiedad antes del ejercicio de su acción, por licitación o subasta.

Como corolario de este principio para los casos en la acción de retracto correspondiese pro-indiviso a varias personas, copropietarias o coherederas, se establecía que el retraído tenía la facultad de exigir el retracto total, o en otras palabras, que todos los facultados ejerceran su acción.

Esto no era aplicable en los casos en que la venta de cosa indivi-

sa se hiciese por separado con reserva de retroventa, pues en este caso el vendedor podía retraer su parte exclusivamente, y si el comprador o retraído había consolidado el dominio no podía exigirle la redención total.

El retrayente que recobraba la cosa vendida la adquiría libre de todo gravamen o hipoteca, impuestos por el comprador, pero estaba obligado a respetar los arrendamientos.

Respecto a los frutos la ley disponía que se prorratasen entre el retrayente y el retraído los existentes al momento del retracto, excepto si habían aprovechado al comprador en la venta original los que en ese tiempo hubiere, pues de ser así, los nuevos frutos acrecerían al que ejercitase el retracto en vía de compensación con los que dio al vender.

El Artículo 2302 del Código Civil actual ha extirpado el retracto convencional o venta a carta de gracia, ya que había venido siendo un fuerte instrumento de usura.

Sólo resta el retracto de comuneros del buque que hemos estudiado brevemente pero que es de escasísima aplicación.

## ***2.—La expropiación privada en el derecho civil actual: el retracto arrendaticio en materia de condominio.***

El retracto ha vuelto a la legislación civil mexicana a partir del 15 de diciembre de 1954. La "Ley Sobre el Régimen y Propiedad y Condominio de los Edificios Divididos en Pisos, Departamentos, Viviendas o Locales", establece esta figura jurídica en su Artículo 23.

Sin embargo el retracto cuyo estudio nos ocupa ya no es en cuanto a sus fines la misma institución individualista cuyos rasgos apuntamos antes. Sigue consistiendo, por cierto, en la facultad de expropiar, mediante la subrogación en un contrato con todas las obligaciones y derechos inherentes al mismo; pero la figura del retracto tiene como mira la protección a los derechos de preferencia por el tanto, y sólo puede ejercitarse en los casos de violación expresa de esta facultad.

Hemos de hacer notar que si la preferencia del arrendatario del local en condominio no es violada, y en caso de enajenación onerosa se le notifican las condiciones de ésta, la expropiación privada no le asiste.

No sucede tampoco en nuestra legislación lo que en la ley española en el caso del censo a primeras cepas, en el cual se dan los derechos de tanteo y retracto con carácter subsidiario, de tal manera que si el titular no ejerce la preferencia tras de la notificación que haya recibido, no pierde por ello su derecho a subrogarse en el contrato que se celebre.

También quede bien sentado que en materia civil el retracto establecido por el Artículo 23 de la ley de condominio es el único caso de expropiación privada.

Antes de estudiar lo más detalladamente que nos es posible nuestro retracto arrendaticio, hemos de consignar que técnicamente es la forma jurídica más efectiva para proteger a los sujetos activos de las preferencias por el tanto contra la violación de sus derechos, y concebido como lo estructura el Artículo 23 de la ley de condominio, tiene puntos que establecen verdaderas novedades en esta materia.

### 3.—*Procedencia del retracto.—Su naturaleza jurídica.*

El derecho de retracto sólo procede: a) Cuando un piso, departamento o local en condominio alquilado se enajene con infracción a lo dispuesto en el Artículo 22 de la ley citada, esto es, sin notificar al inquilino de las condiciones y términos del contrato a celebrar con una anticipación de diez días; b) Cuando llenados los anteriores requisitos, el inquilino manifieste su deseo de subrogarse en el contrato previa exhibición de su precio, dentro de los quince días siguientes a aquél en que haya tenido conocimiento de la enajenación.

Prescindiendo de la discusión sobre si el derecho de retracto es real o personal, toda vez que dicha distinción está en crisis y que lo que interesa al jurista es determinar los efectos y modalidades del derecho y no su clasificación al estilo botánico, opinamos que la naturaleza jurídica del retracto puede resumirse en los siguientes términos:

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

que detente jurídicamente la cosa y desposeerlo. Surte pues, efectos plenos contra tercero el derecho de retracto arrendaticio, pues el adquirente de la cosa en condominio que le haya sido vendida con infracción a la preferencia por el tanto del inquilino, tendrá que entregarla a éste si es vencido en juicio, no quedándole más derecho que recibir el precio y gastos útiles y necesarios por parte del retrayente, estando expedita la acción de repetir por daños y perjuicios en contra del vendedor.

#### *4.—Cosas que están sujetas a retracto.—La universalidad del retracto.*

Como ya hemos dicho son objeto del retracto arrendaticio los departamentos, pisos, viviendas o locales en condominio que se hubiesen enajenado con infracción de la preferencia del inquilino. Los muebles y demás accesorios que hubiesen sido dados en arrendamiento junto con el local, y se vendiesen, pueden ser objeto de preferencia y de retracto por parte del arrendatario, pues se encuentran inmovilizados por disposición de la ley.

Si en el contrato por el que se enajena el local sujeto a retracto se vendiesen otros inmuebles o muebles de cualquier naturaleza, es obvio que el retracto sólo podrá comprender a aquél.

Sin embargo, el llamado principio de la universalidad del retracto que tan claramente estudia POTHIER (39), nos indica que en el caso de que una misma persona sea arrendataria de dos o más locales en condominio y éstos se vendan a un mismo adquirente, éste tiene derecho a exigir, en caso de procedencia del retracto, la rendición de todos los locales o departamentos, pues de lo contrario no subsistiría para él el mismo interés económico.

#### *5.—Sujetos del retracto.*

En el retracto arrendaticio encontramos tres sujetos: a) el **retrayente**, o sea el inquilino cuyo derecho de preferencia ha sido violado y que se encuentra ante una enajenación de su local realizada por el dueño; b) el **retraído**, o sujeto tercero, ajeno a la relación del arrendamiento como no sea por prestaciones accesorias, y que deviene le-

39.—POTHIER. Obra citada, Traducción española, Capítulo III. Págs. 50 a 53.

gítimo propietario del piso o local a resultas de la enajenación infractora; c) por último, el **arrendador** o **propietario** del local en condominio, que lo enajena sin respetar la preferencia por el tanto de su inquilino.

En el sujeto retrayente debe converger la calidad de arrendatario del piso o local, pues no tienen derechos de preferencia ni de retracto los comodatarios, habitarios o cualquiera otra persona que detente la cosa por algún título jurídico o de hecho ajeno a las relaciones del contrato de arrendamiento.

Conforme al Artículo 2482 del Código Civil si el arrendador aprueba expresamente la cesión o el subarriendo efectuados por el inquilino, los cesionarios o subarrendatarios gozan de la preferencia y del retracto salvo reserva expresa en contrario.

El titular del retracto debe ejercerlo contra el legítimo propietario de la cosa, esto es, contra el sujeto adquirente. No necesita vencer en juicio al dueño, puesto que no persigue una acción de nulidad de la venta sino una simple subrogación, pero demandarlo conjuntamente para otros efectos tiene sus ventajas, como veremos más adelante. En el caso en que demande al propietario por daños y perjuicios causados por la violación de la preferencia tendrá entonces que hacerlo en la misma demanda de retracto en atención a obligaciones procesales.

Ya hemos dicho que el sujeto retraído tiene expeditas sus acciones contra el que le vendió para reclamarle jurídicamente la expropiación de que ha sido víctima.

#### **6.—Los negocios jurídicos que dan apertura al retracto.**

No sólo la venta lisa y llana del local sujeto a retracto da apertura a este derecho. Los contratos onerosos traslativos de dominio, en general, por los cuales de alguna manera se lleven a cabo los mismos efectos jurídicos que la venta, también sirven de punto de partida de la expropiación privada que nos ocupa como forma de reparar la violación experimentada.

Así, la dación en pago, el remate y venta en subasta, la cesión de los derechos sobre el local, la enajenación de títulos de crédito que puedan representar la propiedad del piso o departamento, la aportación a una sociedad de la titularidad sobre la cosa, etc., son también

negocios jurídicos que, si se celebran con infracción a la preferencia del inquilino sobre el local en condominio, dan apertura al retracto. No así la permuta por su especial naturaleza.

Las donaciones, la transmisión hereditaria y demás actos semejantes, no pueden equipararse a una enajenación onerosa y en consecuencia en estos casos no asistirá al inquilino ni el derecho de preferencia ni el de retracto.

Como bien decía, desde antes del Código de Napoleón, el insigne formador de la vieja teoría de los retractos —POTHIER (40)— la expropiación pública por causa de utilidad general no es tampoco un acto jurídico sobre el cual pueda alegar preferencia al arrendatario, y en general todo titular de derechos del tanto o retracto.

En el caso de ventas o enajenaciones sujetas a condición el problema se complica en cuanto a la procedencia del retracto, pero podemos distinguir la enajenación sujeta a condición suspensiva de la sujeta a resolutoria. En el primer caso el no otorgar el retracto equivaldría a dejar la puerta libre para la violación de los derechos del arrendatario, de tal manera que, considerando la venta perfecta hasta el cumplimiento de la condición suspensiva, lo más jurídico es concluir que deba comenzar a contarse el plazo para el ejercicio del retracto, si la operación ya fue conocida por el arrendatario, a partir de dicho cumplimiento.

En las enajenaciones sujetas a condición resolutoria el retracto puede y debe intentarse a partir del conocimiento del contrato, pero como el retrayente se subroga en todas las obligaciones del retraído, si se presenta la condición resolutoria ésta surtirá sus efectos contra él.

### **7.—Plazo para el ejercicio del retracto.**

No debe confundirse el plazo de diez días que tienen los inquilinos de un local en condominio que va a ser enajenado para ejercer su derecho de preferencia por el tanto, con el de quince días en que según el Artículo 23 de la ley respectiva, deben hacer uso del derecho del retracto con exhibición del precio.

En efecto, corren en contra del arrendatario cuya preferencia ha sido violada por cualquier causa (no sólo por falta de notificación)

---

40.—Pothier. Obra citada.



quince días naturales a partir del en que tenga conocimiento de la enajenación infractora. Pero, ¿desde cuándo corre este plazo? Según el Artículo 3003 y concordantes del Código Civil, las enajenaciones que deban registrarse sólo producen efectos contra tercero en cuanto estén registradas, y siendo el Registro Público de la Propiedad la forma de dar a conocer a la sociedad las operaciones de transmisión de dominio, entre otras, en estricto derecho puede afirmarse que los quince días para ejercer el retracto corren a partir de la fecha de inscripción. Esto sin perjuicio de que pueda probarse que él inquilino conoció la enajenación antes por otros medios.

Sin embargo, es notoria la deficiencia publicitaria del registro, sobre todo en ciudades de importancia considerable, ya que es remota la posibilidad de que el ciudadano común y corriente consulte con frecuencia los libros del registro en busca de movimientos y anotaciones que puedan interesarle. De este modo, como jurídicamente debe interpretarse ante la oscuridad del Artículo 23 de la ley citada que la fecha en que tiene conocimiento el inquilino debe coincidir con la de la inscripción de la operación violatoria, sería muy conveniente el establecimiento legislativo de una base más eficaz y práctica de la cual hacer depender el nacimiento del término para el ejercicio del retracto, ya que en la forma actual casi se hace nugatorio ese derecho.

Como antecedente histórico con referencia a los efectos del plazo para ejercitar el retracto, volvemos a recordar la Ley II, del Título XIII del Libro X de la Novísima Recopilación, en que se contiene la declaración del rey don Enrique IV, dada en Nieva, en el año de 1473, y por la que quedó establecido que el plazo de referencia sería de tal manera fatal que correría aun contra los menores y ausentes sin derecho a restitución alguna. Esta ley tuvo por objeto evitar el uso ilegal del retracto gentilicio o de abolengo, uso que consistía en que el hijo menor de edad o ausente, pariente directo en línea de quien enajenaba una finca de abolengo, pretendía retraerla diez o doce años después de la venta y cuando la finca había subido de valor por mejoras hechas o por el simple transcurso del tiempo, alegando que el término del retracto nunca podía correr contra él por estar ausente o haber sido incapaz. De esta manera, pagando un precio infinitamente menor al que tenía una heredad en el momento de la demanda de retracto, el hijo o pariente se hacía de ella, contra toda justicia.

Sobre la suposición de que en nuestro derecho sólo tiene facul-

tad de retracto el inquilino de locales en condominio, calidad que supone su capacidad legal para contratar, con lo que queda eliminado el problema puede darse, sin embargo, el caso de que el inquilino titular del retracto pierda su capacidad y no tenga representante legal dentro de los quince días que forman el plazo de ejercicio. En este caso, conforme al Artículo 1167, no puede correr la prescripción.

### **8.—Obligación de los fedatarios en casos de enajenación de locales en condominio dados en arrendamiento**

La parte final del Artículo 23 de la ley de condominio contiene un párrafo muy importante que viene a significar protección indubitable para el titular de los derechos de preferencia y retracto. Dice así: "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".

Esta prescripción constituye una verdadera novedad dentro del derecho mexicano en materia de preferencias y retracto, y es muy deseable llegue algún día a ampliarse a los otros casos. El fedatario tiene una responsabilidad profesional sancionable en forma administrativa y que consiste en verificar el respeto a las preferencias por el tanto de los inquilinos en materia de condominio cuando ante él se presenten escrituras de enajenación. Llega a decir la Ley que en caso de que la notificación que debe hacerse al inquilino se haya efectuado por conducto del administrador del edificio en condominio, el fedatario deberá cerciorarse precisamente de que dicha notificación fue realizada, con lo que se desvirtúa un poco la fuerza notificadora del administrador —que es muy discutible— pero se previene en forma enérgica la posibilidad de las muy frecuentes violaciones a los derechos de preferencia. Desgraciadamente la corta vigencia de esta ley, y en consecuencia de las figuras y disposiciones anteriores, impide mayor comentario práctico y nos ha negado el auxilio de la Jurisprudencia de la Corte.

### **9.—Ejercicio del retracto.—Técnica procesal.**

El ejercicio del derecho de retracto arrendaticio debe llevarse a cabo en la vía sumaria por tratarse de cuestiones accesorias al contrato de arrendamiento. Debe demostrarse en juicio la existencia del

acto infractor por el que se enajenó el local arrendado sin respetar el derecho del tanto. Debe exhibirse en la demanda el precio del contrato mediante un certificado de depósito o en cualquier otra forma legal, en la inteligencia de que si el precio es parte al contado y parte en abonos, deberá exhibirse solamente la cantidad pagada de contado y las de los abonos vencidos a la fecha del ejercicio del retracto, debiendo el juez calificar las fianzas o seguridades que preste el retrayente para realizar el pago del resto.

La acción de retracto se endereza contra el tercer adquirente con el objeto de subrogarse a él en todos los derechos y obligaciones. El adquirente es el expropiado, el inquilino es el expropiante y el precio de contrato y accesorios constituye la indemnización. Jurídicamente, pues, el único que tiene que ser demandado es el adquirente, sin embargo existe una grave dificultad procesal: la prueba del incumplimiento por parte del enajenante para que éste —si niega el incumplimiento— se arroje a sí mismo la carga de la prueba, toda vez que dicha negación involucra la afirmación expresa de un hecho, de acuerdo con la Fracción I del Artículo 282 del Código de Procedimientos Civiles. Como el incumplimiento de toda obligación hace nacer a la contraparte un derecho a ser indemnizado, podrá demandarse al dueño por daños y perjuicios, así como pedirle la rescisión del contrato de arrendamiento respectivo.

Debe demandarse también, a virtud de la acción de retracto, al C. Director del Registro Público de la Propiedad, de acuerdo con el Artículo 3008 del Código Civil, y la demanda será motivo de una inscripción preventiva.

Encontramos una grave dificultad práctica para el ejercicio efectivo del retracto en el caso de que el adquirente haya cedido o enajenado el local o piso antes de la interposición en tiempo de la demanda expropiatoria. ¿A quién debe demandarse? ¿Cuál es el precio base de la indemnización?

Nuestra opinión es en el sentido de que, salvo reforma expresa de la ley, el retracto no le es oponible sino al que contrató directamente con el dueño obligado a respetar el tanteo. El tercero ajeno al contrato original que adquiere de quien tenía derecho de disposición según inscripción en el Registro Público, debe reputarse de buena fe, siéndole inoponible el derecho del retrayente a menos que resulte de causas provenientes claramente del propio Registro, esto es que de las

anotaciones registrarias pudiera tener conocimiento el nuevo comprador que el local que va a adquirir está sujeto a retracto por no haber pasado aún los quince días que marca la ley para su ejercicio.

El o los sujetos retraídos tienen acción de daños y perjuicios contra su o sus enajenantes, estándose en el caso de saneamiento por causa de evicción. Para que la sentencia de evicción le pare perjuicio al enajenante, éste deberá ser citado oportunamente al juicio de retracto, conforme al Artículo 22 de nuestra ley procesal.

### ***10.—Obligaciones y derechos del retrayente.***

Ya hemos dicho en repetidas ocasiones que el retracto es un derecho de subrogarse en la contratación, por lo que el retrayente tendrá todos los deberes y las facultades que se imponen y conceden por ley, costumbre o pacto a su subrogado. En especial las obligaciones del retrayente consisten en: a) el pago del precio en la forma y términos estipulados en el contrato; b) el pago de los gastos necesarios y útiles hechos por el adquirente en la cosa, y c) el pago de los gastos del contrato en la medida del mismo. Entre las cargas adjetivas más importantes insistimos en la exhibición del precio al momento de presentar la demanda, que de lo contrario debe ser desechada toda vez que este requisito legal ha sido puesto para prestarle seriedad a la reclamación.

No puede alegar el retraído que la cosa ha subido de precio por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, pues el retrayente es un expropiante que indemniza al retraído en la medida de su propia voluntad, ya que el precio fijado en el contrato infractor de la preferencia, lo ha sido con el consentimiento expreso de éste.

El retrayente puede impugnar el precio que figura en el contrato si se ha elevado con propósito de defraudarle, pero deberá probar estos extremos, de tal manera que, en su caso, el Juez debe condenar al retraído a recibir como indemnización el precio que realmente hubiese dado al enajenante. Es obvio que esta acción tiene dificultades probatorias muy considerables, pero es también muy frecuente la burla, simulación y engaño que envuelven los contratos con respecto al precio, sobre todo teniendo en cuenta que con su alza artificial puede evadirse el cumplimiento de los derechos de preferencia por el tanto, y en consecuencia de los de retracto.

Por último, si se ha incluido dentro del precio alguna carga im-

puesta al comprador, como liberación de hipoteca, etc., y esta carga ha sido cumplida, el retrayente debe indemnizar al retraído de los gastos hechos al respecto.

### **11.—Obligaciones y derechos del retraído.**

El comprador desposeído por el retracto tiene derecho a obtener una indemnización equivalente al precio pagado, y a los gastos hechos por él, conforme a lo expuesto en el punto superior.

Tiene la obligación de entregar la cosa al ser requerido para ello tras la sentencia definitiva que otorgue la razón jurídica al retrayente. Mientras tanto responde de los daños que la cosa sufra por su culpa o negligencia y si la cosa perece por causa de fuerza mayor o por caso fortuito, perecerá para él, quien sigue siendo dueño legítimo hasta la ejecutorización del fallo.

Los contratos como el de arrendamiento que hayan sido celebrados durante el tiempo en que el retraído tuvo la cosa, deberán ser respetados por el retrayente.

Quedan a salvo los derechos del retraído para ejercitarlos contra quien la enajenó, quien está obligado al saneamiento para el caso de evicción y al pago de daños y perjuicios.

### **12.—Consideraciones finales.**

El retracto, o expropiación privada por causa de utilidad social, ha sido un plausible adelanto en la legislación civil mexicana en cuanto se ha establecido como sanción jurídica a la violación de los derechos de preferencia por el tanto de los arrendatarios de locales en condominio. Es deseable se extienda a los demás casos de tanteo. No debe confundirse con la acción de nulidad que prescribe el Código Civil en otras circunstancias (Arts. 711, 973, 1292, etc.) sino que constituye una figura nueva, ya que sólo se han conocido con anterioridad los retractos convencional y de créditos litigiosos, excepto cuando estuvieron en vigor en nuestra Patria las leyes españolas, y el retracto marítimo.

La acción de retracto merece una reglamentación minuciosa. El procedimiento debe ser especial, como en el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, que le dedica el Título 13, Artículos 673 a 690, al llamado "juicio de retracto".

## CAPITULO IV

**1.—El Estado, el retracto y las preferencias por el tanto.**  
**2.—El retracto de utilidad pública.—El derecho feudal francés.**  
**3.—Coexistencia del retracto de utilidad pública y de la expropiación pública.—Semejanza y diferencias.—Derecho español: Las Leyes antiguas; la ley de julio de 1911; la ley agraria republicana de 1932. El artículo 99 de la Constitución Polaca de 1921.** 4.—Posibilidad de acción del retracto de utilidad pública en derecho mexicano.—Bases Legislativas.

### **1.—El Estado, el retracto y las preferencias por el tanto.**

En capítulos anteriores hemos hablado ya de preferencias por el tanto en materia administrativa, en las que figura como titular de dicha facultad el Estado. Sistematizando nuestro estudio hemos de referirnos concretamente a dos problemas: ¿Es el Estado titular de las preferencias y retractos civiles? ¿Existe, además de las preferencias administrativas ya vistas, un derecho de retracto que sólo compete al Estado?

Sobre la primera cuestión nos ocurre inmediatamente que el Estado es o puede ser titular de las preferencias por el tanto y el retracto en materia civil en cuanto esté sometido por propia voluntad a dichas leyes. En otras palabras, en aquellas relaciones en que el Estado se reconozca a sí mismo la obligación de no hacer valer su soberanía por encima del derecho común, está en posibilidad de ser sujeto activo

y pasivo de preferencias y retractos. La Ley de Bienes Nacionales establece que las relaciones jurídicas sobre los bienes del dominio privado de la Federación están sujetas al Código Civil Federal. En consecuencia en estos casos, el Estado, como cualquier sujeto privado tiene los derechos de preferencia por el tanto y retracto si se encuentra en los supuestos jurídicos que los hacen nacer. Igualmente deberá respetar esos derechos cuando se encuentren en el patrimonio de los particulares con relación directa a él. Así, si por ejemplo, el Estado alquila un piso en condominio, tendrá preferencia por el tanto en caso de venta, y el derecho de retracto como medida sancionadora a la infracción posible de su preferencia.

En cuanto al segundo problema, hemos de introducir en este capítulo el desarrollo de una institución expropiatoria que tiene como único titular al Estado y que no es la expropiación pública en sentido estricto: el retracto de utilidad pública. Dicho retracto no difiere en sus rasgos esenciales de los que ya hemos estudiado, pues consiste también en el derecho a subrogarse en un contrato, sólo que aquí el único retrayente es el Estado. El retracto de utilidad pública no se encuentra consagrado en la legislación mexicana, pero lo estudiamos en sus antecedentes evolutivos porque ha sido aplicado con buen éxito en otros países como una expropiación pública de caracteres menos rigurosos.

## **2.—*El retracto de utilidad pública.—Antecedentes bíblicos.— El derecho feudal francés.***

Las ideas consignadas en este ensayo al respecto de nuestra figura a estudiar, han sido guiadas absolutamente por el que quizá es el único estudio jurídico de la misma, o sea el valiosísimo artículo del profesor argentino JULIO SAGER, titulado "El Retracto de Utilidad Pública", y que publicó en el Tomo XIII de los Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, en 1943.

Por el retracto de utilidad pública, el Estado se subroga a los particulares en determinados contratos previstos en la Ley, asumiendo todos sus derechos y obligaciones.

MERLIN (41) quiere ver el antecedente remoto del retracto de utilidad pública en el Versículo 22 del Capítulo XXI del Libro I de los Paralipómenos, en cuyo versículo y siguientes hasta el 25, refiere la Biblia que el Señor ordenó a David erigir un templo en la era de un jebuseo llamado Ornán, y que David le dijo al dueño: "Dame tu era para erigir un templo recibiendo su valor en dinero contante, porque no debo yo quitártela a ti y ofrecer así al Señor holocaustos que no me cuesten nada"...

Como se ve el pasaje es confuso y no nos sirve para calificarlo como antecedente directo del retracto de utilidad pública ya que en todo caso se trataría de una expropiación directa, toda vez que en el retracto debe haber la intención previa del retraído para desposeerse de sus bienes por medio de un acto jurídico, en el que se subroga el Estado.

Sin embargo, sí se sabe que en la Edad Media fue pública la facultad del rey y de las ciudades o municipalidades, para quedarse con los bienes que iban a ser enajenados por sus dueños y que podían satisfacer una necesidad general. Por ejemplo: en el año de 1303 el rey Felipe el Hermoso expidió una ordenanza inserta en el Antiguo Estilo del Parlamento de París (parte 3, Título 45, Cuestión 47) por la que daba la facultad de retraer por causa de utilidad pública las heredas que vendieran sus dueños y que necesitasen; "...para cosa no superflua...", las iglesias o villas.

En 1504, una ejecutoria francesa transcrita por LOUET (42) condenó a un particular a vender su jardín contiguo a un cementerio a las autoridades del municipio, en vez de a un particular.

En 1640, el Colegio de Navarra, en París, obtuvo la adquisición de la Rue Clopin, para unir su edificio con el del Colegio Boncour.

Las costumbres francesas otorgaron el retracto de utilidad pública, en términos semejantes a los que emplea para ello la costumbre de Artois, comentada por MAILLART (43), y que son los siguientes: Título III, Número 5: el retracto de utilidad pública es "...la facultad que el rey, la iglesia, o las ciudades tienen de hacerse subrogar

---

41.—MERLIN M. Repertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence.—Quinta Edición, Tomo XV, Págs. 243 y siguientes.—París 1828.

42.—LOUET. Citado por Merlin. Ob. Cit. Pág. 247.

43.—MAILLART. Citado por Sager. Obra Citada. Pág. 729.



en la compra y de adquirir la propiedad de una heredad conlindante o que se haya hecho necesaria para fortificaciones, para la edificación de un templo, para el ornamento de un lugar, de una ciudad, de un palacio real o de un colegio”.

**3.—Coexistencia del retracto de utilidad pública y de la expropiación pública.—Semejanzas y diferencias.—Derecho español: las leyes antiguas, la ley de julio de 1911, la ley agraria republicana de 1932.—El Artículo 99 de la Constitución Polaca de 1921.**

La expropiación pública en sentido estricto vino a relegar a un segundo plano al retracto de utilidad pública, pues como es natural aquélla tiene mayores alcances que éste. Sin embargo, es el fin de este estudio tratar de demostrar que la expropiación y el retracto estatal pueden coexistir en una legislación positiva, persiguiendo idénticas metas jurídicas y económicas aunque alcanzándolas por diverso camino.

En efecto, la expropiación pública, como la concibe por ejemplo nuestro Artículo 27 Constitucional y su Ley reglamentaria, supone la existencia de una causa de utilidad general que produce la necesidad de que el Estado se haga de un bien o derecho pagando una indemnización justa, y supone también que esos bienes y derechos se encuentran estáticos, es decir, en poder de su dueño o titular quien no desea desprenderse de ellos. Por eso, incluso, la expropiación ha sido llamada “venta forzada”, ya que la voluntad del particular no influye ni de manera indirecta en la medida expropiatoria de índole pública.

Esta es una de las principales diferencias entre retracto de utilidad pública y expropiación, pues mientras el primero inside sobre la propiedad dinámica, en movimiento, que va a transmitirse, la segunda recae, como hemos dicho, en la propiedad estática, inmóvil. En el retracto el Estado se subroga en un contrato que ya ha tenido intención de celebrar el propietario de un bien, y le indemniza cumpliendo todas las obligaciones contractuales con las que el particular ha estado ya de acuerdo, especialmente con el precio de la cosa.

Otra diferencia consiste en que los sujetos que contratan sobre un bien o derecho que puede ser retraído por el Estado ya saben que los negocios jurídicos que celebren pueden tener como consecuencia

precisamente esa subrogación, en tanto que la expropiación llega inesperadamente, sin que el particular —por lo general— pueda preverla.

La expropiación pública y el retracto de utilidad general tienden a realizar el mismo fin y objeto: la apropiación, por parte del Estado, de bienes individuales para destinarlos a una función de beneficio colectivo. La indemnización es una nota semejante también en las dos instituciones, sólo que en el retracto es más justa, pues ha sido fijada por el dueño muy pocos días antes de la subrogación estatal y siempre la recibe en forma concomitante a ésta, pues ya sabemos que una de las características del ejercicio de los retractos es la exhibición del precio.

Puede decirse también con una frase afortunada del profesor Sager que: "...En la expropiación predomina el factor necesidad; en el retracto, la oportunidad".

El retracto de utilidad pública puede ser empleado principalmente en los casos de enajenaciones de metales preciosos, divisas, monumentos arqueológicos o históricos, piezas de arte o fama, bienes raíces que por su ubicación o por cualquier otra característica convenga adquirir al Estado, instalaciones fabriles importantes, etc., en suma todos aquellos bienes de propiedad particular que el Estado necesite adquirir o le convenga hacerlo en el momento en que los mismos son transmitidos a otro particular o Estado. La medida tiene la ventaja de ser menos rigurosa que la expropiación pública, más equitativa, y desde luego con ella se logran fines indirectos, como la declaración de los valores reales en las enajenaciones de bienes sujetos a retracto público, lo que evita defraudación fiscal; control de la nacionalidad de los propietarios de los bienes, etc.

El retracto de utilidad pública ha sido aplicado con buen éxito por diversas leyes españolas, al igual que los tanteos o preferencias de utilidad pública que hemos visto al final del capítulo primero y que fueron concedidos por la legislación foral o comerciantes y productores de artículos como la lana, la seda, la sosa, el trapo para papel, el lino, etc. (Novísima Recopilación, Libro X, Título XIII, Leyes X a la XXI).

En efecto, una ley española de julio de 1911 concede al Estado el derecho de retracto en los casos de venta o exportación de hallazgos obtenidos por excavaciones arqueológicas, con el objeto de defender "...el depósito sagrado del arte patrio". El Artículo 21 del regla-

mento de esta ley dice textualmente: "El Estado se reserva los derechos de tanteo y retracto en las enajenaciones que los poseedores de antigüedades puedan otorgar, debiendo ejercitarse el de...retracto dentro de los veinte días útiles siguientes a la venta... El Ministerio podrá acordar la substitución de su derecho de tanteo y retracto en las 'corporaciones oficiales'".

La Ley de la Reforma Agraria de 1932, aprobada por la República Española, en su base cincuenta y nueve, establecía: "Serán susceptibles de expropiación los terrenos incluidos en los siguientes apartados: 2.—Los que se transmitan contractualmente a título oneroso, sobre los cuales, y a este sólo efecto, podrá ejercer el Estado el derecho de retracto en las mismas condiciones que determine la ley civil vigente".

El Artículo 99 de la Constitución Polaca de 1921, referente a la reforma agraria, aplicaba también la figura jurídica que estudiamos, al decir: "Las leyes determinarán la medida en la cual el Estado tiene derecho a proceder a la retroventa forzosa de la tierra y regular el traspaso..." Comentado por MIRKINE GUETZEVICH (44).

En suma, el retracto de utilidad pública ha sido empleado en muchos países como forma atenuada de expropiación, sobre el factor oportunidad.

#### **4.—Posibilidad de acción del retracto de utilidad pública en derecho mexicano.—Bases legislativas.**

Coexistiendo con la expropiación pública, el Estado mexicano podría servirse prácticamente del retracto que nos ocupa, ya sea en forma directa o en combinación con derechos de preferencia por el tanto. Se podría sacar mucho partido del retracto estatal para la adquisición de bienes enajenados por sus dueños y cuya tenencia pudiese ser aprovechable para cubrir funciones de beneficio colectivo; en los casos de transmisión onerosa de concesiones de servicio público; en los de venta de bienes afectos a la prestación de un servicio público concesionado; en las enajenaciones de bienes de valor histórico o artístico, muchos de los cuales han sido vendidos a extranjeros y exportados impunemente del país; en suma, en todas aquellas enajenaciones

---

44.—MIRKINE-GUETZEVICH.—Las nuevas constituciones del mundo.—España 1931.

o transmisiones de bienes o derechos cuya adquisición fuera oportuna y benéfica para los fines del Estado.

Las bases legislativas serían sencillas. El Estado o la entidad o persona por él designada (como en los casos de expropiación) podría subrogarse en las transmisiones onerosas de los bienes y derechos estatuidos en una ley a este propósito, comprobando la utilidad pública de tal subrogación.

El plazo sería breve: ocho o diez días después de que el Estado tuviese conocimiento de la enajenación.

El procedimiento sería administrativo y podría establecerse un recurso de la misma índole en contra del retracto, así como el derecho de retrocesión o reversión si dentro de un término prudente el bien retraído no hubiese sido destinado al fin de utilidad colectiva que el Estado hiciera valer al momento de ejercitar el retracto o la exhibición del precio.

Una institución feudal, vendría así, a ser el vehículo de satisfacción de muchos intereses colectivos modernos sin tener que emplear la medida, más rigurosa, de la expropiación pública.

## CONCLUSIONES

### Capítulo Primero

El retracto es una forma de expropiar mediante una subrogación contractual. En cuanto el sujeto retrayente es por lo general un particular, le hemos llamado expropiación privada, pero ello no quiere decir que el Estado y organismos públicos no pueden servirse del retracto, como se verá en el capítulo cuarto.

El retracto tiene antecedentes remotos en la legislación mosaica, pero se desenvuelve y configura definitivamente en la época feudal. El derecho costumbrista francés conoció más de veinte especies de retractos. El foral español consagró algunos muy importantes que llegaron a tener aplicación en nuestra patria.

El retracto, en derecho moderno, no se otorga directamente; nace por lo general como sanción a las infracciones de las "preferencias por el tanto".

### Capítulo Segundo

Las preferencias por el tanto son facultades para contratar antes que otro en igualdad de condiciones, previa notificación de las mismas. No consisten en subrogaciones contractuales, como los retractos, sino—como su nombre lo indica—en preferencias o prelaciones para celebrar el negocio jurídico.

Son herencia pura del derecho foral español, y el Código Civil Actual (1928) las ha procurado adaptar al cumplimiento de fines de interés colectivo y de justicia social, aunque su técnica es, a veces, muy oscura.

Las consecuencias a las diversas infracciones de los derechos de preferencia por el tanto se reducen a tres: a) la nulidad relativa de contrato; b) la acción de daños y perjuicios en favor del titular de la preferencia violada y c) el retracto, este último sólo en los casos de arrendamiento de locales en condominio, según la ley de 15 de diciembre de 1954.

Existen otros interesantes derechos de preferencia por el tanto, en las materias mercantil, bancaria y administrativa, y hasta un verdadero retracto de comuneros en derecho marítimo.

### Capítulo Tercero

El retracto en la legislación civil mexicana ha estado presente hasta la abolición de la retroventa y del retracto de créditos litigiosos, por el Código Civil de 1928, pero

ha regresado a ella en 1954. El retracto arrendaticio de locales en condominio se otorga en los casos de violación de derechos de preferencia por el tanto por medio de una enajenación onerosa del local arrendado. El retrayente puede subrogarse al tercero adquirente pagándole el precio y accesorios, y haciendo suya la cosa.

La técnica del retracto—compleja de por sí—da lugar a diversos problemas prácticos que una reforma de la ley debe subsanar. La forma procesal de su ejercicio debe ser también minuciosamente reglamentada.

### **Capítulo Cuarto**

El Estado puede aprovechar el retracto como expropiación por causa de utilidad pública de algunos bienes en el momento en que son enajenados onerosamente a terceros, evitándose así el rigor de la expropiación pública, en sentido estricto.

## BIBLIOGRAFIA

### Capítulo Primero

- 1.—Pothier.—"Coutume D'Orleans". Tomo I. Paris 1861.
- 2.—Pothier.—"Traité des Retraits". Tomo III. Paris 1861.
- 3.—Dalloz.—"Repertoire". Tomo XXIX. Paris.
- 4.—Planiol-Ripert.—"Derecho Civil". Tomo IV. Cuba 1945.
- 5.—Escriche.—"Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Madrid 1878.
- 6.—García Goyena, Florencio.—"Comentarios, Motivos y Concordancias del Código Civil Español". Tomo III.
- 7.—Riaza, Narciso.—"Los Retractos. Errores Dominantes Sobre la Materia". Madrid 1919.
- 8.—Castán Tobenas.—"Derecho Civil, Común y Foral". Tomo III.
- 9.—Antonio Brunetti.—"Derecho Civil".
- 10.—"Enciclopedia Espasa Calpe. Tomo L. ver. retracto.
- 11.—Merlin M.—"Repertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence". Quinta edición. Tomo XV. Paris 1828.
- 12.—La Sagrada Biblia. Libros Levítico y de Ruth. trad. vulgata.
- 13.—Weckman Luis.—"La Sociedad Feudal". Jus. México 1944.
- 14.—Bonnetcase Julián.—"Derecho Civil". Tomo IV. Puebla. México 1945.
- 15.—Laurent F.—"Principes de Droit Civil Français". Paris 1878.
- 16.—Lebrun.—"Des Sucessions. Libro IV. Paris.
- 17.—"Novisimo Sala Mexicano". Tomo I. México 1870.

### Capítulo Segundo

- 18.—Vázquez del Mercado, Alberto y Oscar.—"El Retracto". Revista El Foro de abril-diciembre de 1954. México.
- 19.—Diccionario de Derecho Privado. Labor. 1950. ver. tanteo.
- 20.—Solana Carrillo, Gastón.—"Notas para un Estudio de los Derechos de Tanteo y Retracto". Tesis. México 1944.

- 21.—Colin Ambrose y Capitan Henri.—"Curso Elemental de Derecho Civil". Tomo VII. trad. española.
- 22.—Baudry-Lacantinerie.—"Tratado de Derecho Civil". Tomo IX.
- 23.—Radbruch, Gustavo.—"Introducción a la Filosofía del Derecho". Fondo de Cultura Económica. México.
- 24.—Espinosa Barrios, Alvaro.—"Observaciones a la Jurisprudencia sobre Arrendamientos". Resumen de conferencia publicada el 1º de octubre de 1954. Boletín de Información Judicial, número 88. México.
- 25.—Battle V., Manuel.—"Propiedad de Casas por Pisos". Madrid 1954.
- 26.—Los números 4, 5, 6, 8, 9, 14, 15, 16 y 17 del Capítulo I.

### **Capítulo Tercero**

- 27.—La misma bibliografía del Capítulo I, y números 18, 19 y 20 del Capítulo II.

### **Capítulo Cuarto**

- 28.—Sager, Julio.—"El Retracto de Utilidad Pública". Tomo XIII de los Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. Argentina 1943.
- 29.—Mirkine-Guetzevich.—"Las Nuevas Constituciones del Mundo". España 1931.

### **BIBLIOTECAS**

Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad Universitaria. México, D. F.

Seminario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNAM. Ciudad Universitaria. México, D. F.

Biblioteca del Congreso de la Unión. México, D. F.

Biblioteca particular de don José A. Escandón Rubio, a quien agradezco especialmente sus atenciones.



# INDICE

## CAPITULO I

1.—Concepto de expropiación privada. Expropiación privada frente a expropiación pública. 2.—El Retracto. Etimología. Generalidades. 3.—Definiciones. 4.—Orígenes: Las Leyes Mosaicas. 5.—El Derecho Romano. 6.—Condiciones sociales que favorecieron su desenvolvimiento en las legislaciones medievales. El Derecho feudal francés. Clases de retractos. 7.—El retracto en el Derecho feudal español. Tanteo y retracto. . . . . Pág. 9

## CAPITULO I.

1.—El derecho de preferencia por el tanto. El porqué de esta denominación. Confusiones del Código Civil vigente a este respecto. 2.—Distinción entre las preferencias por el tanto y el retracto. Coexistencia de ambas figuras en la legislación española, sin carácter subsidiario. Las preferencias en los Códigos Mexicanos de 1870 y 1884. 3.—El porqué de las preferencias por el tanto. División de las preferencias legales y contractuales. 4.—Preferencias legales. El derecho de preferencia por el tanto de los colindantes de ex vías públicas enajenadas. 5.—La preferencia por el tanto de los copropietarios. 6.—La preferencia por el tanto de los usufructuarios. 7.—La preferencia por el tanto de los herederos. 8.—La preferencia por el tanto de los socios civiles. 9.—La preferencia por el tanto de los arrendatarios, y en especial en materia de condominio. 10.—Las preferencias de aparceros y aparceristas. 11.—Las preferencias contractuales. El pacto de preferencia. 12.—Breve referencia a las preferencias por el tanto en materia mercantil y bancaria. 13.—Las preferencias por el tanto en las relaciones administrativas. 14.—Panorama general de las preferencias civiles. Intento de sistematización. 15.—Consecuencias de la violación de los derechos de preferencia por el tanto en materia civil: a) acción de nulidad; b) acción de daños y perjuicios; c) retracto. . . . . Pág. 37

### CAPITULO III

1.—El retracto en la legislación mexicana.—Leyes españolas y Códigos Civiles de 1870 y 1884.—El retracto litigioso.—El retracto convencional o retroventa.—El retracto marítimo. 2.—La expropiación privada en el derecho civil actual: el retracto arrendaticio en materia de condominio. 3.—Procedencia del retracto.—Su naturaleza jurídica. 4.—Cosas que están sujetas a retracto.—La universalidad del retracto. 5.—Sujetos del retracto. 6.—Los negocios jurídicos que dan apertura al retracto. 7.—Plazo para el ejercicio del retracto. 8.—Obligación de los fedatarios en casos de enajenación, de locales en condominio dados en arrendamiento. 9.—Ejercicio del retracto.—Técnica procesal. 10.—Obligaciones y derechos del retrayente. 11.—Obligaciones y derechos del retraído. 12.—Consideraciones finales. . . . . Pág. 93

### CAPITULO IV

1.—El Estado, el retracto y las preferencias por el tanto. 2.—El retracto de utilidad pública.—El derecho feudal francés. 3.—Coexistencia del retracto de utilidad pública y de la expropiación pública.—Semejanza y diferencias.—Derecho español: Las Leyes antiguas; la ley de julio de 1911; la ley agraria republicana de 1932. El artículo 99 de la Constitución Polaca de 1921. 4.—Posibilidad de acción del retracto de utilidad pública en derecho mexicano.—Bases legislativas. . . . . Pág. 93