

320809

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO



PLANTEL TLALPAN
ESCUELA DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

61
205

ANALISIS DE LA PROBLEMÁTICA DEL DERECHO
DEL TANTO COMO UNA MODALIDAD DE LA
PROPIEDAD

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

MA. CRISTINA ALEJANDRA ZERECERO RUIZ

ASESOR DE TESIS,
Lic. Joaquín Barrera Martínez



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ANALISIS DE LA PROBLEMATICA DEL DERECHO DEL TANTO
COMO UNA MODALIDAD DE LA PROPIEDAD

INDICE

Pág.

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO DEL TANTO

| | |
|------------------------|----|
| 1.- ASPECTOS GENERALES | 2 |
| a. Derecho Romano | 2 |
| b. Derecho Aleman | 10 |
| c. Derecho Español | 13 |
| 2.- DERECHO MEXICANO | |
| a. Epoca Prehispanica | 20 |
| b. Epoca Colonial | 22 |
| c. Epoca Independiente | 32 |

CAPITULO II

PROBLEMATICA DEL DERECHO DEL TANTO
COMO UNA MODALIDAD DE LA PROPIEDAD

| | |
|---|----|
| 1. EL DERECHO DEL TANTO COMO UNA MODALIDAD DE LA PROPIEDAD. | 39 |
| 2. EL DERECHO DEL TANTO EN LA COMPRAVENTA | 51 |
| 3. EL DERECHO DEL TANTO EN LA COPROPIEDAD | 58 |
| 4. LA CONTROVERSIDA ENTRE EL DERECHO DEL TANTO QUE TIENEN LOS DIVERSOS INQUILINOS DE UN MISMO INMUEBLE. | 62 |

| | |
|---|------|
| | Pág. |
| 5. LA CONTROVERSI A ENTRE LOS DERECHO DEL TANTO QUE TIENEN EL COPROPIETARIO Y EL INQUILINO | 69 |

CAPITULO III

EFFECTOS QUE SE DAN EN EL DERECHO DEL TANTO

| | |
|--------------------------------------|----|
| 1. NULIDADES, RELATIVA Y ABSOLUTA | 76 |
| 2. PROCEDENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS | 86 |
| 3. EL DERECHO DE RETRACTO | 90 |

CAPITULO IV

ACCIONES PROCESALES

| | |
|----------------------|-----|
| 1. TIPOS DE ACCIONES | 98 |
| 2. SU FUNDAMENTO | 107 |
| 3. LA PRUEBA | 117 |

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

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

Uno de los principales propositos de este trabajo, es expresar algunos puntos con relación al tema que he de enfocar con respecto al Derecho del Tanto, en el cual analizo que para nuestra actual legislación esta considerado el Derecho del Tanto como una modalidad de la propiedad en cuanto que restringe los atributos del propietario al imponerle una abstención en favor de determinadas personas.

También observo que la finalidad primordial del Derecho del Tanto, es el de revertir a la propiedad a su estado puro o natural, y en algunos casos a restituir la propiedad a quien, con causas justificadas se vio privado de ellas; o a sus causahabientes.

Dentro del contenido del derecho del tanto, señalo que es una obligación para el sujeto pasivo de abstenerse de celebrar contratos onerosos con terceros, sin antes notificar a determinadas personas las bases o condiciones en que pretende enagenar sus bienes o derechos, otorgando correlativamente a la contraparte un derecho subjetivo personal.

De igual forma, realizo el estudio del porque el no ejercicio del derecho del tanto trae consigo su prescripción, por tanto la acción que resulta del incumplimiento del Derecho del Tanto

to generalmente será la nulidad, en virtud de la cual las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes del contrato y en algunos otros casos la acción de daños y perjuicios, la rescisión y sólo en materia de condominios el Retracto, que en la actualidad no ha quedado más que como una sanción al incumplimiento del Derecho del Tanto.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO DEL TANTO

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

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

a. Derecho Romano.- Entre los romanos, en las etapas primitivas, no se dió cabida a la institución del derecho del tanto, por lo menos no existe noticia de que esto haya sucedido en la época de la República, según se desprende de las narraciones de Tito Livio y Cicerón, entre otros, el principal interés de los romanos se cifró en el logro de la certeza y publicidad del derecho, lo que originó que se precediera a la recopilación conocida con el nombre de las Doce Tablas. Por otra parte, se luchaba también por la igualdad entre patricios y plebeyos, lucha que, no era compatible con el establecimiento de privilegios y derechos de preferencia. Se puede decir, asimismo, que en la etapa anterior a la República, la de los reyes, tampoco el derecho consuetudinario romano conoció la institución del derecho del tanto, pues si las Doce Tablas fueron una recopilación de las costumbres anteriores a la República, lógico es que, de haber existido el derecho del tanto en dicha época, hubiere -

aparecido en las Doce Tablas. De todas manera, no existe vestigio alguno de su existencia en dicha etapa histórica.

Durante la República, la preocupación de los romanos por lograr la certeza y publicidad del derecho no se estancó ahí, sino que pretendió alcanzar la aspiración de todo derecho nacional: la peculiaridad y la distinción con respecto a los derechos de otros países y, si bien es cierto que, para la recopilación de los decenviros se tomó en cuenta no sólo los usos de la época de los reyes, sino que, además, se enviaron tres patricios a Grecia para que estudiaran las leyes de Solón y de Licurgo, esto más bien se hizo en espíritu de crítica y no con miras a una adaptación extralógica, según se desprende de las instituciones que se establecieron. Por ejemplo, fue substituido "el matrimonio natural por un matrimonio de ciudadanos (*ustae nuptiae*); el parentesco natural por uno de los ciudadanos (*agnatio, gens*); colocaron en lugar de la propiedad ordinaria, una propiedad de ciudadanos (*mancipium*, más tarde *mancipatio*); en fin, en lugar de las vinculaciones jurídicas naturales, vinculaciones de ciudadanos (*nexum o nexus*)". Todo esto fue conformando un derecho romano que, al recibir la influencia de la filosofía, daría cabida a una teoría de las obligaciones intimamente ligada con las características específicas del derecho de propiedad y de la singular organización de la familia.

Por lo que se refiere al derecho de propiedad, por una parte, se votan diversas leyes agrarias, entre ellas la de -

Licinia, que limito a la propiedad a 500 lugeras, la que cayó en desuso, pues el primero en violarla fue Licinio, quien - detentaba el doble y fue acusado de obrar en fraude de su ley cuando emancipó a su hijo para que poseyera la parte de excedente de la superficie permitida. Después aparecen otras leyes que también limitan la extensión de la propiedad, como las Sempronia Agraria, Thoria Agrarias, Rogatio Marcia, Titia, Livia, Rogatio Servilia, proyecto de ley Flavia y Julia Agraria.

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

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

Sin embargo, poco a poco se va aceptando esta especie de condición y ya en el Digesto se puede encontrar el pactum displicentiae, (1) por virtud del cual el vendedor se reserva la facultad de resindir el contrato si la cosa no le satisface; la lex comisoria, por la cual, de no cubrirse el precio en un plazo estipulado, el contrato se resuelve; y la additio in diem o in diem addictio, según la cual, celebrado el contrato de compraventa, si en determinado plazo, un tercero ofrecía mejor precio por la cosa, a opción del vendedor, se resolvía el contrato. (2)

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

El pacto comisorio explica, por sí solo, la justicia que entrañaba; en cambio, el de displicencia, que debió haber sido poco usual, no puede sino ser tachado de injusto más bien aún,

(1) Sohm, Rodolfo: Instituciones de Derecho Privado Romano, Grafica Panamericana, S. de R. L. México, 1951. Pág. 127

(2) Sohm, Rodolfo: Op. Cit., Pág. 128

viciado de nulidad, por dejarse el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes.

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

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

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

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

Además, de este derecho del tanto establecido en favor del comprador, existía también un pacto semejante y tal es el que sancionaba la ley 75 "De contrahenda emptione" por el cual se

convenia que, era preferido el primer vendedor, es decir se establecía contractualmente, también el derecho del tanto en favor del vendedor.

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

Esta disposición constituye, en realidad, la abrogación de una ley o costumbre y sirve de base para sostener que sí existía el derecho legal. Además, en la Ley 16 de Gayo se establece que, en las ventas judiciales, "en concurrencia de un extraño es preferido el acreedor o pariente del vendedor y entre estos el acreedor, y en caso de ser dos los acreedores el que lo fuese de mayor suma", (4), lo cual viene también a constituir una especie de derecho del tanto legal.

(3) Llamas y Molina, Sancho. Comentarios de las Leyes del Toro. Tomo II, - Imprenta y Librería Gaspar y Roig, Editorial Madrid, 1853. Págs. 433 y 434.

(4) Llamas y Molina, Sancho. Op. Cit., Pág. 433

Por último, el tanto legal del derecho romano aparece preferentemente claro y podría decirse que reglamentado al establecerse en favor del propietario y a cargo del enfiteuta, el cual, si deseaba vender las mejoras que había hecho en la cosa dada en enfiteusis, o el dominio útil, antes de efectuar la venta debía de obtener "consentimiento del señor del directo dominio, señalándole el espacio de dos meses para prestarlo o entregar al enfiteuta el precio que otro le daba por las mejoras o enfiteusis, y en caso de no ejecutar ni uno ni otro, el señor del directo dominio en el término asignado se establecía que pudiese el enfiteuta pasar a celebrar la venta con un tercero, con tal que no fuese de las personas que se hallasen inhabilitadas de adquirir en enfiteusis". (5)

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

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

(5) Ibídem Pág. 434.

La diferencia entre el tanto y el retracto se olvidó por mucho tiempo, ya que se pasaba por alto que, mientras uno era ejercido antes del perfeccionamiento del contrato, el otro lo era después de perfeccionado, o bien, que el no dar oportunidad para el ejercicio del derecho del tanto, traía consigo la nulidad del contrato y en cambio el retracto requería de un contrato válido. No se tenía presente pues, sino que, en ambos casos se usaba la palabra "tanto".

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

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

b. Derecho Aleman.- Este derecho real del tanteo deriva del derecho germanico medieval. Los derechos adquisitivos atribuidos por la ley a los parientes colindantes en la Edad media, constituyen un residuo de la propiedad común de los miembros de las familias y de los municipios sobre el suelo e inmuebles que se supone existían en el antiguo derecho.

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

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

Tiene por tanto, un derecho preferente al de los extraños para adquirir la cosa por compra; puede "apartar" al extraño y "rescatar" la cosa de sus manos. Existía derecho de esta especie a favor de los herederos, de los vecinos, de los compañeros de la marca del propietario del inmueble; se daban además respecto a objetos sobre los cuales existía una comunidad de dere-

(copropiedad, comunidad hereditaria, propiedad dividida) y a favor de todo comunero, frente a la venta de la parte de otro comunero.

Además, en la Edad Media surgen ya numerosos derecho de esta clase de orden convencional, casi siempre sobre inmuebles. La configuración jurídica de la institución es muy diversa; algunas veces la cosa es ofrecida en venta al titular antes de que sea comprada por un tercero; a veces el derecho sólo después de la transmisión de la propiedad al mismo; según algunas fuentes puede hacerse valer (como derecho de tanteo propiamente dicho) frente al vendedor de la cosa, según otras, frente al vendedor de la cosa, según otras, frente al tercer adquirente; en principio, tiene efecto sólo en caso de venta, pero en ocasiones se extiende al caso de permuta e incluso a los pignación, arrendamiento, donación y otros.

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

Las novísimas legislaciones del Reich y territorios aplican el derecho del tanto al servicio del interés público y ante todo a la equitativa división del suelo y a la colonización. Con este objeto se ha establecido el derecho del tanto en favor del

Estado, de los municipios y de otras personas de derecho público o de interés colectivo; y aunque el suelo y la tierra no se hagan, a pesar de ello, la propiedad colectiva, la colectividad no obstante, aduiere por comprar inmueble privados como persona privada administrada de interés propio. El derecho del tanto es considerado como uno de los medios para que el Estado cuide de la división del suelo en forma que impida su mal uso.

Ya en 1900 se combatió en Baviera la esquilación de las fincas, mediante atribuir a los municipios y a algunas otras personas jurídicas un derecho legal de tanteo en caso de venta de predios agrícolas cerrados a negociaciones en fincas. En 1918 através de un reglamento prusiano se creo al servicio de la colonización interior un derecho del tanto a favor del Estado sobre las posesiones agrícolas y forestales de más de 20 hectáreas. El Reich siguió este mismo criterio, y estableció para la formación de terrenos de colonización agrícola un derecho legal del tanto sobre inmuebles de 20 hectáreas en pro de las "empresas colonización de interés colectivo" y otro sobre fincas grandes de 100 hectáreas a fevor de las "asociaciones de suministro de tierras", igualmente creo un derecho del tanto para los otorgantes de propiedades familiares, a fin de evitar el comercio de las propiedades familiares.

La leyes territoriales a partir de 1919 han desenvuelto de manera muy diversa e independientemente este pensamiento.

Los nuevos derechos de compra preferente creados en interés público, se ha robustecido notablemente la posición de sus titulares. Mientras el derecho ordinario de tanteo solo puede ser ejercitado cuando el propietario vende la cosa a un tercero, equiparandose a la venta todo negocio oneroso de enajenación, por ejemplo la permuta, y asimismo la subasta judicial y conforme a la ley de la propiedad familiar es suficiente un negocio cualquiera de enajenación aunque sea gratuito.

c. Derecho Español.- A fin de conocer mejor el concepto que la legislación española tenía acerca del derecho del tanto, se impone la necesidad de investigar la especial situación que motivó su nacimiento y que lo mantuvo tan arraigado en la organización social de la Edad Media.

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

En el feudo, se comprenden dos conceptos: el familiar y el económico, y de dicha unión se parte para imprimir a la propiedad un carácter de patrimonio familiar equivalente a la propiedad romana. Además, como tal concepto servirá de instrumento

para mantener todo un sistema de organización política, económica y social, se lucha por preservar la propiedad indivisible y el camino para lograrlo es el de tratar de revestir a dicho concepto de la cualidad de perpetuo que tiene la propiedad hebráica.

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

La primera dirección se traduce en una actitud que mantiene vivo el principio de libertad de disposición; pero, que a la vez, da cabida a la doctrina hebrea que permite que el propietario pueda efectuar sus bienes a permanecer perpetuamente en la familia, esto es, se crea la institución del Mayorazgo, que define el Licenciado Antonio de Ibarrola como " un derecho de suceder en los bienes dejados, con la obligación de que se han de quedar en la familia perpetuamente y pertenecer al próximo primogénito por orden sucesivo ". (6)

Para Escriche, quien la considera como producto exclusivo del feudalismo y sostiene que "no existió"... en las instituciones de los romanos; así tampoco en las de los Griegos, ni en la de

(6) Ibarrola, De Antonio. Cosas y Sucesiones. Editorial Porrúa S.A., México 1947. Pág. 156.

ninguno de los legisladores antiguos, sombra alguno de nuestros mayorazgos. Esta institución no pudo ser antecedente del feudalismo, sino de la supervivencia del concepto hebreo de la propiedad, adaptado a una cultura diferente. (7)

La segunda dirección lleva a una actitud menos drástica que la anterior, pues busca un ámbito de aplicación más inmediato y se traduce en el reconocimiento de derechos en favor de quienes forman el núcleo familiar, de mantener la unidad patrimonial, esto es, se da cabida a los derechos del tanto y del retracto, como instituciones que perseguirán evitar el desmembramiento de la propiedad.

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

No hay duda de que, en un caso se ejercitaba el derecho de tanto, y en otro el de retracto; el distingo llegó a perderse, máxime que, por lo general, el primero no llegaba sino en con-

(7) Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Madrid, 1882. Pág. 1213.

tadas ocasiones, en la mayoría de los casos, ni siquiera tenía el titular del derecho la oportunidad de saber del contrato sino hasta cuando ya había sido celebrado.

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

Esta asimilación del tanto al derecho de retracto es la regla general, pero es indudable que admitió sus excepciones, y así vemos que, en ciertos casos, se da el primero independiente del segundo y, en otros, al establecerse un llamado retracto, en realidad se daba la figura jurídica del tanto; no obstante, que se trata de la excepción, y la regla general es que el tanto se viese asimilado al retracto, a pesar de que éste, cronológicamente, haya sido anterior a aquél.

La finalidad primordial que, en principio se atribuyo al derecho del tanto y al de retracto fue la protección de la unidad económica familiar, y consecuencia de ello es que se conocieran en primer lugar, o mejor, tuvieran el máximo grado de importancia el tanto y el retracto gentilicio, de sangre o de ablenço. "Cuando el concepto de familia implicaba un organismo

más amplio que el que actualmente se ofrece a nuestra consideración en las sociedades modernas, en que la especialización de las funciones y el desenvolvimiento de la idea del Estado, han limitado, sin duda los fines familiares, revestía un verdadero interés social el que la propiedad no saliese de la familia, porque ésta necesitaba una cierta fortaleza y cohesión que en gran parte de la propiedad recibía. A este efecto, las necesidades de los tiempos, siempre maestras y productoras de derecho dieron nacimiento a varios medios o expediente legales, uno de los cuales fue el retracto gentilicio". (8)

El retracto gentilicio, del cual formaba parte el tanto de la misma especie, es una de las primeras instituciones basadas en la política proteccionista del patrimonio familiar que había adoptado la Edad Media, y se da en favor de los parientes hasta el cuarto grado. Se formó como los precedentes establecidos por el derecho de redención de los hebreos, transportados por el cristianismo al derecho romano.

En la legislación española aparece ya la institución en las Leyes 2, 3 y 4 del Título I del Libro VI del Fuero Viejo; en el Ordenamiento de las Cortes de Nieva, que formó el rey Enrique IV en 1472, y en la reglamentación contenida en las Leyes 70 a 73 de las de Toro, disposiciones éstas que pasan al Libro

(8) Mansera y Navarro: Comentarios al Código Civil. Tomo X, 3a. ed., Editorial Reus, S.A. Madrid, 1919. Pág. 304.

X, Título XIII de la Novísima Recopilación.

La ley I del Título y Libro citados, de la Novísima Recopilación, establece el derecho del tanto gentilicio en el párrafo inicial: "Todo hombre que hereda de patrimonio o abolengo quisiere vender, y alguno de aquel abolengo la quisiere comprar tanto por tanto, háyala él antes que otro alguno: y si dos o más la quisieren, si son en igual grado de parentesco, pártanlo entre sí; y si no fuere en igual grado, háyala el más propinquo...". (9)

Sin lugar a dudas que, en la disposición anterior, se contiene un derecho del tanto, el de abolengo; sin embargo, hay que hacer notar que se da en un grado de imperfección y hasta podría decirse que se trata solamente de un derecho nudo de preferencia, sobre todo, por hallarse provisto de: a) la obligación, a cargo del vendedor, de hacer saber al pariente, titular del derecho, que tenía propalada la venta. Esto puede tener una explicación, pues se suponía que la situación familiar, sobre todo en sus aspectos patrimoniales, era del todo conocida por los parientes; y b) de una sanción para el caso de no darle preferencia, aunque dado el carácter imperativo de la disposición, es muy probable que obligara a los Notarios y éstos no pudieran autorizar la compraventa si no era en favor del pariente. Por último, no se prestaba mucha atención a esta deficiencia, dado que se podía subsanar con el derecho de retracto.

(9) Ley I. Título XIII, Libro X Novísima Recopilación. Librería de Salvá, París, 1846. Pág. 256.

Efectivamente, la ley transcrita en su parte inicial, continúa "...más si antes que la heredad fuere vendida, hasta nueve días viniere, si diere el precio porque es vendida la heredad, háyala; y si al pariente más propinquo no la quisiere demandar; y si el más propinquo no fuere en el lugar, puédala demandar otro de su linage; más si la quisiere por otra heredad trocar, no le pueda ningún pariente contradecir: y aquel pariente que quiere la heredad que es a otro vendida, de el precio que costo, y jure que la quiere para sí, y que no la hace por otro engaño.

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

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

En consecuencia, no se puede decir que el derecho del tanto hubiese alcanzado en el derecho español la categoría de institución, entendida ésta como un ordenamiento o conjunto de reglas generales aplicables a cualquiera de las especies de derecho del tanto, o bien, un conjunto de principios rectores del derecho del tanto, cualquiera que fuese la especie. Por el contrario, el derecho del tanto se dio en forma esporádica, dentro de disposiciones aisladas, en preceptos que nunca llegaron a vincularse hasta formar un todo unitario, y si se quisiera hablar de ciertos principios generales, suplementarios de las disposiciones que establecen el derecho del tanto, no sería aventurado afirmar que se entendía que eran los del retracto.

De la situación planteada, debe concluirse que nuestro derecho, al establecer el derecho del tanto, encontró en la legislación española, los antecedentes necesarios, pero tales antecedentes están constituidos, más que por el derecho del tanto, por el de retracto.

2.- Derecho Mexicano

a. Epoca Prehispanica.- Este estudio no hace referencia al derecho azteca, el cual indudablemente constituye un antecedente en nuestro derecho positivo, en virtud de que, en el mismo, era desconocido el derecho del tanto. Por lo menos, es lo que puede desprenderse de las fuentes documentales que han servido para hacer la historia del derecho azteca, en las cuales no

aparece vestigio alguno de que se haya tenido noticia de tal institución. En corroboración con lo anterior hay que agregar que los aztecas carecían de los elementos primordiales indispensables para que pudiera tener cabida el derecho del tanto, tales era: un verdadero derecho de propiedad y de las obligaciones.

Respecto al derecho de propiedad, como sostiene el Licenciado Toribio Esquivel Obregón: "fuera de la propiedad perteneciente a la familia del rey y a algunos grandes dignatarios, que podían enajenar sus tierras, propiedad un tanto precaria y revocable, las otras tierras eran poseídas en común, y el título para disfrutarlas provenía, no de un derecho individual, sino de la calidad de vecino y del hecho del trabajo". (10)

"Los españoles, pensando a su modo, creyeron ver un derecho de propiedad entre los aztecas; en realidad ellos introdujeron esa institución y los indios consolidaron así una situación precaria e indefinida". (11)

Acerca de la teoría de las obligaciones, también con apoyo en la doctrina del mismo autor, y en atención a su especial idea del derecho de propiedad que, necesariamente, influye en las vinculaciones jurídicas y en especial en las del tipo que se

(10) Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho Mexicano. Tomo I. Editorial Polis, México, 1937. Pág. 372.

(11) Esquivel Obregón, T. Ob. Cit. Pág. 374.

estudian, se afirma que no habían pasado de la etapa de las más simples convenciones y desconocían totalmente las obligaciones de carácter puramente consensual. En consecuencia, el derecho azteca no llegó a evolucionar a un punto en el que se hubiera podido dar cabida al derecho del tanto.

En otras palabras, debido a que los aztecas no lograron concebir un verdadero derecho de la propiedad y de las obligaciones, tan adelantado como el romano, puede afirmarse que les fue imposible llegar a conocer el derecho del tanto.

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

b. Epoca Colonial.- Los principios que rigieron al derecho del tanto en el derecho español, también van ser validos para nuestro derecho positivo que rigió desde la época colonial, hasta el momento de nuestra independencia, no política, sino jurídica en lo que se refiere al derecho común; momento que se da con posterioridad a la promulgación de la Constitución de 1857.

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

El Código Civil de 1870 tenía como metas: el mantener viva aquellas instituciones que ya habían tomado carta de naturalización; eliminar aquellas que no estuvieran acordes con el momento histórico y, a la vez introducir las innovaciones que no fuesen contrarias al espíritu del pueblo mexicano y a la realidad social. Esto es, por lo menos, lo que se puede desprender de la Exposición de Motivos de dicho ordenamiento; "Nuestra legislación es la de España, que si bien en alguna época pudo considerarse más adelantada que la de otras naciones de Europa, con el curso de los siglos, con el cambio de las dinastías y con el malestar que hace tanto tiempo aqueja a la nación, ha venido a tal estado de confusión y desorden, que los más ilustrados jurisconsultos españoles se admiran y con razón de como ha podido administrarse la justicia bajo el imperio de leyes inadecuadas ya unas, contradictorias otras casi todas torpemente compiladas".

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

El Código de 1870 presenta como principal novedad en la materia la abolición del retracto gentilicio y la reglamentación del retracto convencional: "Abolido ya por el no uso del retrac-

to gentilicio, pues han dejado de existir razones políticas por las que se introdujo, solo se ha reglamentado el convencional cuyos inconvenientes se ha procurado disminuir.

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

El derecho del tanto aparece dentro de varias instituciones o figuras jurídicas que pueden agruparse de la siguiente manera: a) aquellas en las cuales existe un derecho de propiedad que corresponde, pro indiviso, a varios titulares; y b) aquellas - que son resultado de la división de las facultades inherentes al derecho de propiedad, entre dos o más sujetos; en donde hay un desmembramiento del derecho de propiedad. Ejemplo del primer grupo son: la copropiedad, la sucesión y la sociedad por acciones; de las segundas el usufructo y la aparcería de ganado.

Al igual que la legislación española, el Código Civil de 1870 parte del supuesto de que el derecho del tanto no requiere de la definición de su concepto y se limita a esparcir, en varias instituciones, diversas reglas por las cuales se establece el derecho. Esto es, dicta una serie de disposiciones relativas a figuras jurídicas diversas, dentro de las cuales queda establecido el derecho del tanto para casos en particular y deja a

la interpretación jurídica la tarea de entresacar dicho concepto de tal conjunto de disposiciones, de las que se puede decir que, a pesar de que carecen de un orden y sistematización en torno a la idea del derecho del tanto, como fuera de desearse, no por ello dejan de formar un todo unitario en el que se contienen preceptos supletorios y complementarios, además de las disposiciones que pueden considerarse propiamente excepcionales.

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

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

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

Conviene aclarar que el término utilizado por el legislador debió haber sido el de nulidad, en vez de rescisión, puesto que el artículo que le precede, al disponer que no podía enajenarse sin preferir al titular del derecho del tanto coloca al contrato en la categoría de acto contrario al tenor de las leyes prohibitivas, por lo que resulta nulo, y consecuentemente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1770 del mismo ordenamiento, no podía darse la rescisión, ya que faltaba el supuesto de que la obligación fuera válida: "no pueden rescindirse más que las obligaciones que en si mismas son válidas". Sin embargo se puede sostener que se trata del caso de excepción previsto por el artículo 7 del Código Civil en cuestión, que reza textualmente: "los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas, serán nulos si las mismas leyes no disponen otra cosa".

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

La pregunta que surge necesariamente de la lectura de los

parrafos precedentes, será la relativa al por que los plazos que señalan los artículos 2431 y 4107 citados, deben considerarse de carácter excepcional.

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

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

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

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

2) Por virtud del derecho del tanto, el vendedor tiene a su cargo la obligación de notificar al titular del derecho, de

las condiciones que hubiese pactado y preferirlo a un extraño;

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

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

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

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

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

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

EL CODIGO CIVIL DE 1884.- Este nuevo ordenamiento sigue el mismo criterio del que le precedió, en lo relativo del dere-

cho del retracto y las limitaciones tratadas.

En efecto, los artículos 2901 y siguientes de este código, los cuales son reproducción de los artículos 3035 y siguientes de la legislación anterior, mantienen el statu quo del retracto convencional.

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

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

Es fácilmente apreciable el adelanto contenido en esta disposición, pues establece un requisito de forma que servirá

de elemento de prueba para el caso de suscitarse alguna controversia, además de que se corrobora expresamente que el plazo para el ejercicio del derecho está dentro de la categoría de fatal.

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

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

Esta reforma, considero que no constituye una derogación de la regla general y prueba de ello es que el artículo 3804 claramente se refiere a todos los coherederos como titulares a

del derecho y pluraliza inclusive, al referirse a su ejercicio, pues dice que los coherederos serán preferidos si usan el derecho, sin que haya distinción como en el caso de la copropiedad.

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

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

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

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

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

4) Se establece como excepción a la regla general el que para el ejercicio del derecho del tanto entre copropietarios de be preferirse a uno solo, en especial a quien tenga la mayor porción;

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

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

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

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

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

c. Epoca Independiente.- El Código Civil de 1928. En la legislación vigente se da el tiro de gracia al derecho de re-

tracto, pues expreamente el artículo 2302 prohíbe la venta con pacto de retroventa, esto es, deroga por completo el último residuo del retracto, que subsistía en su especie contractual.

Como consecuencia de lo anterior, se observa que en el código civil de 1928 se reconoce la consolidación del derecho del tanto como substituto de retracto. Tan es así, que el legislador temeroso de caer dentro de una postura demasiado radical al eliminar el derecho de retracto, previó como medida de transacción, un pacto equiparable al derecho del tanto, al disponer en el artículo 2303, que se puede pactar que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tanto, para el caso de que se desee vender la cosa objeto de la compraventa.

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

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

- a) Cuando se trata de enajenar el bien en copropiedad;
- b) Cuando la enajenación vaya a ser del bien dado en usufructo;
- c) El que corresponde a los coherederos cuando uno de ellos

quiera vender su derecho a un extraño;

d) El pacto de preferencia en el contrato de compraventa; y

e) La preferencia legal en favor del inquilino en el contrato de arrendamiento". (12)

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

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

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

(12) Cortés Figueroa, Carlos. El Derecho de Preferencia en el Arrendamiento. Tomo I. Revista de la Facultad de Derecho UNAM. Pág. 264.

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

b) Instituciones en las que el derecho de propiedad corresponde a varios titulares, pro indiviso (copropiedad, sucesión y parcialmente la aparcería de ganados); y

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

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

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

A través de la legislación española, si bien ésta se refería al retracto y hasta el Código Civil de 1870, privaba el criterio de que el derecho del tanto, en el supuesto de que hu-

biera una pluralidad de titulares, se podía ejercitar por todos ellos, de acuerdo con sus posiciones; en el Código de 1884 se establece la primera excepción, la cual se refiere a quien presente la porción mayor y, de ser iguales, a quien designe la suerte. En el Código actual se respeta la excepción establecida por el anterior y, además, se hace extensiva al derecho del tanto en la sucesión, en los mismos términos apuntados para el de copropietarios.

Este principio, expresamente, no opera respecto del tanto en la sociedad, ya que pugnaría con las bases sobre las cuales se ha establecido esta institución, las que tienden a evitar el predominio de las mayorías: Además, con el deseo de evitar que el acaparamiento de las acciones por un sólo individuo o limitado número de socios perjudique los intereses de la minoría de los accionistas, se conceden a estos derechos que, sin atentar contra los intereses de las mayorías, impiden el absoluto predominio de éstas, se puede leer en la exposición de motivos.

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

Por otra parte, esta especie del derecho del tanto, que se

daba en los Códigos anteriores en la sociedad por acciones, en el actual se da en la sociedad pura y simple; esto como resultado de un nuevo concepto que se tiene acerca de la figura jurídica.

C A P I T U L O I I

LA PROBLEMATICA DEL DERECHO DEL TANTO COMO UNA MODALIDAD
DE LA PROPIEDAD

1.- El Derecho del Tanto como una modalidad de la Propiedad

Al derecho del tanto, la legislación mexicana le ha dado un especial tratamiento, pues no lo considera simple figura jurídica que, eventualmente, aparece en determinada institución sino que lo estima perfectamente estructurado, profundamente arraigado en la tradición jurídica, y con perfiles claramente definidos. Hay que reconocer que lo establece dentro de otras figuras jurídicas, pero esto lo hace sin perder de vista un todo unitario que forma, esto es, lo considera una institución jurídica.

El derecho del tanto en sus orígenes y evolución, siempre ha sido un derecho ajeno a otras instituciones.

En efecto, históricamente cualquier especie de derecho del tanto aparece dentro de otra figura jurídica, ejemplo de lo cual son: el tanto en la enfiteusis, en la copropiedad, etc.

Al analizar las características que presentan las figuras jurídicas a que se refiere el párrafo anterior, se puede determinar hasta donde guardan una relación de causalidad con respecto a la aparición del derecho del tanto y, en consecuencia, si deben considerarse como supuestos indispensables para que se genere tal derecho.

El Código Civil de 1928 prevé la existencia del derecho del

tanto en diversos casos que pueden clasificarse en los tres grupos siguientes: a) un primer grupo en el que existe una multiplicidad de titulares del derecho de propiedad; b) un segundo grupo, en el cual el derecho de propiedad esta dividido en función de los atributos del titular del derecho, los cuales competen a diversos sujetos; y c) un tercer grupo en el cual se da una privación anterior del derecho de propiedad y la desaparición de la causa que justifico tal privación.

En los antecedentes históricos del derecho del tanto, y lo mismo sucede con los del retracto, también se aprecia la existencia de una situación que gira alrededor del derecho de propiedad.

En suma, de la historia del derecho del tanto y del articulado del código civil de 1928, se puede inferir que este emana de una situación jurídica en la cual el punto central es el derecho de propiedad operando de una manera especial.

La ley ha adoptado medidas con las cuales persigue lograr un equilibrio entre lo que considera acorde con la puridad de las intituciones y la realidad y el interés social entre estas medidas se encuentra el derecho del tanto.

En efecto el derecho del tanto se ha instituido en nuestro derecho positivo, con miras a lograr que el usufructo y las facultades de disposición dejen de estar desmembradas y residan

en un sólo titular del derecho de propiedad, dando al usufructuario la oportunidad de convertirse en propietario, antes que nadie. En este caso, desafortunadamente el legislador ha sido parcial, al establecer el derecho del tanto sólo en favor del usufructuario, y no haberlo hecho en favor de quien es su titular de la nuda propiedad.

El derecho del tanto también se ha establecido con miras a dar al aparcerero, esto es, a quien ha vigilado de los animales propiedad de otra persona, según lo exige el artículo 2755 del Código Civil, es decir, como si fueran de su propiedad, la oportunidad de traerlos a su dominio.

Por otra parte, con miras a no gravar la difícil situación que se presenta cuando existe una multiplicidad de titulares del derecho de propiedad, como sucede con la copropiedad, la sucesión, la sociedad y la aparcería de ganados respecto de los frutos, ha establecido el derecho del tanto, a fin de que, antes de que pueda intervenir un extraño, el cotitular tenga, cuando menos, la posibilidad de evitar la intromisión de un tercero que, por ser extraño, quizá perturbe la armonía indispensable para el ejercicio del derecho de propiedad cuando existe una pluralidad de sujetos.

Por último con la idea de volver la propiedad a quien la tenía antes de haberse presentado una causa justificada que motivó su privación, ha establecido el derecho del tanto para que,

al desaparecer la causa, la readquiera aquel que se vió afectado por la privación, o sus causahabientes; tal es el caso del propietario del predio colindante a la vía pública.

Como se ha mencionado anteriormente, el derecho del tanto se muestra como accesorio de una figura jurídica, por ejemplo el usufructo, la copropiedad, etc., y que tales figuras jurídicas, según no son otra cosa que la expresión del derecho de propiedad actuando en forma especial, desviandose un tanto de su significado original, como consecuencia de su concreción de acuerdo con la realidad; es decir, se trata de figuras jurídicas en las que se hace concreto el derecho de propiedad y adquiere ciertas características que implican diferencias con el concepto abstracto o puro de la propiedad o con la ideología o fines perseguidos por el legislador.

De aquí, que se deba llegar a una segunda conclusión respecto del contenido de la situación jurídica que sirve de supuesto, al derecho del tanto y tal es la siguiente: el contenido de la situación que la ley prevé como supuesto de la aparición del derecho del tanto es el derecho de propiedad.

En otras palabras, el derecho del tanto guarda una vinculación directa con el derecho de propiedad, el cual, al no operar en forma excepcional, se traduce en una situación prevista por la ley.

El derecho del tanto es consecuencia de la irregularidad

con que funcione el derecho de propiedad y se ha estatuido con miras, no de mantener o modificar la situación jurídica que le sirve de supuesto, sino en función de afectar el derecho de propiedad; de influir en el régimen jurídico de la propiedad.

Ahora bien, esta afectación del régimen jurídico del derecho de propiedad impone una obligación, a cargo del titular del derecho de propiedad, de abstenerse de celebrar aquellos contratos que le permitan facultades de disposición, sin antes preferir a quien halle colocado dentro de determinado supuesto previsto por la ley. En suma se trata de una limitación a las facultades de disposición del titular del derecho de propiedad.

Lo expresado anteriormente nos viene a demostrar que existe una vinculación directa entre el derecho del tanto y el derecho de propiedad y que aquél afecta el régimen jurídico de éste. Esto es suficiente para considerar que existen ya los elementos necesarios para tratar de desentrañar cuál es la naturaleza jurídica del derecho del tanto.

Se trata de una figura jurídica que sirve para integrar el régimen jurídico de la propiedad y se da cuando funciona éste en determinada situación jurídica; esto es, se trata de una modalidad a la propiedad.

Esta idea se confirma al analizar el concepto de modalidades a la propiedad, concepto éste que, consideramos, ha sido

expuesto muy claramente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Ejecutoria que en la parte substancial dice: "Por modalidad a la propiedad privada, debe entenderse el establecimiento de una forma jurídica de carácter general y permanente de la norma que la compone y la modificación substancial del derecho de propiedad en su concepción vigente.

El primer elemento exige que la regla jurídica se refiera al derecho de propiedad, sin especificar ni individualizar cosa alguna, es decir, que introduce un cambio general en el sistema de propiedad y, a la vez, que esa norma llegue a crear una institución jurídica estable.

El segundo elemento, esto es, la modificación que se opera en virtud de la modalidad, implica una limitación o transformación del derecho de propiedad. Así, la modalidad viene a ser - un término equivalente a limitación o transformación.

La inteligencia del concepto de modalidad se aclara con mayor precisión si se estudia el problema desde el punto de vista de los efectos que produce la modalidad en relación con los derechos del propietario. Los efectos de las modalidades que se impriman a la propiedad privada consisten, en una extinción parcial de los atributos del propietario, de tal manera, que éste no sigue gozando, en virtud de las limitaciones estatuidas por el poder legislativo, de todas las facultades inherentes a la - extensión actual de su derecho. Así, importaría una modalidad

a la propiedad privada la supresión de la facultad de transmitir a título universal la propiedad de los bienes de los que se es dueño". (13)

El maestro Gabino Fraga, da el siguiente concepto acerca de la modalidad: "constituyen restricciones impuestas al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad..." "la modalidad - constituye una medida de carácter general y abstracto que viene a integrar y a configurar, no a transformar, el régimen jurídico de la propiedad general de los bienes en un momento y en un lugar determinado". "...la modalidad sólo afecta el régimen jurídico de la propiedad, imponiendo una acción o una abstención, en tanto que el ejercicio absoluto de aquella puede causar un perjuicio a algún interés social cuya salvaguardia esté encomendada al Estado".

El criterio del maestro Gabino Fraga es, substancialmente, - el mismo de la Suprema Corte, si bien presenta alguna diferencia accidental, como la de considerar que la transformación del régimen jurídico de la propiedad, de que habla el Tribunal, es realmente una integración y configuración de dicho régimen.

Esta diferencia se precia también en el concepto que, acerca de la modalidad, expone el Licenciado Ignacio Burgoa quien la caracteriza como una afectación supresiva o limitativa de

(13) Semanario Judicial de la Federación: Tomo L. Castellanos Vda. de Zapata Mercedes. Pág. 2580.

" los derechos reales inherentes y consubstanciales a ella, a saber, el derecho de usar la cosa (Jus utendi), el disfrutar de la misma (Jus fruendi) y el de disposición respectiva (Jus abutendi)..., en la inteligencia de que dicha afectación debe recaer en el derecho mismo de que se trate".

De las ideas expresadas se puede extraer el siguiente concepto de modalidad a la propiedad privada: es una restricción de carácter general y abstracto, que la ley impone a los atributos del propietario, a efecto de integrar y configurar el régimen jurídico de la propiedad.

En el caso, no hay duda de que el derecho del tanto es una limitación o restricción de los atributos del propietario, a quien se le prohíbe contratar con un tercero, sin dar oportunidad, a quien se halla colocado dentro de la misma situación jurídica, de hacerlo en las mismas condiciones propuestas por el tercero.

Esta restricción, por virtud de imponerse a cualquier propietario que se halle colocado en la misma situación jurídica prevista por la ley y no a una persona en particular, esto es, por ser de carácter general y abstracto, viene a configurar o a ser integrante del régimen jurídico de la propiedad. En consecuencia, debe concluirse que el derecho del tanto es una modalidad a la propiedad.

La modalidad a la propiedad y el derecho del tanto, se pue

de analizar desde dos ángulos: primero, el que podría considerarse como el aspecto objetivo o externo de la modalidad, en cuanto es figura jurídica que integra el régimen jurídico de la propiedad; segundo, el que podría llamarse aspecto interno, o bien el que atañe a la regulación del comportamiento del propietario, o la imposición, a éste, de determinada conducta; mejor dicho, la forma de imposición de ella.

En el derecho del tanto se observa que el propietario se le impone un comportamiento que puede exigirle otra persona; esto es, un deber hacia otro sujeto que se halla colocado en él, en determinada situación jurídica, al tiempo que a éste se le faculta para exigir dicho deber.

En el derecho del tanto se dan claramente los elementos contenidos en los conceptos que se han dado acerca de la obligación desde los romanos hasta nuestros días, y que son:

a) los sujetos, de los cuales es sujeto pasivo aquél a quien se impone el deber de abstenerse de enajenar, a título oneroso, lo que es de su propiedad, en favor de un tercero extraño a la obligación. El sujeto activo es el facultado para exigir el cumplimiento de ese deber; b) el objeto, o lo que un sujeto debe cumplir y otro puede exigir, en el derecho del tanto consiste en una abstención a cargo del sujeto pasivo; no contratar con terceros; c) la relación jurídica, esto es, una vinculación, en la norma jurídica, entre deber y facultad, por vir

tud de la cual uno es el reverso del otro, o bien, que en la norma hay un enlace por el cual deber y derecho no son entidades distintas sino una sola, en la cual lo que para el sujeto pasivo significa una carga, para el sujeto activo significa o representa un beneficio.

Estos tres elementos no pueden analizarse sin refeir el uno al otro, es decir, no puede hablarse del sujeto pasivo, sin caracterizarlo por ser aquél para quien el objeto de la obligación significa un deber; lo mismo puede decirse del otro sujeto para quien significa una facultad, y no puede hablarse del objeto sin mencionar a lo sujetos; así mismo, al tratarse la obligación desde su aspecto pasivo, necesariamente hay que recurrir al activo.

La obligación, desde este punto de vista, debe analizarse como deber impuesto al sujeto pasivo. Este deber, tiene por objeto una abstención: el sujeto pasivo debe no contratar con terceros extraños.

La afirmación que antecede, a primera vista, parece que discrepa del texto de la ley, pues ésta podría interpretarse en el sentido de que impone al sujeto pasivo un deber de hacer: el de notificar al sujeto activo las bases o condiciones en que pretenda celebrar el contrato, y preferir a éste en la enajenación, antes que a un tercero.

La finalidad primordial perseguida por la institución del derecho del tanto ha sido, en unos casos, la de revertir la propiedad a su estado natural y en otros casos, la de restituir la propiedad a quien se vio privado de ella o a sus causahabientes cuando ha desaparecido la causa justificada que motivó la privación.

Esto sin embargo, no lo puede conseguir la ley imponiendo al sujeto pasivo la obligación de contratar con el sujeto activo, pues sería, sin lugar a dudas, un atentado directo contra el derecho de propiedad; esta finalidad trata de alcanzar la ley en forma indirecta, respetando siempre la voluntad del sujeto pasivo y atendiendo o cuidando que la obligación que se le impone no provoque un menoscabo en su patrimonio.

Así, impone al sujeto pasivo el deber de no contratar con terceros y, con ello, deja abierta la posibilidad de que, con entera libertad, contrate con el sujeto activo.

El cumplimiento de la obligación, no se da por virtud de la comisión del acto positivo de celebrar el contrato con este sujeto; el cumplimiento se da sólo en cuanto que dicho acto implica que se mantiene la abstención de enajenar a terceros: la obligación se cumple en función de que el sujeto pasivo no está contratando con terceros.

El acto positivo de celebrar el contrato con el sujeto activo es un acto que no se opone a la obligación, pero que tam-

poco constituye su objeto o deriva de la misma; es un acto al margen de la obligación.

En otras palabras, la obligación del tanto impone al sujeto pasivo el deber de no contratar con terceros; pero no le constringue a contratar con el sujeto activo; tampoco lo faculta para que realice dicho acto: simplemente no le restringe dicha facultad.

Cuando se impone al sujeto pasivo la obligación de no contratar con terceros, se deja abierta la posibilidad de que llegue a contratar con el sujeto activo y, precisamente en atención a que se prevé tal posibilidad, es por lo que éste es el facultado para exigir el cumplimiento de la abstención. El deber de abstención a cargo del sujeto pasivo, perigue, indirectamente, y como finalidad inmediata, que éste llegue a contratar con el sujeto activo, con lo cual se alcanzará la finalidad última del derecho del tanto.

Si esta finalidad inmediata no puede alcanzarse, porque el sujeto activo no desee celebrar el contrato, o porque le resulte o considere demasiado onerosa la carga de las obligaciones que se contraerán, con la celebración de dicho contrato, no hay razón para que subsista la obligación; y si ésta no puede lograr la finalidad que persigue, pierde toda justificación.

La obligación del tanto, en consecuencia, puede determinar

porque alcance la meta perseguida, o porque no pueda llegar a -
lograrse.

Congruentemente con este principio, la ley ha establecido un mecanismo, un medio para determinar si, efectivamente puede lograrse la meta que se ha trazado el derecho del tanto, o si, realmente no se puede llegar a ella.

Este medio o mecanismo, por el cual la obligación del tanto llegará a su término consiste en proponer, al sujeto activo, la celebración del contrato, dentro de un plazo fijado por la ley en condiciones determinadas.

La obligación del tanto tiene por objeto una abstención, que se impone como deber al sujeto pasivo, de contratar con terceros; y a dicha obligación, se estatuye la facultad, en favor del mismo sujeto, de provocar su terminación o conclusión, mediante la ejecución de ciertos actos que llevarán a la realización del fin perseguido por el derecho del tanto, o la demostración de la imposibilidad de ser alcanzado.

2. El Derecho del Tanto en la Compraventa

La Ley, al referirse a la proposición de contratar, habla de notificación de las bases o condiciones en que se pretende contratar con un tercero. No utiliza el término proposición, quizá con miras a dejar bien claro que no se trata de una oferta

cuya falta de aceptación producirá efectos especiales.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que la notificación oferta traiga consigo efectos contrarios y opuestos a los de la oferta en general, ya que en todo caso se trata de iniciativa que toma siempre uno de los contratantes para la formación del consentimiento, que no puede realizarse en un solo acto, si no en actos sucesivos: "es necesariamente una de las partes la que toma la iniciativa y manifiesta su voluntad en primer lugar una persona propone a otra contratar sobre determinadas bases; ésta es la oferta..." (14)

La oferta por naturaleza, emana libremente de la voluntad del proponente y la notificación oferta del derecho del tanto es de la misma naturaleza, por lo que, al igual que la primera es esencialmente revocable, siempre que la revocación se haga antes de la aceptación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1808 del Código Civil.

La notificación oferta del derecho del tanto en la compra-venta vincula al oferente con su proposición hasta la expiración del plazo fijado por la ley, de conformidad con lo que dispone el artículo 1804 del Código Civil; en consecuencia, bastará la sola aceptación para que quede perfeccionado el contrato.

(14) Planiol, Marcel. Tratado elemental de Derecho Civil. Librairie General de Droit & de Jurisprudence. París, 1926. Pág. 352.

La oferta pura y simple, en cuanto a sus efectos, puede encauzarse por dos vías distintas: a) si es aceptada, el contrato se perfecciona, cuando éste es de naturaleza consensual; y b) si, dentro del plazo, no es aceptada, trae consigo que el proponente se desvincule de su oferta y ésta se considere como no hecha.

En el derecho del tanto, claramente se observa las dos situaciones, pues, si el sujeto activo acepta la notificación oferta, se formará el consentimiento y quedará perfeccionado el contrato, y si no acepta, se dará la desvinculación, ya que el mismo sujeto no podrá valerse de dicha oferta para que formado el consentimiento. La desvinculación irá más allá, pues alcanza a afectar la obligación misma del tanto, que se terminará.

En suma la notificación no deja de ser oferta, por ello es que se ve regida por las reglas generales de esta última. Pero sus efectos van más allá, pues hacen que se dé por concluida la obligación.

La notificación oferta del derecho del tanto no es otra cosa que un acto por el cual se actualiza o se hace concreta la - mera posibilidad prevista por la hipótesis normativa, de que el sujeto activo contrate. Ahora bien, la concreción de lo que ha sido hasta ahora una mera posibilidad, necesariamente, debe - traducirse en una situación formada por elementos reales; es de cir, la posibilidad actualizada debe expresarse en términos que

indiquen lo que puede ser carga o lo que puede ser beneficio. En otras palabras, la notificación oferta debe contener los elementos del contrato que aceptará o rehusará celebrar el titular del derecho del tanto.

Además dado que la notificación oferta reviste los carácteres de un apercibimiento, el contenido de éste debe ser específico; no en el sentido de que diga textualmente que, en caso de no aceptar el sujeto activo la oferta, se dará por terminada la obligación del tanto, lo cual resulta enteramente ocioso, puesto que la ley lo dispone; sino en el sentido de que, además de los elementos del contrato, debe expresarse e identificarse la persona del tercero con el que contratará el sujeto pasivo, en caso de no hacerlo el otro, pues la calidad de la persona del tercero puede ser determinante en la decisión que adopte el sujeto activo.

Los requisitos anteriores son consecuencia inmediata de que la obligación del tanto, al no haber aceptación del sujeto activo, terminará, y no podrá afectar a la situación concreta planteada; esto es, al establecerse la presunción de que se ha hecho irrealizable la posibilidad en la específica situación en que se concretó, el sujeto pasivo ya no deberá abstenerse de contratar, pero siempre que lo haga en las bases que propuso al sujeto activo, siempre que su contraparte sea el tercero que hubiere identificado; es decir, que si no contrata con dicho tercero y en las bases dadas a conocer al sujeto activo, la obli-

gación subsiste.

La obligación del tanto en las ventas judiciales, adquiere importancia en este estudio, pues en ellas se observa el fenómeno de que el vendedor no es, físicamente quien celebra la compraventa, sino que quien la efectúa es el Juez. De ahí que surja el problema de determinar si la obligación del tanto impone el deber de abstención también en las ventas judiciales.

Es inexacto que en la venta judicial, no sea el propietario quien efectúa la enajenación, pues, al hacerlo el juez, obra substituyéndose al vendedor, supliendo su voluntad. En tal virtud, debe considerarse que el deber de abstención deber ser cumplido por el Juez y, con objeto de que deje de substituir la obligación, corre a cargo de la autoridad judicial el formular la notificación oferta al titular del derecho del tanto.

Podría sostenerse que la notificación oferta, en el caso especial de las ventas judiciales, está implícita en los anuncios contenidos en los edictos que deben publicarse para convocar postores; sin embargo, como en el caso, según la notificación oferta entraña un requerimiento y un apercibimiento, de conformidad con el artículo 114, fracción V del Código de Procedimientos Civiles, debe hacerse personalmente.

En lo que toca al momento en que debe hacerse la notificación oferta en las ventas judiciales, existe la controversia

acerca de si debe hacerse antes del remate o después de éste, y antes de la aprobación.

Quienes sostienen que debe ser después del remate se basan en el precedente establecido por la legislación española, en la que se establecía: El Juez no deberá aprobar el remate hasta que hayan pasado los nueve días del retracto sin que nadie se presente.

Este principio no puede considerarse aplicable al derecho del tanto, ya que el ejercicio de éste, por naturaleza, debe llevarse acabo antes de la celebración del contrato, a la inversa de lo que sucedía con el retracto; y la compraventa, en el procedimiento judicial, se perfecciona al fincarse el remate según se desprende de lo dispuesto por el artículo 571, en su párrafo final del Código de Procedimientos Civiles.

La notificación oferta en las ventas judiciales no podrá hacerse en los términos de la compraventa común y corriente puesto que no hay precio cierto y se desconoce la persona del que llegará a ser el tercero adquirente; por ello, la notificación oferta, en este caso, será una citación para que el sujeto activo acuda como postor, la cual se deberá formular con una anticipación mínima de ocho días, que viene a ser el plazo para otorgar la aceptación.

El contrato de compraventa tiene como naturales consecuen-

cias que el comprador, después de celebrado el contrato, puede disponer de la cosa como cualquier propietario.

Estas consecuencias naturales se ven modificadas y restringidas cuando se pacta contractualmente que el vendedor gozará de la preferencia por el tanto, si el adquirente desea vender la cosa a un tercero. En estas condiciones, el comprador ya no podrá disponer libremente de la cosa que le fue enajenada, pues el pacto que se contiene en el mismo contrato, le obliga a dar al vendedor la preferencia por el tanto. Este pacto tiene su fundamento y está autorizado por el artículo 2303 del Código Civil, que dispone:

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

Como se podrá observar de la redacción del artículo transcrito, la ley misma no considera normal en los contratos de compraventa, el que se imponga al comprador esta limitación y es por ello que autoriza el pacto como cosa excepcional.

La preferencia por el tanto que se puede dar en la compraventa es una preferencia contractual.

3. El Derecho del Tanto en la Copropiedad

La copropiedad constituye también un estado anormal de la propiedad, pues parece darse una contradicción de la característica esencial de ésta: la de ser exclusivo, claro está que el derecho de propiedad, en la situación planteada no llega a desnaturalizarse hasta tal punto, puesto que aquél sigue siendo exclusivo para los copropietarios, quienes conjuntamente, siguen teniendo el derecho de excluir a todos los terceros en su ejercicio; sin embargo, si se observa la intervención de un nuevo elemento, tal es el que, para que, pueda darse el derecho de propiedad en toda su extensión, se vuelve requisito indispensable la existencia de un perfecto entendimiento entre los titulares del derecho.

De ahí que, la razón, se estime que en la copropiedad existe una situación fuera de lo normal, pues el derecho del propietario queda supeditado, en su efectividad, a la existencia de relaciones de armonía de los cotitulares entre sí.

Por estas razones la copropiedad es considerada como un estado anómalo, tolerado por considerarse temporal, pero encauzado hacia la meta de la propiedad individual, ya sea por división o por consolidación.

Lo mismo puede decirse de la sucesión, que viene a ser un estado transitorio, un paso para llegar a la propiedad individual.

En la sociedad se da el fenómeno de haberse creado un ente nuevo, con personalidad distinta de quienes la constituyeron, pero que, en lo que se refiere a los derechos patrimoniales de los socios, esto es, es cuanto al substrato mismo de dicha figura jurídica se da el mismo fenómeno de una pluralidad de titulares del derecho de propiedad en la aparcería de ganados, en la cual respecto de los frutos, el propietario y el aparcerero son copropietarios.

El Código Civil de 1870, no sólo se limita este a otorgar el derecho del tanto hacia los copropietarios y socios por acciones sino que establece un conjunto de disposiciones que norma todo lo relativo al ejercicio del este derecho y a sus efectos.

A los copropietarios se les prohíbe vender su parte a extraños o sea se establece la nulidad del contrato, si no se le dio oportunidad al copartícipe de ejercer el derecho del tanto, según lo preceptúa el artículo 2473.

Podemos resumir en los siguientes puntos la reglamentación del derecho del tanto que nos presenta este código:

1.- Se da tal derecho en favor del usufructuario o, de los cocontratantes en la aparcería de ganados, de los copropietarios de los coherederos y de los accionistas en la sociedad por acciones.

2.- Se impone la obligación al vendedor, de notificar al titular del derecho del tanto, de las condiciones que hubiere pactado al contratar con el extraño;

3.- En caso de que sean varios los que poseen el derecho del tanto, se puede ejercitar por todos y cada uno según las porciones que les correspondan.

4.- No se da el derecho del tanto cuando la enajenación se hace en favor de quien es cotitular del derecho, ni en los casos de donación;

5.- La contravención del derecho del tanto, da lugar a la nulidad del contrato.

El derecho del tanto en la copropiedad, sufre una innovación en el Código de 1884, motivada por las experiencias obtenidas de la aplicación del código anterior, con relación a la frecuente violación o a la comisión de fraudes en esta especie del tanto y para evitar ésto establecía este código "el copropietario que enajene, notificará a los demás por medio de notario o judicialmente la venta que tuviere convenida para que dentro de los ocho días haga uso del derecho del tanto. Transcurrido dicho término se pierde ese derecho.

Mientras no se haga uso de la notificación la venta no producirá efecto legal alguno".

Como se desprende de la anterior transcripción se exige mayores requisitos de elementos de prueba en caso de que se sucite alguna controversia, además el plazo para el ejercicio del derecho es fatal, y se establecía la nulidad del acto en el que no se hiciera la notificación en la forma antes dicha.

Además, se negaba a los titulares del derecho del tanto, - su ejercicio conjuntamente y se concedía la preferencia al que representaba la mayor parte y en caso de que las porciones fueren idénticas se sorteará la titularidad del ejercicio del derecho.

Nuestra legislación actual, regula estos preceptos en sus artículos 973 y 974.

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

Art. 974.- Si varios propietarios de cosa indivisa hiciera uno del derecho del tanto será preferido el que representa mayor

parte, y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario.

La preferencia por el tanto en la copropiedad; se encuentra comprendida tanto en el Código del Distrito como en el de Guajuato. Se dice que se concede este derecho a los copropietarios de bienes muebles o inmuebles, cuando alguno de ellos trate de vender a un extraño su parte alicuota, deben notificar a los demás por medio de Notario o Judicialmente, para que dentro de los ocho días siguientes haga uso del derecho del tanto.

Mientras no se haga la notificación la venta no producirá efecto legal alguno. Difiere nuestro Código del Código de Guajuato, en que el plazo para ejercitar el derecho del tanto es - 15 días y como sanción estatuye el retracto, el cual debe ejercitarse dentro de los 15 días posteriores al que se tenga conocimiento de la enajenación.

4. Controversia entre los derechos del Tanto que tienen los diversos inquilinos de un mismo inmueble

Uno de los problemas que se suscitan con el derecho del tanto inquilinario, es la prelación que tienen los inquilinos para ejercitarlo.

En efecto, cuando varios inquilinos quieren hacer uso del derecho del tanto, la Ley no prevé nada al respecto.

El Art. 2448 letra J, en su fracción II, nos habla de una pluralidad de sujetos, que teniendo el carácter de arrendatarios, pueden ejercitar el derecho del tanto para adquirir el inmueble del que habitan. Sin embargo, no encontramos ninguna disposición que especifique o nos señale el sistema a seguir para poder establecer una prelación entre ellos.

Encontramos en el artículo 974 que se menciona un caso similar entre los copropietarios que desean hacer uso de su derecho del tanto para adquirir el bien del que son condueños, estableciendo una prelación por el porcentaje que cada uno representa.

Basta con que represente el copropietario mayor parte en la comunidad para que sea el elegido.

Si los derechos de los copropietarios fueren iguales y no habiendo convenido en ellos, decidirá la suerte, siendo este un procedimiento eventual al que recurre el legislador en otras disposiciones legales como los artículos 1293, 1865 fracción II y 2771; mismos que a continuación describiremos:

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

Este artículo forma parte del sistema legislativo aplica-

ble al ejercicio del derecho del tanto entre coherederos, conten niendo las reglas aplicables cuando son varios los coherederos que ejercen dicho derecho. El criterio que sigue es el de conce der prelación para adquirir porción hereditaria que se pre tende enajenar, a aquél coheredero que represente mayor porción en la herencia y en el caso de que sean dos o más los herederos in teresados con igualdad de porciones, la suerte decidirá quien de ellos tendrá preferencia en la adquisición.

Este sistema confirma que la razón de la ley del derecho - del tanto entre coherederos, s consolidar en lo posible en el - menor número de personas los derechos sobre el patrimonio común hereditario que se encuentra en proceso de liquidación.

Art. 1865.- Si el acto señalado por el prominente fuere - ejecutado por más de un individuo, tendrá derecho a la recomp sa:

I.

II. Si la enajenación es simultánea, o vario llenan al - mismo tiempo la condición, se repartirá la recompensa por partes iguales.

III.

Art. 2771.- Cuando las personas se sievieren del medio de la suerte, no como apuesta o juego, sino para dividir cosas co-

sas comunes o terminar cuestiones, producirá en el primer caso, los efectos de una participación legitima y en el segundo, los de una transacción.

Llama la atención en relación con el tema, Ramón Sanchez - Medal cuando interpreta la fracción II del artículo 2448 letra J, quien dice: "Es un hecho que actualmente la inmensa mayoría de arrendamientos para habitación son de departamentos de un edificio y solo excepcionalmente de casa solas, de tal suerte que cuando el propietario de un edificio de departamentos decida - venderlo tendrá que notificar a cada uno de los distintos inquilinos de dicho edificio y multiplicar así el número de todos los riesgos e inconvenientes antes indicados, puesto que a este supuesto de pluralidad de inquilinos se refiere la fracción II del artículo 2448 letra J, cuando expresa que "el o los arrendamientos dispondrán ..." (15)

Tal vez el sistema establecido por el artículo 974 podría aplicarse por analogía a los inquilinos que pretendan ejercitar su derecho del tanto para adquirir el inmueble arrendado; y en vez de porcentajes, podría establecerse una preferencia en base al número de años de antigüedad en el arrendamiento para que el inquilino tuviera una idea clara de la prelación que tiene en relación con los demás inquilinos.

(15) Sanchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. 6a. ed. editorial Porrúa, S.A., México, 1982. Pág. 24.

Dentro de los múltiples problemas que entraña el artículo 2448 letra J, encontramos en sus fracciones I, II y III el relativo al aviso indubitable que se debe dar entre inquilinos y propietarios de inmuebles, pues la ley es omisa al referirse al término "indubitable".

De acuerdo con el Diccionario de la lengua Española, el término indubitable significa: "que no puede dudarse".

Se podría aplicar la analogía el artículo 973, en lo relativo a que la notificación se efectuara por medio de Notario Público o en forma judicial, pues de esta forma se estaría más apegado a la terminología "indubitable, constituyéndose una presunción juris tantum de que efectivamente se realizó la notificación.

Por lo que respecta a la prueba de la notificación ésta sólo puede ser probada si se efectúa, puesto que en nuestro derecho sólo se pueden probar hechos positivos y por lo tanto es sumamente difícil comprobar que la notificación no se realizó, y en tal virtud, la carga de la prueba corre aquí a cargo del que la afirma haber realizado.

"Técnicamente existe la imposibilidad del propietario de acreditar un hecho negativo, como lo es el hecho de que su inquilino, después de haber sido notificado, no manifestó nada; o de probar que lo hizo el inquilino para expresar que no era

su voluntad comprar el inmueble arrendado, a menos que para re-
 cabar una u otra prueba el propietario hubiera obtenido para
 ello y a cambio de la consabida retribución, la constancia es-
 crita o la comparecencia personal del propio inquilino... Este
 grave problema existe porque en la fracción II del nuevo artícu-
 lo 2448 letra J sólo se exige que el inquilino notifique " en
 forma indubitable al arrendador su voluntad de ejercitar el de-
 recho del tanto en los términos y condiciones de la oferta"(16)

Ahora bien, ¿Cómo puede tener la prueba fehaciente el Nota-
 rio que autorice la escritura de compraventa a favor de un ter-
 cero, si el inquilino no extiende la constancia por escrito o -
 no concurre él mismo a la firma de la escritura para hacer la -
 manifestación correspondiente?.

La falta de esta prueba arriesga gravemente al Notario a
 incurrir en la responsabilidad de hacerse acreedor a la suspen-
 sión temporal de su oficio, ya que conforme al artículo séptimo
 del Decreto, se adiciona el inciso D) de la fracción III, del -
 artículo 126 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal,
 para quedar como sigue:

Art. 126.

"III. Suspensión del cargo hasta por un año;

...

D) Por autorizar la escritura de compraventa de un bien
 inmueble sin haberse cerciorado de que el vendedor cumplió con

las obligaciones que establecen los artículos 2448 I y 2448 J del Código Civil.

También expone al comprador a que su escritura de compraventa no se inscriba en el Registro Público de la Propiedad, ya que de acuerdo a la adición al artículo 3042 : "No se inscribiran las escrituras en las que se tramita la propiedad de un inmueble dado en arrendamiento, a menos de que en ellas conste expresamente que se cumplió con lo dispuesto en los artículos - 2448 I y 2448 J de éste Código en relación con el derecho del - tanto correspondiente al arrendatario".

Para el Notario, resulta casi imposible que se cercioren - de que el inquilino no ejercitó su derecho del tanto o que le manifestó al vendedor que no quería ejercitarlo, pues el vendedor que acude ante el Notario no puede demostrarle fehacientemente la existencia de un hecho negativo y la mayoría de las veces, solo lo manifiesta bajo protesta de decir verdad y el Registrador también sólo constata que no se ejercitó el derecho - del tanto inquilinario sólo por lo que se menciona en la escritura de compraventa.

Además, el comprador queda en peligro de que posteriormente se declare la Nulidad de la compra que realizó sin que pueda invocar la protección del artículo 3009 del Código Civil, ya - que conforme a la fracción VI del citado artículo 2448 J: "La - compraventa y su escrituración realizadas en contravención de -

lo dispuesto en este artículo, serán nulas de pleno derecho y - los Notarios incurrirán en responsabilidad en los términos de - la Ley de la materia...".

Por esta razón no caben en este caso la protección registral que establece el artículo 3009 a favor de quien adquiere - un inmueble de la persona que aparece como dueña en el Registro Público de la Propiedad y registra su escritura de compraventa.

"Para tratar de conjurar los graves riesgos que entraña el derecho del tanto del inquilino, aquél propietario que ya tenga dentro de su inmueble a un determinado inquilino para habitación tendrá que negociar con éste y pagarle las más de las veces una retribución a cambio de que por escrito le haga constar que recibió la notificación de la venta a efectuar y que no es su voluntad comprar el inmueble de que se trata, o de que inclusive comparezca el propio inquilino a la firma de la escritura de compraventa para también así poner a salvo de toda responsabilidad al Notario autorizante y pueda éste hacer constar el cumplimiento obligado de los citados artículos 2448 I y 2448 J" . (17)

5. La Controversia entre los Derechos del Tanto que tienen el Copropietario y el Inquilino

Grave problema es enfrentarse al derecho del tanto creado por las reformas cuando concurren varios inquilinos a ejercita-

lo; más grave y problemático es aun el enfrentar a dos derechos del tanto que tienen origen diferente: el del copropietario y el del arrendatario.

El uno nace de un derecho real y el otro de un derecho personal.

Debemos recordar que "Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenece proindiviso a varias personas". (Art. 978 del Código Civil).

Los copropietarios no tienen dominio sobre partes determinadas de la cosa, sino un derecho de propiedad sobre todas y cada una de las partes de la cosa en cierta proporción, es decir, sobre la parte alícuota.

"Parte alícuota es una parte ideal determinada desde el punto de vista mental aritmético, en función de una idea de proporción. Podría decirse que es una parte que sólo se representa mentalmente y que permite establecer sobre cada molécula de la cosa una participación de todos y cada uno de los copropietarios cuya participación, variará según los derecho de estos". (18)

La naturaleza de la parte alícuota es fundamental para entender los derecho de los copropietarios. Sobre ésta parte alí-

(18) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo III, Editorial - Porrúa, S.A., México. Pág. 345.

cuota cada propietario es dueño absoluta, sufriendo sólo las restricciones o modalidades de que toda forma de propiedad puede ser objeto.

Es interesante mencionar que el Código Civil designa indistintamente con el nombre de comunidad a la copropiedad, en los artículos 942, 943, 950 y 969.

El artículo 950 estructura en forma legal y doctrinaria el concepto de la copropiedad. " Todo condueño tiene la plena propiedad de la parte alícuota que le corresponda y la de sus frutos y utilidades, pudiendo, en consecuencia, enajenarla, cederla o hipotecarla, y aún sustituirla a otro en su aprovechamiento salvo si se tratare de derecho personal. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. Los condueños gozan del derecho del tanto".

Se ha dicho que la copropiedad no despierta gran simpatía al legislador, por la inmovilidad que crea en el comercio jurídico, y por las dificultades que pueden generarse entre sus integrantes, las que podrían acentuarse con la admisión de extraños a la comunidad.

Para tratar de evitar esto, el artículo 973 otorga un derecho preferente a los otros copropietarios en la adquisición de

la cuota del que desee venderla. Esta figura jurídica se conoce con el nombre de Derecho del Tanto. "Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de Notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes haga uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el sólo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno".

En el mismo sentido, el artículo 1292 establece: "El mismo heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario debe notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquellos dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto; si los herederos hacen uso de ese derecho, el vendedor esta 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 omitiéndose la notificación prescrita en éste artículo, será nula".

En ambas disposiciones se establece una prohibición de enajenar la parte alícuota de un copropietario o la parte alícuota de un coheredero a un extraño; sin respetar el derecho del tanto del copartícipe o del coheredero.

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

El segundo de los preceptos transcritos es más explícito respecto al contenido del derecho, puesto que dispone que en el caso de que uno de los coherederos quisiera hacer uso del citado derecho del tanto, el vendedor deberá consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas, disposición que seguramente se aplica al caso de la copropiedad.

Una vez analizado este derecho entre los copropietarios; - ¿a quien debe darsele prioridad en el caso de vender un inmueble y de que un copropietario y un inquilino deseen ejercitar su de recho del tanto?.

La prelación la tiene el copropietario, pues su derecho del tanto nace de un derecho de propiedad, de ser condueño de - una cosa; y el derecho del inquilino nace de un derecho personal, pero que de ninguna manera justifica que tenga interés en adquirir la propiedad de la cosa; es cierto que la habita, pero el copropietario además no solo la puede habitar sino que ya es dueño de una parte alícuota, y el espíritu del legislador es que en una sola persona se aglutine el derecho de propiedad en caso

de que los demás condueños desearán vender. (Arts. 973, 974 y 975).

El derecho del tanto se otorga a las personas que tiene el derecho entre si, derecho de igual naturaleza (copropietarios, usufructuarios, nudos propietarios).

"la razón de la existencia de este derecho del tanto, en el caso del copropietario, del coheredero y del usufructuario que contenían ya los Códigos Civiles de 1870 y 1884 y que se conserva en el actual Código Civil, obedece a la conveniencia social de tratar de eliminar en lo posible los conflictos que ordinariamente provoca la pluralidad de titulares de derechos reales sobre un mismo bien, de acuerdo al principio general contenido en el artículo 939 del Código Civil en el sentido de que solo por verdadera excepción, "los que por cualquier título tienen el dominio legal de una cosa, no pueden ser obligados a conservarlo indiviso". Ahora bien, esta razón de ser y de justificación del derecho del tanto ciertamente no existe en favor del inquilino, toda vez que el derecho que a éste le otorga su contrato es solo un derecho personal o de crédito en contra del arrendador y no sólo un derecho real sobre el inmueble arrendado, de tal manera que el derecho real que se establece en los arts. 2448 I y 2448 J, vienen a constituir en realidad una especie de expropiación parcial sin indemnización en perjuicio del propietario de la finca arrendada". (19)

C A P I T U L O I I I

E F E C T O S Q U E S E D A N E N E L D E R E C H O D E L T A N T O

1.- Nulidades, Relativa y Absoluta

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

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

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

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

El Código Civil vigente, siguiendo la doctrina clásica y a Bonnacase en la modificación que propone, dedica un título a la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos y no sólo de los contratos, como hacia el Código anterior. Se presentan como elementos orgánicos o esenciales, el consentimiento y el objeto, - pero en un artículo posterior se habla de actos solemnes, lo que quiere decir que en nuestro derecho, en algunas ocasiones, la forma es elevada a la categoría de elemento esencial y entonces se llama "solemnidad".

El artículo 8 del Código Civil (que tiene por origen el - artículo 4 del Proyecto de Código Español comentado por García Goyena), nos da un precepto general sobre las nulidades, ya que establece el principio de que: "Los actos ejecutados contra el

tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario". No dice el precepto si la nulidad a que se refiere es absoluta o relativa. Castán Tobeñas dice: "A la nulidad de pleno derecho se refiere el artículo 4, según el cual son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley". (20)

Planiol considera que lo normal es la nulidad de pleno derecho. (Es importante señalar que a la nulidad absoluta se le denomina también como nulidad de pleno derecho). Pero Valverde dice: "Por lo demás, insistimos en la consideración que hacíamos antes, es decir, que en la aplicación que hace el Código Civil de su criterio a la nulidad de los actos que regula, se nota una variabilidad tan grande, que se hace necesario consultar sus disposiciones en cada caso". (21)

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

Manuel Borja Soriano se adhiere a la opinión anterior.

Asimismo, nuestro Código Civil contiene diversos preceptos

(20) Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las obligaciones. 13a. edición Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. Pág. 107.

(21) Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit. Pág. 108.

especiales sobre inexistencia y nulidad. Distingue claramente - la inexistencia (art. 2224) de la nulidad, aún absoluta (art. 2226) por falta de un elemento esencial y por la carencia de efectos en el primer caso y la posibilidad de que se produzca en el segundo.

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

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

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

En apego a la tesis de Bonnacase, podemos decir que: " La nulidad de un acto se reconoce en que uno de sus elementos orgánicos: voluntad, objeto y forma, se ha realizado de imperfecta o también en que el fin que perseguían los autores del acto sea directa o expresamente condena por la Ley, sea implícitamente prohibido por ello porque contraria el buen orden social". (22)

(22) Gutierrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, 5a. edición, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue. 1984. Pag.108.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

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

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

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

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

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

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

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

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

JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES. TERCERA SALA

NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA .- "La nulidad absoluta y la relativa se distinguen en que la primera no desaparece por confirmación ni por prescripción; es perpetua y su existencia puede invocarse por todo interesado. La nulidad relativa en cambio, no reúne estos caracteres. Sin embargo, en ambas el acto produce provisionalmente sus efectos, los cuales se destruyen retroactivamente cuando los Tribunales pronuncian la nulidad". (23)

Tesis Relacionada:

"Nulidad, no existe de pleno derecho. Si no hay disposiciones expresas en la Leyes y los casos que ellas comprendan, nuestra Legislación no autoriza que se reconozca la existencia de nulidades de pleno derecho sino que las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos y pre

(23) Semanario Judicial de la Federación 1917-1975. Tercera Sala, México. 1975. Pág. 771.

vio el procedimiento formal correspondiente.

"Nulidad de Pleno Derecho.- La jurisprudencia sobre nulidades de pleno derecho distingue dos situaciones: a) cuando hay ley expresa que establece la nulidad de pleno derecho; y b) cuando no existe la Ley expresa, único caso en que la nulidad tiene que ser declarada por la Autoridad Judicial". (24)

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

Dicha fracción en su parte inicial nos dice que: "La compraventa y su escrituración realizadas en contravención de lo dispuesto en este artículo serán nulas de pleno derecho..."; es decir, las califica con una nulidad absoluta.

Menciona que el acto jurídico de compraventa, habiendo omitido dar el Derecho del tanto a los inquilinos es nulo absoluto pero en algunos casos esta sanción es demasiado severa, sobre todo en los actos que han celebrado con buena intención las partes y que fueron señalados en los incisos anteriores, en los que incluso, en algunos casos planteados, el contrato se celebró con antelación a la entrada de la ley.

(24) Semanario Judicial de la Federación 1955. Última compilación de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. México 1975.

Sin embargo, la misma fracción posteriormente nos dice que:

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

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

Ahora bien, si nos preguntamos ¿a qué personas les compete la acción de nulidad?, observamos que sólo puede ser invocada por determinadas personas en cuyo interés lo establece la Ley, siendo en éste caso el arrendatario; en este sentido estamos también ante una nulidad relativa, ya que si se tratara de una nulidad absoluta, podría invocarse por cualquier interesado.

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

ser distinta, debe atribuir las consecuencias o características después de haber fijado la causa.

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

"Al introducirse este derecho del tanto en favor del inquilino, en forma rigurosa en que lo hacen los artículos 2248 J y 2448 I, ésto es, no a la manera del actual artículo 2447 del Código Civil como un simple derecho de preferencia concedido al arrendatario en caso de venta y como una correlativa obligación de no hacer a cargo del arrendador cuyo incumplimiento genera sólo la responsabilidad por daños y perjuicios pero no la sanción de nulidad de la venta, se crea ahora un verdadero gravamen real sobre el inmueble arrendado para habitación.

En efecto, llámense hoy día derechos reales de adquisición a aquellos gravámenes de una cosa que dan al titular el derecho de convertirse en propietario y dentro de ellos se considera cabalmente el derecho del tanto, el cual para que produzca efectos contra terceros deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad". (25)

(25) Sanchez Medal, Ramón. Ob. Cit. Pág. 17 y 18.

Por lo que respecta a la situación notarial y registral, la sanción es severa, sobre todo en el primero de los casos en don de la suspensión del cargo es hasta por una año y en el segundo caso es verdaderamente imposible para el registrador saber - si debe inscribir o no el acto jurídico, puesto que está en imposibilidad para saber como se computa el plazo y si existió o no aceptación para comprar por parte del inquilino.

No es menos importante la fracción V del mismo artículo en cuanto a la amenaza grave al Notario, que debe ahora como inspector cerciorarse del cumplimiento de tal dispositivo previamente a la autorización de la escritura; al respecto, el artículo 126 fracción III, inciso D) de la Ley del Notario para el Distrito Federal, dispone que hay suspensión del cargo hasta por un año, cuando sin cerciorarse se autorice la escritura, ello sin considerar que la misma es nula de pleno derecho, conforme a la fracción VI artículo 2448 J del Código Civil y dada la naturaleza de la disposición violada, al recordarse que es la de orden público, de interes social e irrenunciable, conforme establece el artículo 2448.

Es interesante destacar que en la Iniciativa Presidencial del 16 de octubre de 1984, de reforma a la Ley del Notariado del Distrito Federal del Ejecutivo Federal, no se contenía ninguna alteración al artículo 126, salvo la fracción II pero no a la III que gravemente ahora obliga a una pesquisa previa al fedatario. Es de hacerse notar que esa Iniciativa presentada a la Cámara de Diputados, no fue resuelta por la LII Legislatura,

y es factible que la LIII la resucite.

2.- Procedencia de Daños y Perjuicios

El cumplimiento forzoso indirecto se opone, como sabemos, al cumplimiento forzoso directo, en el sentido de que no habiendo podido obtener el acreedor el objeto de la obligación, se repara el perjuicio que ha sufrido mediante una suma de dinero, llamada indemnización de daños y perjuicios. Se distinguen dos categorías de daños y perjuicios: los moratorios y los compensatorios. El objeto de los primeros es reparar las consecuencias perjudiciales de un retardo en el incumplimiento de las obligaciones. Los daños y perjuicios compensatorios se refiere a las consecuencias perjudiciales de un incumplimiento definitivo de la obligación.

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

No puede hablarse de incumplimiento cuando hecha la oferta, ésta fue aceptada, o no aceptada por el sujeto activo, ya que, si medió la aceptación junto con el pago o consignación del - precio, se llegó al perfeccionamiento del contrato, si el sujeto pasivo enajena en favor de un tercero, está vendiendo algo -

algo que ya no es de su propiedad y el problema sale de la esfera de este tema; si, en cambio, no hubo aceptación, el derecho caducó y la obligación dejó de subsistir.

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

El derecho del tanto, es una institución jurídica que no pertenece a la teoría general de las obligaciones, sino que está encuadrada dentro del régimen jurídico de la propiedad, puesto que es precisamente, la figura jurídica de la modalidad a la propiedad; de ahí que el incumplimiento de la obligación del tanto no esté regido por dicha teoría general de las obligaciones, sino que se resuelve de acuerdo con principios excepcionales, propios más bien del estatuto general de la propiedad.

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

En efecto, el Código Civil dispone que el contrato celebra

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

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

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

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

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

Si esto fuera cierto además no existiría obligación de indemnizar en todos aquellos casos en que no hay convenio, por ejemplo en los cuasicontratos, en las obligaciones puramente legales, aún en los casos en que no hay otra obligación preexistente, en que la culpa no puede ser si no extracontractual.

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

Las normas que la ley da acerca de ellas tiene por esto un valor, no solo en el caso de que las partes, con su silencio hayan hecho de ellas parte integrante del contrato, sino también en aquellas formas especiales de los contratos, en general siempre y cuando se trate de la ejecución de una relación obligatoria que surgiera, bien sea por la voluntad, bien por causa de la ley. Pero bien se advierte, y con eficacia la institución -

de la culpa, aún en la hipótesis en que no preexista ninguna obligación, entonces se tiene la culpa extracontractual equitativa justificada siempre con el criterio fundamental expuesto de que cada cual está obligado a las consecuencias de la injuria a que él hubiere dado lugar con su negligencia y que le fuere imputable.

3.- El Derecho de Retracto

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

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

Quizá las intenciones de los romanos fueron realmente plausibles al dar cabida a esta institución, pues trataban de proteger al patrimonio familiar; sin embargo, dicha protección no puede negarse que se obtenía a costa del comprador y de ahí los

vicios de injusticia que han sido propios del retracto.

La injusticia a que me refiero puede estimarse de gran importancia, pero el principal defecto de la institución es que iba en contra del principio de definitividad en los contratos.

Pese a lo anterior, el retracto no fue exclusivo del derecho romano y proliferó, tanto en relación con el espacio, como con el tiempo. Además, desde sus orígenes, no se vio atemperado como sucedía con el derecho del tanto, sino que tuvo un vigor mucho mayor que está.

Los romanos conocieron el retracto, pero no es a ellos a quienes se les puede atribuir exclusivamente su cración. Se puede sostener, más bien, que el retracto tuvo dos nacimientos: un " en Roma, y que tendía a proteger a la familia, pero que, a la vez, se daba sobre el supuesto del respeto de la voluntad; otro entre los hebreos, el cual, en orden de aparición, parece ser más antiguo, su origen se debió a otros motivos: religiosos y políticos.

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

Como sucede con casi todas las intituciones, a menudo se dan excesos al tratar de alcanzar el fin para el que se han creado aquéllas y es entonces cuando se originan las situacio-

nes de injusticia.

Tal es el caso del derecho hebreo que no se conformó con establecer que el contrato de compraventa tuviese un plazo fatal resolutorio, sino que se fue más allá y dispuso que el vendedor o sus parientes cercanos tenían la facultad de anticipar el plazo a su entera voluntad y redimir o rescatar la cosa vendida con esto, prácticamente, se dejaba sin defensa al comprador: "Y así todo terreno de vuestra posesión se venderá con la condición de redimible. Si empobreciendo tu hermano vendiere su pequeña propiedad, si lo quisiere un pariente suyo, puede redimir lo vendido a otro. Más, en caso de no tener pariente cercano, - si él mismo puede hallar el precio con qué redimirla, computará los frutos caídos desde la venta y pagará el resto al comprador y con eso recobrará su posesión".

En estas disposiciones del Levítico se halla el nacimiento del derecho de retracto y en la condición de redimible, obligatoria en los contratos, el pacto de retroventa.

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

bien encontraron que encajaba como institución complementaria de la que ya conocían y que era resultado del pacto de retroventa, esto es, el retracto contractual.

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

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

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

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

se usaba la palabra "tanto".

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

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

El derecho del tanto, en cambio, aunque carezca como tal - de efectos reales y tenga únicamente trascendencia inter partes nace tan sólo en el momento en que el propietario de una cosa - se propone enajenarla, y concede a su titular derecho para ha-

cerla suya en las mismas condiciones de la venta proyectada, constituyendo en tal sentido un verdadero retracto anticipado, que tiende a evitar las perturbaciones que supone el ejercicio de tal derecho, como lo demuestra el hecho de que todos los tan teos vigentes son concedidos en hipótesis en que se reconoce además el derecho de retracto, que es la única garantía de que - si el que se propone vender ha omitido el requisito de avisar al titular de tal derecho de las condiciones de la enajenación proyectada, no quede defraudado el derecho de éste, que podrá hacerlo valer contra el adquirente de la cosa de modo directo.

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

La acción de retracto habrá de dirigirse, por tanto, no - contra el vendedor o dador en pago, sino de modo directo contra el tercero adquirente y su eficacia se traduce en una verdadera novación legal del contrato transmisivo, en virtud de la cual - se subroga el retrayente en todos lo derechos del comprador re- traído y al comprador en todos los derechos y acciones del ven-

dedor, es decir que manteniéndose íntegramente en todo su contenido el contrato originador del retracto, la única modificación que en el mismo se produce es meramente subjetiva, y así el comprador se convierte en vendedor, cuyos derechos asume, y el retrayente, en comprador.

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

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

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

C A P I T U L O I V

DE LAS ACCIONES PROCESALES

1.- Tipos de Acciones

La acción procesal, puede ser ejercitada por cualquier persona, por ser una facultad mediante la cual se provoca la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado para resolver una situación controvertida, llegándose a tutelar determinada pretensión material; muchas veces podrá ser infundada la acción por carecer de derecho quien la ejercita, pero aún en estos casos, la acción se ha ejercitado y es indiscutible que se ha puesto en movimiento a la autoridad jurisdiccional.

Por esto es que la acción es independiente del derecho y se diferencia de él en:

a) Por su origen, porque los derecho nacen de un sinnúmero de instituciones jurídicas; en tanto que la acción por lo general, nace de un conflicto entre dos o más personas.

b) Por sus condiciones de ejercicio, el derecho supone una situación jurídica que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción; mientras que en la acción siempre se supone actividad que se realiza por medio de un proceso con formalidades propias.

c) Por su objeto, el derecho es la base para fundamentar las pretensiones que se quieren hacer valer o que se quiere que se reconozcan, es precisamente la regla que el órgano jurisdic-

cional va aplicar para la solución de la cuestión litigiosa; mientras que a través de la acción se persigue la obtención de una resolución judicial que es la que pronuncia el órgano jurisdiccional.

d) Por sus efecto, la acción agrega al derecho un nuevo elemento, es decir, que al obtener la resolución judicial que es el objeto de la acción, lleva a uno de sus últimos grados la individualización de la norma jurídica que concede el derecho, y en este sentido puede reconocerlo o bien negarlo.

No obstante que la acción y el derecho son autónomos por las razones antes expuesta, están estrechamente vinculados, por que la acción está instituida para proteger el derecho, no importando que llegue a faltar éste, lo que no implica que la acción pueda ejercitarse sin otro objeto que su propio ejercicio.

Recíprocamente el derecho no siempre supone la protección de la acción, tal es el caso del cumplimiento voluntario, pero resultaría ineficaz si no se contara con ella, para los casos en que el obligado pretende dejar insatisfecha su obligación.

La legislación para el Distrito y Territorios Federales, ha establecido que cuando la ley no indica el carácter o grado de la nulidad que establece como sanción a la infracción de las normas que adopta, el sentenciador está obligado a penetrar en la intención que persigue el Legislador y debe entender prefe-

rentemente a los intereses que éste ha pretendido proteger, para poder precisar las personas en cuyo favor ha sido establecida la nulidad. Si la venta de los derecho hereditarios por un heredero en favor de un extraño, requiere la notificación previa a los demás herederos para que hagan uso del derecho del tanto, bajo pena de nulidad de la venta, tal condición propende a la protección exclusiva de los intereses de los herederos ajenos a la celebración de la venta estando encaminada la acción de nulidad o de retracto cuando no se ha efectuado la notificación, a lograr para ello el respeto y satisfacción de su derecho de preferencia; y se explica que la medida adoptada sea en protección de estos herederos que desean adquirir los derechos sobre los bienes sucesorios de que son también copropietarios y no de aquellos que han celebrado la venta, puesto que esta misma circunstancia excluye todo el interés de su parte.

Por consiguiente, si bien es cierto que la acción de nulidad o de retracto concierne a los herederos que no fueron notificados antes de la realización de la venta, los efectos jurídicos de la declaración judicial no puede producirse sino respecto de los herederos que ejercitaron la acción, tanto porque al ocurrir a la autoridad judicial a deducir el derecho de retracto manifiestan su voluntad de adquirir los derecho hereditarios materia de la venta, tanto por que atento al principio jurídico que establece los límites objetivo y subjetivo de la sentencia, ésta no puede referirse a cosas y personas distintas de las que comprende la controversia jurisdiccional, por lo que la declara

ción de nulidad no puede beneficiar a ningún otro heredero.

Si es verdad que por la acción de retracto se nulifica la venta celebrada con el tercero extraño a la copropiedad, esa nulidad no tiene por objeto volver las cosas al estado que antes tenía, como sucede en la mayor parte de las nulidades, puesto que no tiene el efecto de que el comprador devuelva el precio - al vendedor y éste recupere la propiedad de la cosa, sino por el retracto el copartícipe actor se subroga en los derechos del comprador, de modo que a éste le devuelve el precio y es éste quien devuelve la cosa. Se trata en consecuencia de una nulidad la proveniente del retracto, con características especiales que lo distinguen de la generalidad de las nulidades.

Tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace en favor de un tercero extraño a la comunidad, se puede presentar dos situaciones: cuando la venta está simplemente propalada y cuando está consumada. En el primer caso los copropietarios pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una - venta directa del copropietario enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con - el tercero; mientras que en el segundo caso los copropietarios preteridos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador.

Como se podrá observar, nuestro más alto Tribunal ha acudi

do a los antecedentes del derecho del tanto en la legislación española; sin embargo, se trata de una interpretación que no tiene cabida en nuestra actual legislación.

El actual derecho del tanto está concebido en los términos en que apareció originalmente en la legislación española, esto es, tal como se entendía el derecho del tanto concedido en favor del señor del directo dominio, cuyo incumplimiento traía consigo la nulidad del contrato, pero sin que hubiese disposición alguna en el sentido de que pudiese subsanarse la violación del derecho del tanto por medio del retracto.

Posteriormente, es cierto que se estimó poco eficaz un derecho del tanto cuyo incumplimiento trajera consigo la nulidad del contrato, en medio de dicha situación, se incorporó a la institución jurídica del retracto o tanteo. Al efectuarse esta asimilación, prácticamente se derogó el derecho del tanto, tal y como se había concebido en un principio, puesto que el supuesto necesario del retracto tenía que ser la validez del contrato.

En el Código Civil Vigente, existe la derogación total del retracto, el que ha sido substituido por la figura jurídica del derecho del tanto y pretender, en el caso, acudir a los principios y mecanismos exclusivos de una institución derogada resulta fuera de lugar.

Por otra parte, se pretende que la acción de nulidad que resulta del incumplimiento del derecho del tanto, es una acción

de retracto, la cual fue desconocida por la legislación española, ya que lo que estableció fue el derecho del tanto o retracto, si de éste resultaba una acción que pudiera calificarse de acción de retracto, no puede sostenerse que la misma se haya concebido independientemente del citado derecho o como consecuencia del derecho del tanto.

De los antecedentes del derecho del tanto en la legislación española, no puede extraerse la idea de que el derecho del tanto origine la acción de retracto.

Considerando que la legislación española hubiese concebido al retracto como una acción, ésta no podría caber en nuestro derecho como una nulidad-retracto, pues en tales circunstancias - su ejercicio debería hecerse dentro de los nueve días siguientes a la fecha de la celebración del contrato con el tercero, - término que no puede compaginarse con el del ejercicio de la acción de nulidad.

De cualquier forma, la objeción más fuerte que puede hacerse al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es la relativa a la necesidad de que el contrato debe ser válido - para que pueda ejercitarse el retracto y hay disposición expresa de la ley en el sentido de que el contrato celebrado en contravención del derecho del tanto es nulo.

JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES.
SALA CIVIL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

"DERECHO DEL TANTO.- "Si un copropietario tiene convenida una compraventa sobre su parte en favor de un extraño y no notifica judicial ni notarialmente de esta compraventa a los otros coparticipes, éstos no pueden ejercitar su derecho del tanto, pues el ejercicio de tal derecho descansa en dos presupuestos: I, que el copropietario ya tenga convenida una venta con un extraño; II, que el copropietario notifique notarial o judicialmente de la venta convenida a los coparticipes para que estos usen del derecho del tanto en un plazo de 8 días. Cuando no existe la notificación, el derecho no puede ser ejercitado en forma espontánea.

Esto se desprende del texto del artículo 2692 del Código Civil del Estado de Puebla, que corresponde al artículo 973 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales".(26)

"DERECHO DEL TANTO Y ACCION DE RETRACTO.- Término para ejercitarse. Legislación para el Distrito y Territorios Federales. El término para hacer uso del derecho del tanto es diverso del plazo para ejercitar la acción de retracto que compete a quien no se le dió oportunidad de hacer valer aquel derecho; en efecto, el plazo para hacer uso del derecho del tanto es de 8 días contados a partir de la notificación que se haga a los co-

(26) Semanario Judicial de la Federación. Boletín 1956. 3a. Sala. Pág. 573. (no publicada oficialmente, queda sólo como teoría jurídica).

herederos, mientras que la acción puede deducirse durante el plazo de 10 años que la ley señala para la prescripción en general de las acciones. Conviene hacer notar, que la Suprema Corte de Justicia manifestó al resolver el Amparo directo 1082-52 promovido por la sucesión de la Sra. Teresa Galvan Vda. de González y coagraviado, que el derecho del tanto y la acción de retracto son en el fondo lo mismo; más de tal aceveración no puede inferirse que su ejercicio esté regido por el mismo término; es - cierto que en el fondo ambas acciones son lo mismo en cuanto tienden a proteger el derecho de preferencia que concierne a lo coherederos excluidos en la venta de los derechos hereditarios, sin embargo, el modo, forma y término en que deben hacerse valer son completamente diferentes". (27)

"DERECHO DEL TANTO Y DE RETRACTO. LA ACCION DELATIVA SI ES SUCEPTIBLE DE EXTINGUIRSE POR PRESCRIPCION.- Si es verdad que - por la acción de retracto se nulifica la venta celebrada con el tercero extraño a la copropiedad, esa nulidad no tiene por obje to volver las cosa al estado que antes tenían como sucede en la mayor parte de las nulidades, puesto que no tiene el efecto de que el comprador devuelva el precio al vendedor y éste recupere la propiedad de la cosa, sino que por el retracto el copartícipe actor se subroga en los derechos del comprador, de modo que a éste le devuelve el precio y es éste quien le entrega la cosa.

Se trata en consecuencia de una nulidad, la proveniente de retracto, con características especiales que lo distinguen de -

la generalidad de las nulidades. Ahora bien, aunque el artículo 970 del Código Civil del Estado de Nuevo León establece que "Mientras no se haya notificado, la venta no producirá efecto legal alguno, es evidente que no debe tomarse en cuenta literalmente, dicha expresión para calificar la clase de nulidad que establece, precisa tener en consideración, fundamentalmente, --cuál es el interés que la ley pretende proteger al exigir la notificación de que se trata esto es, si se busca protección del interés de particulares.

Para tal efecto debe hacerse notar que el derecho del tanto tiene objeto fundamental evitar la intromisión de un extraño en la cosa común pueda crear problemas mayores que los que ya por si mismos crea frecuentemente el estado de indivisión; por otra parte, también tiene como un fin inmediato evitar la prolongación del estado de copropiedad.

En consecuencia puede decirse que tiene por fin proteger los intereses privados de los copropietarios y no pretende tutelar el orden público, pues si bien es verdad que puede pensarse que la ley está interesada en que no se prolongue los estados de indivisión, también lo es que no establece imperativamente la obligación determinarlos, puesto que si bien es cierto que el derecho de retracto tiene por objeto, como antes se dijo, hacer posible que el preterido adquiera la parte alícuota enajenada en favor del tercero, también es que la ley no obliga a ello, de tal modo que es el propio tutelar del derecho quien de

cide si lo ejercita o no. En estas condiciones es pertinente concluir que las normas referentes al derecho del tanto, son normas referentes al derecho del tanto, son normas de interés privado y, por consiguiente, la nulidad a que se refiere el artículo 970 si es susceptible de extinguirse por confirmación y por prescripción". (28)

"DERECHO DEL TANTO DEL ARRENDATARIO.- La venta efectuada - es válida aún cuando se haya realizado sin dar aviso para hacer uso del...(Legislación del Estado de Tabasco). Lo establecido en los artículos 2205, 2206 y 2348 del Código Civil del Estado de tabasco, no deja duda de que el arrendatario que goza del derecho del tanto solo puede reclamar los daños y perjuicios causados cuando no se le da el aviso relativo puesto que la venta, por expresa disposición de la ley, es válida aún cuando se haya efectuado sin dar ese aviso". (29)

2.- Su Fundamento

El Código Civil para el Distrito Federal menciona en su artículo 2448 J fracción VI, que: "La compra venta y su escritura realizadas en contravención de lo dispuesto en este artículo serán nulas de pleno derecho y los notarios incurrirán en responsabilidad en los términos de la Ley de la materia. La

(28) 3a. Sala. Informe 1960. Sexta Epoca, Vol. XL, 4a. Parte Pág. 111.

(29) 3a. Sala. Sexta Epoca, Vol. LXXXIII, 4a. Parte. Pág. 11.

acción de nulidad a que se refiere esta fracción prescribe a los seis meses contados a partir de que el arrendatario tuvo conocimiento de la realización del contrato. En caso de que el arrendatario no dé el aviso a que se refiere las fracciones II y III de este artículo precluirá su derecho.

En lo relativo al cómputo de los días para contar la notificación, sucede algo extraño; el artículo 2448 J, en sus fracciones II y III se refiere a quince días, sin especificar si se trata de días hábiles o naturales.

La palabra término es sinónimo de la palabra plazo, pero algunos jurisconsultos modernos establecen entre ellas la diferencia de que, mientras el término, propiamente dicho expresa el día y hora en que debe efectuarse un acto procesal, el plazo consiste en un conjunto de días, dentro del cual puede realizarse válidamente determinados actos.

Así por ejemplo: Manuel de la Plazas dice: "...la doctrina marca una distinción entre plazo y término, en sentido estricto, es el momento en el que ha de llevarse a cabo".(30)

Los plazos de días se cuentan en la forma que señala el artículo 1178 del Código Civil: "...se entenderán estos de veinticuatro horas naturales, contando de las veinticuatro a las veinticuatro".

(30) Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Pág. 763.

Pero si la notificación se efectúa judicialmente, ¿se descuentan los días inhábiles?

El término judicial es el tiempo en que un acto procesal - debe llevarse a cabo para tener eficacia y validéz legal.

Nos dice el artículo 64 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que: "las actuaciones judiciales se practicarán en días y horas hábiles. Son días hábiles todos los del año, menos los sábados y domingos, y aquellos que las - leyes declaren festivos.

Se entiende horas hábiles la que median desde las siete hasta las diecinueve horas".

De acuerdo con el Código Civil Vigente, los términos judiciales empezarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se hubiere hecho el emplazamiento o notificación.

El cómputo se lleva a cabo de acuerdo con las siguientes - reglas:

"En ningún término se contarán los días en que no puedan - tener lugar actuaciones judiciales". (art. 131 del C.P.C. para el D.F.).

"...los meses se regularán por el número de días que les correspondan, y los días se entenderán de veinticuatro horas

naturales, sin perjuicio de que las actuaciones judiciales se sujeten al horario que establece el art. 64. (art. 136 del C.P. C. para el D.F.).

En cuanto a los efectos que produce su no aprovechamiento, el art. 133 del C.P.C para el D.F. resuelve que: "Una vez concluidos los términos fijados a las partes, sin necesidad de que se acuse rebeldía, seguirá el juicio su curso y se tendrá por perdido del derecho que, dentro de ellos, debió ejercitarse".

Por regla general, si el término es procesal, los días son hábiles; y si no lo es, son naturales; suscitandose otro segundo problema; si la notificación es notarial ¿ se debe entender que los días son naturales?, puesto que no se trata de un proceso, pero si la notificación es judicial, ¿debe entenderse que los días son hábiles?.

Como se observa, se establecería una diferencia de cuatro días, ya que de realizarse la notificación judicialmente y contando los días como hábiles, los 15 días a que se refiere el Código Civil se convierten en diecinueve, o aún más si existen días feriados de acuerdo al art. 74 de la ley Federal del Trabajo.

Considerando que en ambos casos, los días a que se refiere el artículo 2448 J en sus fracciones II y III, deben contarse como naturales, ya que en el mismo sólo se señala que: "...dis-

pondrán de 15 días...".

Cuando el inquilino decide aceptar el derecho del tanto que actualmente la ley le confiere, y lo notifica al vendedor - mediante la vía judicial, puede suceder que el juez le de entra a la demanda y dicte auto por el que se ordene notificar al vendedor; pero puede suceder, como desafortunadamente pero generalmente ocurre, que el notificador retarde la notificación transcurriendo el término de los quince días que establece el artículo 2448 J fracciones II y III, dando una apariencia ante el - vendedor de que el inquilino no quiso ejercitar su derecho.

Debermos mencionar que el notificador es el funcionario judicial que tiene a su cargo hacer las notificaciones y practicar las diligencias ordenadas por el juez.

El artículo 110 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala que:

"Los notificadores deberán practicar las notificaciones dentro de los tres días siguientes al en que reciban el expediente o las actuaciones correspondientes, salvo que el juez o la Ley dispusieran otra cosa. los infractores de ésta disposición serán destituidos de su cargo cuando reincida por más de - tres ocasiones, sin responsabilidad para el Tribunal Superior - de Justicia del Distrito Federal, previa audiencia de defensa - ante el juez o magistrado correspondiente.

Para los anteriores efectos, se llevará un registro diario de los expedientes o actuaciones que se les entreguen debiendo recibirlos bajo su firma y devolverlos dentro del plazo señalado".

La disposición anterior en la practica se infringe generalmente, al grado de que es necesario "Motivar economicamente" a dicho funcionario para que cumpla con sus obligaciones.

Es por ello que tal disposición forma parte del "Derecho - Vigente no Viviente", denominación dada por el Doctor Miguel Villoro Toranzo; debido a que es ineficaz por no ser observada oficialmente.

En este caso es necesario una medida de apremio o correctiva a las autoridades judiciales a fin de que en un breve término, los actuarios procedan dentro de los quince días a notificar al vendedor que se ha ejercitado el derecho del tanto.

Actualmente la imprevisión de lo anterior, puede dar motivo a muchas nulidades de escrituras con la posible sanción al notario y al registrador, puesto que los derechos del tanto se están notificando con posterioridad a los quince días que ordena la ley, creando con ello inseguridad jurídica entre el vendedor, el comprador y el inquilino; pues el vendedor, con base en el artículo 2448 J, fracción VI in fine, piensa que ha precluido el derecho del inquilino para adquirir.

"Al efecto, si una vez notificado el inquilino acerca del propósito del arrendador de vender a tercera persona en determinado precio de contado la finca arrendada, simplemente contesta dicho inquilino dentro del plazo de quince días que acepta comprar en este precio y no exhibe desde luego el importe de éste, porque este requisito no lo establece las reformas, sino que sólo pide se envíe por el arrendador la documentación relativa (Título de propiedad, boletas de contribución, certificando de no adeudo fiscal, avalúo, etc...) a un cierto notario para que prepare la escritura y luego al cabo de un prolongado tiempo de trámites y de papeleo, cuando ya el tercer interesado en comprar a desistido de su oferta, resulta a la postre el citado inquilino con la embajada de que siempre no le es posible efectuar la compra a causa de cualquier circunstancia, como sería por ejemplo que no pudo obtener el préstamo que esperaba conseguir o que no le fué posible vender un determinado bien de su propiedad para reunir así el importe del precio, se produce entonces un grave daño al propietario en cuestión, porque se le impidió vender a quien en el momento oportuno efectivamente le iba a comprar el inmueble arrendado, y solo le anunció su inquilino sin garantía de ninguna especie que se proponía comprarle tal inmueble, cosa que al fin de cuentas no hizo éste último.

Es más, si posteriormente a quel mismo propietario decide vender en otro precio mayor o menor o concediendo algunas facilidades de pago a otra persona interesada, tendrá de nuevo que notificar al inquilino su propósito al respecto, haciéndole saber las nuevas condiciones; para correr otra vez riesgos simila

lares, ya que este "nuevo aviso" lo prescribe expresamente la -
fracción III del citado art. 2448 J.

En otras palabras, este arbitrario derecho del tanto pre-
tende poner al propietario a merced de su inquilino para que -
aquel sufra impunemente los efectos de la mala fe de dicho in-
quilino o de las ilusiones infundadas de éste poder comprar el
inmueble que habita".(31)

(30) Sánchez Medal, Ramón. Ob. Cit. 17

MODELO DANDO AVISO AL ARRENDATARIO SOBRE EL DERECHO DEL TANTO POR VENTA DEL INMUEBLE OBJETO DEL ARRENDAMIENTO.

RUIZ OJEDA JORGE
VS.
ERNESTO OVANDO SANTANA

C. JUEZ DEL ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO EN TURNO.

JORGE RUIZ OJEDA, por mi propio derecho señalando como domicilio para oír notificaciones el número 121, despacho 1002, del edificio ubicado en las calles de Dibujantes, Colonia Apatlo, Distrito Federal, autorizando para oír y recibir notificaciones documentos y valores al Lic. Pedro Torres Arley, ante usted atentamente digo:

Que en vía de JURISDICCION VOLUNTARIA, vengo a pedir se haga saber y se notifique al arrendatario, señor ERNESTO OVANDO SANTANA, con domicilio en el departamento número 202 del edificio marcado con el número 32 de las calles de Doctor Lavista, colonia de los Doctores, de esta ciudad, mi deseo de vender el departamento que ocupa en calidad de arrendatario en la cantidad de \$60'000,000.00 (SESENTA MILLONES DE PESOS M.N) de riguroso contado y en efectivo y que dispone de TREINTA DIAS (no olvidar que el término es de 15 días, pero generalmente, se le dan 30 al arrendatario), contados a partir de la notificación que le haga el juzgado, para notificarme en forma indubitable su deseo o voluntad de ejercitar el derecho del tanto, en los términos y condiciones de la oferta - contenidos en el cuerpo de este escrito, apercibido en términos del párrafo último de la fracción VI del artículo 2448-J del Código Civil, - que si deja de darme el aviso citado se declarará precluido su derecho - del tanto.

Mi petición se fundamenta en los siguientes hechos y preceptos - legales:

H E C H O S

1.- Con fecha dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, en mi carácter de arrendador, celebré contrato de arrendamiento con el señor ERNESTO OVANDO SANTANA, respecto al departamento número 202 del edificio marcado con el número treinta y dos de las calles de Doctor Lavista, colonia de los Doctores, de esta ciudad, según lo acreditado con el contrato de arrendamiento que se anexa como documento base de la acción.

2.- Es mi deseo y voluntad se haga saber y se notifique al señor ERNESTO OVANDO SANTANA, que he puesto en venta el departamento objeto del arrendamiento, pero que como en su calidad de arrendatario tiene preferencia y derecho del tanto para adquirir el inmueble en propiedad, haciéndole saber que el departamento se vende en la cantidad de ----- \$60'000,000.00 (SESENTA MILLONES DE PESOS M.N.), de riguroso contado y - que dispone de TREINTA DIAS contados a partir de la notificación que le haga el juzgado, para hacerme saber en forma indubitable su voluntad de ejercitar el derecho del tanto, en los términos, precio y condiciones de la oferta, contenidos en el cuerpo de este escrito.

D E R E C H O

Por cuanto al fondo son aplicables los artículos 2398, 2399, -- 2400, 2448-I y 2448-J y demás relativos del Código Civil.

El procedimiento lo rigen los artículos 893, 894, 896, 897, 898 y demás conducentes del Código de Procedimientos Civiles.

Por lo expuesto a Usted C. Juez, atentamente pido se sirva:

UNICO: Proveer conforme a derecho.

PROTESTO LO NECESARIO

MEXICO, D.F., A 11 DE SEPTIEMBRE DE 1992.

3.- La Prueba

El tema de la prueba es uno de los que, mayor interes tiene, tanto desde el punto de vista práctico como desde el punto de vista teórico.

En su sentido estrictamente gramatical, la palabra prueba expresa la acción y efecto de probar, también la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.

La prueba se dirige al Juez, no al adversario, por la necesidad de colocarlo en situación de poder formular un fallo sobre la verdad o falsedad de los hechos alegados, puesto que debe juzgar.

El objeto normal de la prueba son los hechos, pero existen hechos que no necesitan ser probados, y otros sobre los cuales no se permite la prueba. Para que los hechos sean objeto de prueba se requiere que presenten determinados caracteres.

Dentro de los diferentes medios de prueba que se deben aplicar para el ejercicio del derecho del tanto y que permitirán hacer valer ese derecho ante la autoridad jurisdiccional, entre otras las principales son:

La Confesional, que es el reconocimiento realizado por una

de las partes, de hechos propios y adversos, opuestos por la contraria, esta prueba se puede ofrecer desde que se abre el pe ríodo probatorio hasta la citación para sentencia definitiva.

Los hechos se presentan en forma de preguntas que reciben el nombre de posiciones, las cuales, por mandato expreso de la ley procesal, deben tener relación con los hechos controvertidos, redactarse en términos precisos, contener cada una de ellas un solo hecho, ser éste propio del que declara y no ser ninguna de ellas insidiosa, es decir dirigirse a ofuscar la inteligencia del que ha de responder, con el objeto de contrariar la verdad.

La posiciones pueden articularse verbalmente o por escrito, en cuyo caso se presenta al juzgado en un sobre cerrado.

La parte está obligada a absolver personalmente las posiciones cuando así lo exija el que las articula o cuando el apoderado ignore los hechos, el que haya de absolver las posiciones será citado personalmente, a más tardar el día anterior al señalado para la diligencia, bajo apercibimiento de que si deja re de comparecer sin justa causa será tenido por confeso.

Si comparece, el juez abrirá el pliego y previa la calificación de las posiciones, se procederá al desahogo de la prueba. Las respuestas deberán ser categóricas, en sentido afirmativo o negativo (sí o no), pudiendo el que las da, agregar las explica

ciones que estime convenientes o las que el juez le pida.

El que deba absolver posiciones será declarado confeso:

- 1.- Cuando sin justa causa no comparezca;
- 2.- Cuando se niegue a declarar;
- 3.- Cuando al hacerlo insista en no responder afirmativa o negativamente. La declaración se hará en todo caso, a petición de la parte contraria, quien podrá formular su petición en el acto mismo de la diligencia o por escrito hasta la citación para sentencia.

Otra prueba de vital importancia es la Testimonial, que se relaciona con personas físicas que aseveran tener conocimiento de los hechos por medio de los sentidos.

Esta prueba debe ofrecerse declarando el nombre y domicilio de los que serán citados cuando la parte que ofrezca su testimonio manifieste no poder hacer por sí misma que se presenten. Los que citados legalmente se nieguen a comparecer sin causa justificada y los que habiendo comparecido se nieguen a declarar, serán apremiados.

Para el examen de los testigos no se presentarán interrogatorios escritos. Las preguntas serán formuladas verbal y directamente por las partes, tendrán relación directa con los puntos controvertidos y no serán contrarias al derecho o a la moral. Deberán estar concebidas en términos claros y precisos, procu-

rando que en una sola no se comprenda más de un hecho.

sin embargo, cuando el testigo resida fuera del lugar del juicio, deberá el promovente presentar sus interrogatorios con las copias respectivas para la otras partes, que dentro de tres días pueden presentar sus interrogatorios de repreguntas. Para el examen de los testigos que no residan en el lugar del juicio se libraré exhorto en que se incluirán en pliego cerrado las - preguntas y repreguntas.

los testigos esta obligados a dar razón de su dicho, pues si no la dan, su testimonio carece de valor probatorio. Estan obligados, además, a ser veraces. El falso testimonio se sanciona, por el artículo 247 del Código Penal.

El testimonio se valora según el prudente arbitrio del juez. Tanto éste en su resolución como las partes o sus representantes o patronos en sus escritos de alegatos, deben referir se a los factores de tipo psicologico susceptibles de deformarlo.

La prueba documental, llamada también literal, en la que se hace por medio de documentos, en la forma prefijada en las leyes procesales.

Los documentos han sido considerados siempre como uno de los

medios más seguros de prueba de los hechos en el proceso. La fijeza que al hecho a probar da el documento, le atribuye una superioridad sobre los demás medios que, sin embargo, no es prudente aceptar de una manera general y absoluta.

Para obtener el efecto probatorio, los documentos han de ser examinados, percibidos sensorialmente por el juez, pero no quiere esto decir que la prueba documental sea un caso de aplicación del reconocimiento judicial, pues de lo que se trata, esencialmente, en aquélla, es de apreciar el contenido intelectual del escrito, no sus condiciones materiales. Por lo mismo - tan pronto como en un escrito la cuestión se reduzca a esto último, tenemos una prueba por inspección personal del juez; así por ejemplo, en el caso de que se use un documento con el único fin de cotejar, es decir, de ver si la escritura es la misma en sus rasgos que la de otra cuya identidad se discute.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal sólo considera como documentos los escritos, fundándose en que no incluye en la prueba documental las fotografías, las copias fotostaticas, ni los discos de fonógrafo, medios de prueba que agrupa entre los llamados científicos.

Sobre el valor o eficacia de la prueba documental, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, contiene las disposiciones siguientes:

Los instrumentos públicos no se perjudican en cuanto a su validez, por las excepciones que se aleguen para destruir la acción que en ellos se funde.

Las actuaciones judiciales hace prueba plena;

Las partidas registradas por los párrocos, anteriores al establecimiento del Registro Civil, no harán prueba plena en lo relativo al estado civil de las personas, sino cotejada por notario público.

Los documentos privados sólo hacen prueba plena contra su autor cuando fueren reconocidos legalmente.

Hay que tener en cuenta, que cuando se trata de valorar los diferentes medios de prueba, que en la práctica judicial - rara vez las cuestiones se deciden por el resultado de uno sólo de ellos, pues lo más frecuente es que se utilicen varios para probar un solo hecho.

La legislación debe responder siempre a las realidades sociales y en el orden procesal, no puede cerrar los ojos a las manifestaciones del progreso material, que pone al servicio de la justicia instrumentos eficaces para el cumplimiento de sus fines.

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

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

El derecho del tanto es transportado por los cristianos a la legislación española, juntamente con otra institución que le es afín, ésta es: el retracto, cuyos orígenes se encuentran en la cultura hebrea y el cual es inmediata consecuencia del especial concepto de propiedad de dicha cultura.

El derecho del tanto tiene, en la legislación mexicana, las características de institución jurídica.

Segunda.- El derecho del tanto aparece estrachamente vinculado con el derecho de propiedad, por cuanto restringe los atributos del propietario, al imponerle una abstención. Ya que el derecho del tanto es una modalidad a la propiedad.

Tercera.- El contenido del derecho del tanto es una obligación en la cual, el sujeto pasivo tiene el deber de abstenerse de contratar con terceros, y se termina cuando el sujeto pasivo

notifica al sujeto activo las bases o condiciones en que preten-
da enajenar su bien o derecho. Este deber persiste aún en las -
ventas judiciales. Además la notificación constituye la figura
jurídica de la oferta o proposición de celebrar un contrato.

Cuarta.- El no ejercicio del derecho del tanto trae consi-
go la prescripción.

El incumplimiento de la obligación nacida del derecho del
tanto se da cuando el sujeto pasivo contrata con un tercero, -
sin que haya mediado la oferta al sujeto activo.

Quinta.- El incumplimiento de la obligación del derecho -
del tanto importa la nulidad relativa del contrato celebrado -
con el tercero. Y la acción que resulta del incumplimiento del
derecho del tanto es la de nulidad. Por virtud de la cual las -
cosas vuelven al estado que guardaban antes de la celebración -
del contrato y no una acción de retracto o de substitución del
tercero.

La excepción a esta regla es el caso del derecho del tanto en -
la enajenación de la vía pública, en el que se da la acción re-
cisoria.

Sexta.- El derecho del tanto tiene lugar antes del perfec-
cionamiento del contrato con el tercero, tiene por objeto que -
el copropietario ceda o venda su derecho sobre el bien indiviso

al copropietario que quiera adquirirlo, excluyendo a todas las demás personas que no tengan esta calidad.

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

Octava.- Respecto de la prelación entre copropietarios e inquilinos para el ejercicio del derecho del tanto en la venta de un determinado inmueble, consideramos que la prelación la tiene el copropietario, puesto que su derecho del tanto nace de un derecho real, de ser condueño de una cosa; y el derecho del inquilino nace de un derecho personal, pero que de ninguna manera justifica que tenga interés en adquirir la propiedad de la cosa; es cierto que él la habita, pero el copropietario no sólo puede habitarla sino que ya es propietario de una parte alicuota, y el espíritu del legislador es que en una sola persona se aglutine el derecho de propiedad en caso de que los demás condueños desearan vender; y el último de los casos, en virtud de que cualquier derecho real debe prevalecer ante el derecho personal inquilinario.

Novena.- En cuanto al computo de los quince días que se establece para que el inquilino ejercite su derecho del tanto para adquirir, la ley debe declarar que ya sea judicial o extra-

judicial la notificación, dicho término debe contarse por días naturales. Así mismo, cuando la notificación del inquilino se haga en forma judicial al vendedor, la ley debe también prever una sanción o implementar un procedimiento para que la notificación se efectúe dentro de los quince días que marca la ley.

Decima.- En cuanto a las sanciones, considero que es demasiado severa, sobre todo por lo que respecta a la situación notarial, en donde la suspensión del cargo es hasta por un año.

Decima Primera.- La Ley debería establecer una atenuación en los casos en que exista buena fe por parte de los contratantes, del notario y del registrador, pues calificar como nulo absoluto el contrato de compraventa celebrado conlleva a serios perjuicios para todos.

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

1. Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las obligaciones.
13a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1982. #
2. Carnelutti, Francesco. La Prueba Civil. 2a. ed., Ediciones Depalma Buenos Aires, 1982.
3. Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Floral.
5a. ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941.
4. Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Tomo I, 4a. ed., Editorial Polis. México, 1937.
5. Floris Margadant S. Guillermo. El Derecho Privado Romano.
11a. ed., Editorial Esfinge, S.A., México, 1982.
6. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. 5a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
7. García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho.
38a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.
8. García Treviño, Ricardo. Contratos Civiles y sus Generalidades.
Tomo I, 4a. ed., Editorial Font, S.A., Guadalajara, Jal., 1982.

9. Gutierrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 5a. ed., Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue., 1984.
10. Gutierrez y González, Ernesto. El Patrimonio. 2a. Ed., Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue., 1980.
11. Ibarrola, Antonio De. Cosas y Sucesiones. 6a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.
12. Lozano Noriega, Francisco. Contratos. 4a. ed., Editado por la Asociación Nacional del Notario México A.C., México, 1986.
13. Moto Salazar, Efraín. Elementos del Derecho. 32a ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.
14. Pina, Rafael De. Tratado de las Pruebas Civiles. 3a. ed., - Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.
15. Pina, Rafael De., Castillo Larrañaga, Jose. Instituciones de Derecho Procesal Civil. 15a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
16. Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomos III, IV, V. Vol. I, II y VI. 5a. ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1981.
17. Sanchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. 6a. ed.,

Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.

18. Sanchez Bejarano, Manuel. Obligaciones Civiles. 3a. ed., -
Editorial Harla, México, 1984.

19. Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho.
5a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.

20. Zamora y Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles. 2a. ed.,
Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

21. Código Civil para el Distrito Federal. 5a. ed., Editorial -
Porrúa, S.A., México, 1991.

22. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
40a. ed., Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.

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

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

O T R O S

25. Obregón Heredia, Jorge. Diccionario de Derecho Positivo Mexicano

2a. ed., Editorial Obregón Heredia, S.A., México, 1982.

26. Ossorio y Florit, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. 1a. ed., Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1978.

27. Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Civil. 17a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.

28. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomos XXI, XXV Y XXIV. Editorial Ancalo, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1974.

29. Enciclopedia Jurídica Española. Tomos XXIV, XXVII Y XXIX. Francisco Seix Editor, Barcelona, España.