

301809

86
de J.



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

EL DERECHO DEL TANTO EN NUESTRA
LEGISLACION CIVIL

T E S I S

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

SILVIA NORMA LARA NAVARRO

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, D. F.

1993



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.

INDICE

	PAG.
INTRODUCCION	
CAPITULO PRIMERO	
ANTECEDENTES HISTORICOS	
A) EL RETRACTO EN EL DERECHO HEBREO	2
B) EL TANTO Y EL RETRACTO EN EL DERECHO ROMANO	7
C) DERECHO ESPAÑOL	10
a) FUERO VIEJO DE CASTILLA	10
b) LAS LEYES DE LA PARTIDAS	11
c) LEYES DEL TORO	13
d) LA NOVISIMA RECOPIACION	16
e) PROYECTO DEL CODIGO CIVIL DE FLORENCIA GARCIA GOYENA	18
D) DERECHO FRANCES	20
a) CODIGO DE NAPOLEON	27
E) DERECHO AZTECA	30
F) DERECHO MEXICANO	33
a) PROYECTO DE CODIGO CIVIL PORTUGUES DE ANTONIO LUIS DE SEABRA	33
b) PROYECTO DE DON JUSTO SIERRA	34
c) CODIGO CIVIL DE 1870	37
d) CODIGO CIVIL DE 1884	43
e) COMPARACION ENTRE AMBOS CODIGOS	47

CAPITULO II

PRECEPTOS LEGALES Y CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO DEL TANTO

A) ANALISIS DESCRIPTIVO DEL DERECHO DEL TANTO	
Y EL RETRACTO	54
B) FINALIDAD Y PRESCRIPCION DEL DERECHO DEL TANTO	
Y EL RETRACTO	69
C) NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DEL TANTO	74

CAPITULO III

LA COPROPIEDAD Y LA COPARTICIPACION HEREDITARIA COMO FIGURAS ESENCIALES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DEL TANTO

A) LA COPROPIEDAD	83
a) ELEMENTOS DE LA COPROPIEDAD	92
b) EXTINCION DE LA COPROPIEDAD	94
B) LA COPARTICIPACION HEREDITARIA	99

CAPITULO IV

OTROS DERECHOS PREFERENCIALES

A) DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO	104
B) DERECHO DEL TANTO DEL USUFRUCTUARIO	111
C) DERECHO DEL TANTO DEL ARRENDATARIO DE CASA HABITACION	116
D) DERECHO DEL TANTO DE ARRENDATARIOS DE INMUEBLES SUJETOS AL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO PARA EL DISTRITO FEDERAL	151

CAPITULO V

CONSECUENCIAS JURIDICAS POR LA VIOLACION

AL DERECHO DEL TANTO..... 160

CONCLUSIONES 180

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

La propiedad juega un papel muy importante en la vida del hombre, en virtud de que con ella, puede ir formando su patrimonio, así como disfrutar de sus propios bienes, satisfaciendo sus necesidades y las de su familia, a lo largo del tiempo, ha disfrutado de diversos derechos que por naturaleza le han sido atribuidos como son; el de la vida, la libertad, la propiedad como algunos otros que son fundamentales para su coexistencia en la sociedad.

Asímismo, es una de las figuras jurídicas que apareció desde los tiempos más remotos; a lo largo de la historia ha ido formando parte del hombre así como sufrido diversas formas de llevar a cabo su transmisión, tanto para la adquisición como para la enajenación de dichos bienes, ya sean estos muebles o inmuebles.

Se han presentado circunstancias que en la actualidad han tomado importancia en nuestra legislación, debido a que dichas figuras se han manifestado de manera natural por las mismas necesidades o circunstancias que atañen al hombre.

Por ésta razón, me he interesado en darle una especial importancia así como estudiar una de éstas figuras mas a fondo. El Derecho del Tanto; mediante el cuál nos daremos cuenta de como

fué surgiendo la necesidad de que apareciera en nuestra legislación.

De la misma manera analizaremos la problemática jurídica a que conlleva éste derecho.

A lo largo de nuestro estudio, también haremos una importante referencia a una figura del derecho. El Retracto, que es la sanción por la violación al Derecho del Tanto. El presente trabajo se compone de cinco capítulos. En el primero, haré una breve manifestación de las etapas que han tocado circunstancias referentes a la propiedad y sus variantes. Los antecedentes históricos, que dieron origen al Derecho del Tanto, pudiendo dar la idea de como surgió la necesidad de su creación; en el segundo capítulo, se determinará el concepto de Derecho del Tanto, así como también el marco jurídico que lo regula. En el tercer capítulo se estudiarán y analizarán los conceptos tanto de la copropiedad, como de la coparticipación hereditaria. En virtud de que éstas se han considerado como fuentes primordiales o figuras esenciales para la existencia de éste derecho objeto de nuestro estudio. En el capítulo cuarto, de igual forma se estudiarán jurídicamente otras figuras derivadas del Derecho del Tanto, así como los preceptos jurídicos aplicables, que es el llamado Derecho de Preferencia por el Tanto, se le conoce también como Derecho por el Tanto, en razón a que éste se aplica en diversos

contratos como es la compraventa, visto como una modalidad de éste contrato; el arrendamiento, el usufructo; dando un breve análisis en cada una de las figuras antes mencionadas. En el quinto capítulo, se señalarán los efectos jurídicos que resultan por la violación al Derecho del Tanto, así mismo, se definirá cual es la ineficacia jurídica con la que se ve afectada la enajenación efectuada en contravención a las disposiciones que conceden el beneficio del Derecho del Tanto.

El objetivo de este trabajo, es demostrar que jurídicamente, en mi opinión, no debe existir el Derecho del Tanto pues ello implica una limitante a la libre disposición de las pertenencias del sujeto, además de que también conlleva a aceptar que el arrendatario, el usufructuario, el copropietario, el coheredero, etc, desde el momento mismo de celebrar un contrato, adquiere no solamente el derecho de poseer en forma derivada la cosa objeto del contrato en particular, sino la posibilidad de que en algún momento pase a formar parte de su patrimonio, llegándose a pensar que sin razón alguna y aún siendo extraño al dueño de la cosa, tiene derecho a adquirirla, aun en contra de la voluntad del mismo, lo cual es absurdo, ya que, cada contrato en específico, participa de diversa naturaleza jurídica y con finalidades u objetivos muy propios, entre los cuales no existe tal posibilidad, sino que por conveniencia del poseedor derivado, se ha dado por continuar la figura jurídica del Tanto. Siendo que el

propietario, es el único que tiene el atributo de poder disponer de el bien objeto de su propiedad.

Mi interés por realizar éste trabajo, es principalmente por darle la importancia que merece a éste tema que considero amplio y que en pocas ocasiones se le da la importancia que requiere, ofreciendo así la oportunidad a los que estudiamos la carrera de Derecho, así como los que la ejercemos; de analizar y estudiar éste tema que considero muy interesante.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

- A) EL RETRACTO EN EL DERECHO HEBREO
- B) EL TANTO Y EL RETRACTO EN EL DERECHO ROMANO
- C) DERECHO ESPAÑOL
 - a) FUERO VIEJO DE CASTILLA
 - b) LAS LEYES DE LAS PARTIDAS
 - c) LEYES DEL TORO
 - d) LA NOVISIMA RECOPIACION
 - e) PROYECTO DEL CODIGO CIVIL
DE FLORENCIO GARCIA GOYENA
- D) DERECHO FRANCES
 - a) CODIGO DE NAPOLEON
- E) DERECHO AZTECA
- F) DERECHO MEXICANO
 - a) PROYECTO DE CODIGO CIVIL PORTUGUES
DE ANTONIO LUIS DE SEABRA
 - b) PROYECTO DE DON JUSTO SIERRA
 - c) CODIGO CIVIL DE 1870
 - d) CODIGO CIVIL DE 1884
 - e) COMPARACION ENTRE AMBOS CODIGOS

ANTECEDENTES HISTORICOS.

No se puede estudiar la figura jurídica del derecho del tanto sin analizar simultáneamente el retracto, ya que ambas instituciones pretenden alcanzar un mismo fin, como es el consolidar la propiedad en una persona para terminar con una situación o estado no natural del derecho de propiedad, como es la comunidad de personas con derechos de la misma especie respecto a un bien, que acontece en el caso de copropiedad y coherederos y con derechos de diferente especie respecto a un bien, por ejemplo el contrato de usufructo; así mismo con ambos derechos se busca el respetar o hacer efectivo el derecho preferencial concedido por la ley a una persona para la adquisición de un bien.

Es por esta razón que en este capítulo se hace referencia al retracto en el derecho hebreo, en el romano, en el español y en el francés, ya que si nos limitáramos a señalar la aparición del derecho del tanto, tendríamos que partir de las Leyes de la Partidas y pasar por alto disposiciones más antiguas a esta y que de una u otra forma le sirvieron de antecedente.

A) El Retracto en el Derecho Hebreo.

El antecedente mas antiguo del retracto legal lo encontramos

hace a las ciudades de los levitas, las casas que en ellas tengan los levitas serán perpetuamente rescatables."²

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

En el Capítulo IV del Libro de Rut, encontramos lo siguiente:

"... dijo al pariente próximo:" Noemí, que ha vuelto de la tierra de Moab, vende la porción de campo que fue de nuestro hermano Elimelec. He querido darte cuenta de ello para decirte: Cómprala si quieres, en presencia de los ancianos de la ciudad; si quieres usar de tu derecho de rescate, usa; y si no quieres,

(2) Sagrada Biblia; Versión Directa de las lenguas originales por Eloiño Nacar Euster y Alberto Colunga Cueto, vigésima tercera edición, Biblioteca de Autores Cristianos, de la Editorial La Católica, Madrid 1974. Págs. 146-147.

manifiéstalo para que yo lo sepa, pues no hay nadie que antes que tú tenga ese derecho; después de ti estoy yo". El respondió: Yo ejerceré el derecho de rescate" Boz le dijo: "Al comprar a Noemí el campo, tendrás que recibir a Rut, la moabita, por mujer, como mujer del difunto en su heredad". El otro respondió "Así no puedo comprarlo, pues temo perjudicar a mis herederos. Cómpralo tú, pues yo no puedo hacerlo".

Para el licenciado Moya Palencia el retracto en el derecho hebreo manifestaba dos aspectos:

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

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

redención".³

B) El Tanto y el Retracto en el Derecho Romano.

Jacobo Godofredo⁴ considera que fue el emperador Constantino Magno el que a imitación de la Ley Hebrea, quiso introducir en Roma, que en ese entonces era ya cristiana, el mismo derecho que entre los hebreos tenían los parientes del vendedor de rescatar la cosa vendida a un extraño.

Esta ley tiene una limitada vigencia ya que cincuenta y cuatro años después la abrogaron por la ley 14a. de contrahenda emptione.

"A fines del siglo IV y en tiempo de los Emperadores Valentiano II y Teodosio, ya que se quiso corregir el abuso introducido hacía no poco tiempo, concedido a los parientes y condueños la libertad de excluir a los extraños en la venta que hicieran de dichos bienes".

"Esta ley (tit. 38 Libro 4) dice" que en otro tiempo, cuando se trataba de una compra, los que habían dividido una cosa entre

(3) Moya Palencia Mario, Expropiación Privada, Los Retractos, Las Preferencias por el Tanto, Tesis UNAM, 1955. Pág. 16.

(4) Sancho Llamas y Molina, Comentario Crítico, Jurídico, Literal a las Ochenta y tres Leyes del Toro, Tomo II, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig Editores, Madrid, 1853. Pág. 443.

sí eran preferidos a los extraños, lo que impedía a veces vender cosas de que su dueño quería desprenderse; pero este deber, bien que velado por el manto de una vana honestidad, no dejaba de ser arto oneroso, en cuanto ponía trabas a la libre disposición de los bienes; abolimos, pues, aquella antigua ley impedía a ciertas personas hacerlo".⁵

Esta ley de contrahenda emptione la traslada el emperador Justiniano a su Código con dos variantes: a) les concede preferencia en la venta de los bienes que hacían los vecinos de algún barrio a los otros vecinos que vivían en ese barrio y b) los señores del dominio directo cuando vendían sus enfiteutas las mejoras que habían dado a la cosa dada en enfiteusis; así lo disponía la Ley 3 del Código, llamada de jure emphytéutico, se establecía que el enfiteuta antes de ejecutar la venta, debía obtener el consentimiento del señor del dominio directo, quien gozaba de un plazo de dos meses para dar su consentimiento en la realización de la venta o entregar al enfiteuta el precio que el otro le daba por las mejoras o enfiteusis, y en caso contrario, podía el enfiteuta celebrar la venta con el tercero, con tal de que este no fuese de las personas que no pudiesen adquirir por enfiteusis.

(5) Pothier Joseph Robert, Coutume D Orleans, Tomo VIII "Tratado de los Retractos", 2a Edición Traducida por D. Manuel Déo, Anotado y Concordado por D. Antonio Elías de Molins, Imprenta de la Viuda e hijos de Subirana, Barcelona España, 1883. Pág. 6.

Con posterioridad se estableció que en la venta, las partes podían unir al contrato, en el momento de su formación, una cláusula por la cuál sería resuelto si se realizaba determinada condición.

"Entre estas cláusulas he aquí las que eran más usadas:

1a.- Las partes han convenido al hacer la venta que si, en cierto plazo, un tercero ofrece condiciones más ventajosas al vendedor, quedará resuelto el contrato. Es la *additio in diem*. En este caso la resolución no tiene lugar necesariamente sólo por que se ofrecen mejores condiciones: El vendedor debe informar de ello al comprador que tiene la preferencia. Pero si no usa de ella, el vendedor puede tener el contrato por resuelto. 2a. El vendedor se reserva el derecho de resolver la venta, restituyendo el precio al comprador en cierto plazo, o aún en cualquier época: Es la cláusula llamada hoy pacto de retroventa".

Por lo que se refiere a la *additio in diem*, el licenciado Zepeda Tujillo nos señala: "La adición en día, por su parte, trataba de proteger y establecía un derecho en favor de la familia, pero esto no quiere decir que fuese justo, pues tal protección se lograba lesionando al comprador. Para atemperar esta injusticia, el genio romano ideó un complemento que estatúa

(6) Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Traducido de la Novena Edición Francesa por Fernández González José, Editorial Nacional, México 1975. Págs. 398-399.

un derecho en favor del comprador, consistente en la preferencia que este tenía para contratar en las mismas condiciones que proponía el tercero, por lo que "el vendedor debe 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 preferir al comprador, es la primera manifestación del Derecho del Tanto".⁷

C) Derecho Español.

a) Fuero Viejo de Castilla.

El antecedente más remoto del retracto lo encontramos en las leyes I, III y IV del Título I del Libro V, el cual fue elaborado en el siglo XIII y publicado en el año 1351. Disponía la ley III, lo siguiente:

"III.- Todo ome, que vende sua heredit, que ha de patrimonio, o de abolengo, e venir otro suo pariente e dis: yo me la quiero la eredit tanto por tanto... debe haber la heredit, jurando que para si quier la eredit, y non para otro ome ninguno...". "Vemos claramente la disposición favoreciendo al pariente sobre bien raíz de su linaje para subrogarse en el

(7) Zepeda Trujillo Enrique, Ob. Cit., págs. 17 y 18.

contrato durante el término de nueve días que fija la ley IV del mismo libro."*

El rey Alfonso X traslada al Libro de los Consejos de Castilla o Fuero Real, el cual aparece en el año de 1255, las disposiciones que ya existían en el Fuero Viejo de Castilla.

b) Las Leyes de las Partidas.

Es en ellas donde se puede encontrar por vez primera establecido el derecho del tanto distinguiéndolo del retracto, podemos decir que el derecho del tanto queda ya perfectamente establecido como tal, es decir con todos sus puntos de conexión y analogía debidamente delimitados, ya que la Partida V, ley 55 establece: "Dos omes o mas, aviendo alguna cosa comunalmente de so uno, decimos que cualquier de ellos puede vender la su parte, maguer la cosa non sea partida. E puédela vender a cualquier de los que han en ella parte, o a otro extraño. Pero si alguno de los que han parte en la cosa, quisieren dar tanto por ella, como el extraño, esse la due auner ante que el extraño. E la vendita del extraño. Se deue entender que puede ser fecha, ante que sea entrados en pleyto de la parte. Casi el pleyto fuese ya comenzado en juicio para partirla, entonce non la podría vender al extraño fasta que fuesse partida, fueras ende, con otorgamiento de los

(8) Moya Palencia, Mario. Opus. Cit. Pág. 437.

otros compañeros".⁹

El maestro Arce y Cervantes Al hacer la exégesis de la anterior disposición, concluye que en ella los elementos esenciales para la existencia del tanteo, supuesta la copropiedad son los siguientes:

"1.- Intención de venta de la parte alícuota: No habla de otra forma de enajenación y sí cuatro veces de este contrato. 2.- Intención de vender a un extraño: la connotación del término "extraño", está expuesta en su contrario "cualquiera de los que han en ella parte", o sea parte en la cosa; vale decir extraño a los condueños. 3.- Parece tener lugar en toda clase de cosas, ya que la ley no distingue... 4.- El derecho se da a un comunero ("de los que han parte en la cosa") sin distinguir la porción que representa en la copropiedad. 5.- Para el comunero nace el derecho si quisiere "dar tanto por ella (por la cosa) como el extraño: La ley de Partida no desea que el copropietario que pretende enajenar sufra un perjuicio patrimonial, ni que el que quiera adquirir tenga una ganancia; le limita la libertad al enajenante sólo en cuanto a la elección del adquirente. 6.- Tiene lugar siempre que no haya comenzado pleyto para dividir la cosa común".

(9) Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso El IX. con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López, por D. Ignacio Sanponts y Barba, D. Ramón Martí de Eixala y D. José Ferrer y Sabirana, Tomo III. Imprenta de Antonio Bergnes y Ca, Barcelona, 1843. Págs. 115-122.

Es conveniente analizar una figura que surgió con posterioridad y que quedó consagrada en las Leyes del Toro (aprobadas en las cortes de Toledo en 1502, pero publicadas en las de Toro en 1505 por la reyna Doña Juana); el retracto. Sabido es que se trata de dos Instituciones perfectamente diferenciadas sin embargo presentan una teleología común: evitar que mediante la intervención de extraños se produzcan conflictos relativos al derecho de propiedad entre los copropietarios; en casi todos los estudios que se han hecho sobre el derecho del tanto se ha contemplado paralelamente el retracto, y viceversa.¹⁰

c) Leyes del Toro.¹¹

La ley 70 del Toro amplió el derecho del retracto a las cosas del patrimonio vendidas en almoneda, al establecer que el pariente más próximo tenía también derecho por el tanto cuando la cosa se vendiere en almoneda pública, disponiendo de un plazo de nueve días desde el día de remate, para pagar el precio.

La ley 71 establecía que cuando muchas cosas fueren vendidas por un precio, fueren de patrimonio o abolengo, el pariente más cercano no podía sacar una y dejar otras, sino que tenían que ser

(10) Arce y Cervantes José, El Derecho del Tanto de los Copropietarios, en Revista de Derecho Notarial, Asociación Nacional de Notariado Mexicano, A.C., Número 33, Año XII, octubre 1968. Pág. 21.

(11) Esquivel Obregón Toribio, Apuntes para la historia del derecho en México, Tomo III, Publicidad y Editores, 2a. Edición, México, 1943. Pág. 21.

todas o ninguna, pero si eran vendidas todas en diversos precios, si podía sacarla o las que quisiere.

La ley 75 señalaba que cuando alguno vendiere la parte de su heredad que tuviere en común con otro, en el caso de que el comunero la pudiese sacar por el tanto, según lo dispuesto por la Ley del Fuero y Ordenamiento de Nieva. La Ley del Fuero a que se refería, era la Ley 55, Título V, transcrita anteriormente.

Ley del Fuero y ordenamiento de Nieva. La ley de Fuero a que se refería, era la ley 55, Título V, Partida V, transcrita anteriormente.

Como se puede observar esta ley concedía la facultad de retrotraer la propiedad una vez realizada la venta, consignando el precio dentro de los nueve días siguientes a aquel en que se hubiere hecho. En esta ley se concede el derecho de retracto, a diferencia de lo establecidos en las leyes de las partidas que consignaba el derecho del tanto, como facultad a ejercitarse antes de haberse efectuado la venta.¹²

La ley de Nieva dictada por Enrique IV en el año de 1473, señalaba al igual que la ley del Fuero, un plazo de nueve días.

(12) Tenorio Ramírez, Horacio Alfredo. El Retracto en el Derecho Civil Mexicano, Universidad Panamericana, México 1988. Pág. 15.

Como se desprende de la observación a la anterior disposición, el maestro Arce y Cervantes nos comenta; es claro que a diferencia del tanteo, el retracto debía ejercitarse una vez verificada la venta; por otro lado debemos hacer notar que el ejercicio del retracto se encontraba limitado a los supuestos de comunidad de bienes INMUEBLES, pues la mencionada ley hace referencia a la venta que alguien hace de "la parte de alguna heredad que tiene común con otro...", así mismo, nos damos cuenta de que no se habla en forma alguna de la posibilidad de que exista una mayor o menor participación en la cosa por parte de alguno de los comuneros.

A su vez, el licenciado Benito Gutiérrez Fernández¹³ en su obra los requisitos para que procedieran las demandas de retracto plasmada en la ley de Enjuiciamiento Civil, son los siguientes:

"1°. Que se interponga en el juzgado competente, que es el del lugar en donde está situada la cosa o del domicilio del comprador, a elección del demandante...;

"2°. Que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se de fianza de consignarlo luego que lo sea,

"3°. Que se acompañe alguna justificación, aun cuando no sea cumplida, del título en que se funde el retracto...;

(13) Arce y Cervantes José. Ob. Cit., págs. 15 y 16.

"4º. Que se comprometa el comunero a no vender la participación del dominio que retraiga, durante cuatro años..."

d) La Novisima Recopilación.

Publicada por Cédula del 15 de julio de 1805 como suplemento de otras compilaciones por Carlos IV, dedica el título XIII del Libro X el estudio de los retractos y derecho de tanteo.

Las leyes I y II se refieren al retracto de abolengo y al plazo para ejercitarlo; la Ley III señala que el retracto tiene lugar en bienes heredados y no en los adquiridos por el vendedor en contrato entre vivos; la Ley IV (proveniente de la ley 70 de Toro) amplía el derecho de retracto a las cosas vendidas en almoneda; la ley V consigna en la misma forma lo establecido por la Ley 71 de Toro; si muchas cosas fueren vendidas por un sólo precio, el retrayente podía retraer todas no una sola, pero que si lo fueren por diversos precios el retrayente podía sacar las que quisiera; la Ley VI (que proviene de la Ley 72 de Toro) establece que si una cosa se vende fiada, si dentro de los nueve días siguientes otorga garantías suficientes de que pagará el precio; la Leyes VII y VIII (que así mismo de los parientes a quienes se les concede el retracto gentilicio y la ley IX contiene la misma disposición de la Ley 75 de Toro, ordenaba que el retracto entre comuneros, el que lo quisiere sacar, deberá

consignar el precio en el tiempo y término.¹⁴

En efecto, la ley I, denominada "Modo de retraer la heredad venida de patrimonio o abolengo", establece que: "Todo hombre que heredad de patrimonio o abolengo quisiere vender, y alguno de aquel abolengo la quisiere comprar tanto por tanto, háyala el antes que otro alguno; y si dos o mas la quisieren, si son en igual grado de parentesco, pártanlo entre sí; y si no lo fueran en igual grado, Háyala el mas propinquo: más si antes que la heredad fuere vendida, hasta nueve días viniere, si diere el precio porque es vendida la heredad, hayala; y si el pariente mas propinquo no la quisiere demandar, otro pariente no la pueda demandar; y si el mas propinquo no fuere en el lugar, puédela demandar otro de su linage; mas si la quisiere por otra heredad troncar, no le puede ningún pariente contradecir, y aquel pariente que quiere la heredad que es a otro vendida, que el precio que costó, y jure que la quiere para sí y que no lo hace por otro engaño".¹⁵

En opinión de Don Benito Gutiérrez Fernández, el retracto gentilicio concedido en esta ley, no procede en el caso de bienes muebles, en virtud de que la ley solo emplea la palabra heredad,

(14) N. Rodríguez de San Miguel, Pandectas Hispano-Mexicanas, Tomo II, Tercera Edición, UNAM, 1980. Págs. 608 a 610.

(15) Novísima Recopilación de la Leyes de España, Tomo IV, Edición publicada por D. Vicente Salva, Imprenta de H. Fournier y Ca., Madrid 1846. Pág. 256.

la cosa puede provenir de patrimonio o abolengo, siendo condición alternativa una u otra; no procede el retracto en el caso de permuta "mas si la quisiere por otra heredad troncar, no le puede ningún pariente contradecir"; el derecho concedido es personalísimo, por lo que no puede ser cedido a ningún extraño, sino mediando juramento.¹⁶

En las leyes de la X a la XXI se establecen retractos a favor de las alóndigas, de los vendedores de pescado, de los vendedores de sedas, lanas tejidos de lino y de los fabricantes de jabón.

e) Proyecto del Código Civil de Florencio García Goyena.

Publicado el treinta de abril de 1851, establece en el artículo 916 la venta de derechos hereditarios a un tercero no coheredero; en los artículos 1436 a 1449 regula el retracto convencional y del artículo 1450 al 1454 el retracto legal, de los cuáles por su influencia en nuestros Códigos Civiles se reproducen a continuación los siguientes:

Artículo 916.- Si algún otro que no fuere de los coherederos hubiere comprado el derecho hereditario a uno o más de ellos

(16) Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español, Tomo II. Cuarta Edición, Imprenta de la Viuda e hijos de Antonio Pañuelas, Madrid, 1875. Págs. 437 a 441.

antes de la partición, pueden todos y cualquiera de los coherederos subrogarse en su lugar, reembolsandole el precio de la compra."

"Artículo 1450.- El retracto legal es el derecho que tiene alguno por la ley de subrogarse en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato."

"Artículo 1451.- El copropietario de una cosa común que no puede dividirse comodamente o sin menoscabo, puede usar del retracto; en el caso de venderse a un extraño la parte de alguno o de todos los demás condueños. En el caso de que dos o más copropietarios quieran usar del retracto, solo podrán hacerlo a prorrata de la porción de la cosa que tengan en la cosa común."

"Artículo 1452.- No puede usarse del derecho de retracto sino dentro de nueve días, contados desde el requerimiento que haga el vendedor o el comprador a quien tiene éste derecho."¹⁷

De la lectura de los preceptos anteriores podemos observar que el retracto de comuneros, sólo podría operar en la compraventa y en la dación en pago, excluyendo cualquier otra

(17) García Goyena Florencio, Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español, Tomo III, 1a. Edición, México, 1878. Pág. 321.

forma de transmisión de propiedad, y en el caso de que dos o más copropietarios quisieran usar de su derecho, lo harían en la misma proporción que representan sus derechos en la cosa común, disposición con la cuál se obliga a continuar en estado de copropiedad.

D) Derecho Frances.

Debemos recordar que despues de las invasiones de los bárbaros, los galorromanos permanecieron sometidos al Derecho Romano del Código de Teodosio, mientras que los bárbaros conservaron sus leyes particulares. Al consumarse la fusión entre las diversas razas, la personalidad de las leyes desaparece, dando lugar a la territorialidad, lo que acontece en la alta Edad Media.

Es difícil determinar la cantidad de usos locales que se aplicaron en Francia en la alta Edad Media; en opinión de Henry León y Jean Mazeaud¹⁸ existían sesenta costumbres generales, algunas de las cuáles tenían un extenso radio de aplicación, como las costumbres de Bretaña, Normandía, París y de Orleans, más de setecientas costumbres locales y un gran número de usos particulares. Ahora bien, en esta diversidad había dos

(18) Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Vol. I, Traducción de Alcalá Zamora Luis y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959. Pág. 51.

tendencias: el territorio del sur se encontraba sometido al derecho romano escrito, mientras que en el norte, por el contrario, las costumbres de inspiración germánica fueron la fuente donde predominaron los retractos.

Debido a la influencia que las costumbres de Orleans tuvieron en los redactores del Código Napoleón, es conveniente analizar en la obra de Robert J. Pothier¹⁹ las principales especies de retracto establecidas en estas costumbres, como son el Gentilicio o de Consanguinidad, el Señorial o Feudal y el Convencional.

RETRACTO GENTILICIO O DE CONSANGUINIDAD.- Era el Derecho que la ley concedía a los parientes del vendedor de una finca, cuando esta había sido vendida a un extraño, para constituirse compradores en su lugar, y obligarle en consecuencia a que la pusiera a su disposición, a condición de que se le reembolsara e indemnizara el precio y cualquier otro gasto que dicha adquisición le hubiese ocasionado.

En el mes de noviembre de 1581, Enrique III dispuso que este derecho estuviese en vigor en todo el reino, pero en opinión de Pothier, parece que este edicto no llegó a ser ley.

(19) Bugnet M. "OBRAS DE POTHIER", Tomo III, Segunda Edición, Imprenta del Emperador, París, 1861. Pág. 35.

Estaban sujetas a este derecho todas las fincas ubicadas tanto en poblado como en despoblado y el derecho real traducido en dominio útil que sobre las mismas se tuviera; en sí los derechos reales de una finca estaban comprendidos bajo la palabra "heredad", como en la enfiteusis y de aquellos que gozaban de la posesión de una cosa a título de empeño; por esa razón estaban sujetos a los derechos de feudo y de censo y hasta los simples derechos de renta en bienes raíces. No se concedía al usufructuario a vender su derecho ni al propietario que hubiere vendido un derecho de usufructo sobre alguna de sus fincas.

Este derecho recaía sobre bienes raíces, no sobre muebles las costumbres de censo consideraban a los empleos, incluso los señoriales, no lo estaban, tampoco lo estaban los créditos, ni los frutos adheridos al árbol y los árboles por cortar que formaran parte de una finca sujeta a retracto.

Los contratos que daban origen al retracto eran los de compraventa y los actos equivalentes a la misma, así como aquellos en que predominara la naturaleza de dicho contrato. Tanto las ventas voluntarias como las forzadas daban origen al retracto (un caso de venta forzada sería el que el testador obligara al heredero a vender a determinada persona un bien que formara parte de la herencia).

La venta decretada por sentencia sobre bienes embargados estaba sujeta al retracto, no estándolo aquellas ventas realizadas por causa de utilidad pública.

Se consideraban como contratos equivalentes a la compraventa y por lo mismo originaban el retracto, los siguientes: a) el contrato por el que se vendía una finca por una renta vitalicia; b) la permuta de una heredad por cosas muebles; c) La insolutundación que consistía en que el deudor diera a su acreedor una heredad, en pago de cierta cantidad de dinero o de otras cosas muebles que debiera; d) Las donaciones remuneratorias u onerosas; y e) El arrendamiento a renta redimible.

No se equiparaban a la compraventa y por consiguiente no estaban sujetos a retracto: a) La permuta de una finca por otro inmueble, b) El arrendamiento a renta irredimible; c) La aportación que se hiciera de una finca a una sociedad; d) Las donaciones puras y simples; e) La transacción por virtud de la cual una de las partes que se disputaba la propiedad de una finca, la dejaba a otra parte mediante una cierta cantidad; y f) La licitación entre copropietarios cuando una finca correspondía en común y en virtud de un título también común, a dos propietarios de diferente familia, y por virtud de la licitación uno de ellos se volvía propietario de la totalidad.

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

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

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

Para la mayoría de las costumbres el retracto se ejercía mediante el emplazamiento de la demanda ante juez competente, que se debía dirigir contra el comprador o tercer detentor, para que hiciera entrega de la finca, con la promesa de reintegrar al comprador el precio de su adquisición y los gastos legítimos en que hubiese incurrido La costumbre de Bordeaux exigía se depositara una pieza de oro con la promesa de completar la

cantidad; la costumbre de la Marcha exigía la promesa y el depósito de trece piezas de moneda, no exigiendo la Costumbre de Orleans ninguna de esas formalidades.

El precio que el retrayente debía pagar era el el que el comprador pagó por la cosa, de conformidad con el contrato que éste había celebrado.

RETRACTO SEÑORIAL O FEUDAL.

Para Dumoulin, es "el derecho que tiene el señor cuando el feudo que ha dado a su ciervo (feudo movedizo o movil) es vendido por éste, de tomarlo para sí y reunirlo al feudo dominante con la carga de dar al comprador el precio que le ha costado y los gastos hechos"²⁰

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

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

(20) Bugnet M. "OBRAS DE POTIER", Ob. Cit. Pág 90.

arrendamiento a renta redimible.

El plazo para ejercitar el retracto variaba según las costumbres, concediéndose un plazo de veinte a 60 días contados a partir del día que el adquirente rindiera fe y homenaje hacia el señor; pero si el señor lo aceptaba como su siervo perdía su derecho de retracto, en el caso de que no se rindiera fé y homenaje, la acción del señor prescribía en treinta años.

El retrayente gozaba de un plazo de cuarenta días para pagar el precio.

RETRACTO CONVENCIONAL.- Este derecho nacía de una convención que se establecía al hacer una enajenación de herencia por lo cual el enajenante estipulaba que el y sus sucesores tendrían el derecho sobre toda la herencia, si fuere vendida por el adquirente o sus sucesores, de tener la preferencia sobre los compradores y de tomar su oferta.

No era necesario para poder gozar de este derecho, tener el señorío directo sobre la herencia, ya que el que la tenía en calidad de censo, podía enajenarla pactando este derecho.

Existían algunas otras especies de retractos, como el de comuneros, que concedían algunas costumbres a los copropietarios

de una cosa proindiviso, cuando alguno de ellos vendía su parte a un extraño.

a) Código Napoleón.

El 13 de agosto de 1800, Bonaparte encargó a una comisión, elaborar un proyecto de Código Civil, el cual fué llevado a cabo en cuatro meses y enviado al Tribunado para su aprobación; en virtud de que muchos de los miembros de este órgano deseaban un Código filosófico, el proyecto fué tratado con hostilidad, razón por la cual Bonaparte lo retiró del Tribunado. Para vencer la oposición, decidió el emperador reducir a la mitad el número de tribunos y dividir al organismo en secciones, una de ellas de legislación, la cuál cubrió con partidarios del proyecto, siendo promulgado el Código el 21 de marzo de 1804.

El papel que desempeñó Bonaparte fué de gran importancia, ya que dió a Francia, en menos de cuatro años, su primera codificación de Derecho Civil, lo que no habían conseguido los anteriores reyes ni la revolución.

Los redactores de Código sólo conservaron tres de los retratos conocidos por el antiguo derecho francés: el retrato litigioso, el de coherederos y el de comuneros.

El retracto litigioso se establece en los artículos 1699, 1700 y 1701, en estos términos:

"Artículo 1699.- Aquel contra el cuál se haya cedido un derecho litigioso puede ser que el cesionario le de recibo reembolsandole el precio real de la cesión con los gastos de contrato, y con los intereses, a contar desde el día en que el cesionario haya pagado el precio de la cesión hecha a él".

Artículo 1700.- La cosa se considera litigiosa desde el instante en que haya demanda y contestación sobre el fondo del derecho.

Artículo 1701.- La disposición incluida en el artículo 1699 cesa.

1°.- En el caso en que la cesión haya sido hecha a un coheredero o copropietario del derecho cedido.

2°.- Cuando haya sido hecha a un acreedor en pago de lo que se debe; (dación en pago).

3°.- Cuando haya sido hecha al poseedor de la herencia sujeta al derecho litigioso".

En opinión de Henry, León y Jean Mazeaud²¹ el retracto sólo es posible si el acto por el que se ha transmitido el derecho litigioso es una "cesión", en el sentido de compraventa, procediendo asimismo en el caso de venta judicial; no operará en el caso de donación ni en las permutas. Podrá evadirse el retracto mediante el pacto de cuota litis, por medio del cual el titular del derecho litigioso otorga mandato para proseguir el juicio, ofreciéndole al mandatario una remuneración igual a una fracción de la suma que se fije, en la condena que se pronuncie. El retracto de coherederos se regula en el artículo 841:

Toda persona incluso pariente del difunto, que no sea sucesible, y a la cual le hubiere cedido un coheredero su derecho a la sucesión, puede ser excluida de la participación, ya sea por todos los coherederos, ya sea por uno solo, reembolsándole el precio de la cesión".

El retracto de comuneros quedó establecido en el segundo párrafo del artículo 1408 en estos términos:

Artículo 1408. En el caso que el marido llegare por sí solo, y en nombre personal, a ser adquirente o adjudicatario de una parte o de la totalidad de un inmueble perteneciente proindiviso

(21) Lecciones de Derecho Civil, Traducido por Alcalá Zamora Luis y Castillo, Ob. Cit., págs 128 y 129.

a la mujer, ésta, al devolverse la comunidad, tiene la elección de abandonar el efecto a la comunidad, la cuál se convertirá entonces en deudora para con la mujer de la parte perteneciente a ésta en el precio, o retraer el inmueble, reembolsándole a la comunidad el precio de la adquisición".

En el artículo 1659 se consigna el pacto de retroventa:

"Artículo 1659.- La facultad de retraer o retracto, es un pacto por el cuál se reserva el vendedor el cobrar la cosa vendida, mediante la restitución del precio principal y el reembolso de lo que se habla en el Art. 1673." (los gastos legítimos de la venta, las reparaciones necesarias y aquellas que hayan aumentado el valor del fondo).

E) Derecho Azteca.

Nos señala Don Toribio Esquivel Obregón que la tierra se encontraba dividida en varias clases:

a) Las de la Corona, llamadas Telpantlalli, que eran repartidas entre los altos servidores del monarca quienes la tenían en usufructo, cultivadas por ciervos que por ello, debían pagar al emperador un tributo consistente en una parte de los productos obtenidos de la agricultura, cesando este cuando no

continuaban al servicio del palacio.

b) Las de los Nobles, tierras que el Rey repartía "pitalli" a los miembros de su familia, las cuales se transmitían por herencia al hijo mayor, o aquellas que el rey daba a los guerreros por sus hazañas, las que también pasaban de padres a hijos, y podían vender pero no a un "macehual" o plebeyo.

c) Las tierras destinadas al sostenimiento del culto, de los sacerdotes y construcción de los templos, llamadas "teotlalpan", las cuales serán inalienables, y

d) Las tierras de los "calpulli" o barrios de la ciudad, de las cuáles una parte era cultivada por los vecinos y sus productos destinados al mantenimiento del ejército y el resto de las tierras, distribuidas entre los vecinos las cuales las poseían en común, sin posibilidades por lo mismo de poderlas enajenar, ya que solamente podían dejar un sustituto si querían separarse del lugar.²²

"El régimen de propiedad arriba descrito... sugiere las siguientes:

(22) Apuntes para la historia de derecho en México, Tomo I, Editorial Polis, 4a Edición, México, 1937. Pág. 360.

Primera.- El llamado derecho de propiedad dependía en gran parte del arbitrio del soberano...

Segunda.- Fuera de la propiedad perteneciente a la familia del rey a algunos de los grandes designatarios, que podían enajenar sus tierras, propiedad un tanto precaria y revocable, eran poseídas en común y el título para disfrutarlas provenía, no de un derecho individual, sino de la calidad de vecino y del hecho de trabajo.

Tercera.- Como los agraciados con la tierra, templos, miembros de la familia real, guerreros y dignatarios no iban a cultivarlas personalmente, en lo que realmente consistía su derecho era en percibir de los cultivadores de esas tierras determinando tributo. ...

Quinta.- 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".²³

Podemos concluir que el Derecho Azteca al no conocer un verdadero derecho de propiedad no pudo haber desarrollado la figura del derecho del tanto.

(23) Idem, pág. 372.

F) Derecho Mexicano.

Es sumamente difícil abundar sobre los antecedentes mas remotos del derecho del tanto en particular, sin embargo aún cuando en la época precortesiana no se conocía un derecho preferencial, en el sentido en el que actualmente lo empleamos, podemos mencionar que en esta etapa sí existía; en forma un tanto rudimentaria, una figura que hoy se constituye como esencial para su ejercicio. La copropiedad.

- a) Proyecto del Código Civil Portugues de Antonio Luis de Seabra.

Elaborado en el año de 1858 por el Visconde Antonio Luis de Seabra, establece en el artículo 1630 que:

"No pueden los copropietarios de cosa indivisible vender a extraños su parte respectiva, si el consorte la quiere tanto por tanto. En caso de contravención podrá el contrato ser rescindido a requerimiento del copropietario preferido; pero solamente dentro de seis meses de verificada la venta."²⁴

Este artículo pasó a ser el numeral 1566, del Código Civil

(24) Mena Toriz, Luis Fernando, Tesis sustentada "El Derecho del Tanto de Copropietarios y Coherederos y las demas Preferencias por el Tanto", Escuela Libre de Derecho. México D.F., 1989. Pág. 15.

Portugues, el cual quedó redactado en los siguientes términos:

"Art. 1566.- No pueden los copropietarios de cosa indivisible vender su parte respectiva, si el consorte la quiere tanto por tanto. El copropietario a quien no se diese conocimiento de la venta, puede, depositando el precio, haber para sí la cosa vendida a un extraño, con tal de que lo requiera en el plazo de seis meses si fueren muchos los copropietarios, se preferia al que tuviese mayor parte. Si las partes fuesen iguales, quedara para todos los consortes o para los que la quisieren, la parte vendida, hecho previamente el depósito del precio."²⁵

Don José María Lafragua, redactor del Código Civil del Distrito Federal de 1870, va a incorporar su proyecto, el artículo 1630 del Proyecto de Seabra, el cual viene a ser el antecedente de los artículos 2973 y 2974, del Código de 1870.

b) Proyecto de Don Justo Sierra.

En el Título VIII, denominado "Del contrato de Compra y Venta", establece en el capítulo VI "De la Resolución de la Venta", en la Sección I, el Retracto Convencional y en la Sección II, el Retracto Legal, en la siguiente forma:

(25) Idem.

SECCION I "DEL RETRACTO CONVENCIONAL".

"Art. 1521.- Tiene lugar el retracto convencional , cuando el vendedor se reserva el derecho de recobrar la cosa vendida". (pacto de retroventa).

"Art. 1523.- El vendedor no puede hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además:

1o. Los gastos del contrato y cualquier otro pago hecho para la venta.

2o. Los gastos útiles y necesarios hechos a la cosa vendida."

"Art. 1526.- El comprador sucede en todos los derechos del vendedor y adquiere por prescripción tanto contra el verdadero dueño, como contra los que pretendan tener derechos hipotecarios sobre la cosa vendida."

"Art. 1535.-. El venderlo que recobra la cosa vendida, la adquiere libre de toda carga e hipoteca impuesta por el comprador, pero estará obligado a pasar por los arriendos que éste haya hecho de buena fé y según la costumbre de las

localidades."

SECCION II "DEL RETRACTO LEGAL".

"Art. 1536.- Consiste el retracto legal, en el derecho que la ley concede a alguno para subrogarse en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación del pago, con las mismas condiciones establecidas en el contrato."

"Art. 1537.- La ley no reconoce retractos de sangre, abolengo o gentilicios."

"Art. 1538.- El copropietario de una cosa común que no puede dividirse comodamente, puede usar el retracto en caso de venderse a un extraño la parte de alguno de todos los demás condueños. También puede usar de este derecho los comprendidos en la regla séptima del art. 1657."

"Art. 1539.- En caso de que dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podran hacerlo a prorrata en la parte que tengan en la cosa común."

"Art. 1540.- No puede usarse del derecho del retracto sino dentro de nueve días contados desde el requerimiento que haga el vendedor o el comprador al que tiene este derecho. El

requirimiento deberá hacerse ante escribano, o dos testigos que declaren con certeza."

"Art. 1541.- En el retracto legal tienen lugar lo dispuesto en los artículos 1523, 1526 y 1535."

"Art. 1657.- En cuanto a censos enfiteuticos, derechos de superficie o cualquier otros gravámenes perpetuos de igual naturaleza, constituidos con anterioridad a éste Código, se observarán las reglas siguientes:

1a. "Tanto los terratenientes como los perceptores de pensiones o gravámenes podrán usar del retracto legal en toda transmisión de sus derechos respectivos."

El artículo 1536 corresponde al artículo 1450 del proyecto de Florencia García Goyena, el primer párrafo del art. 1538 y el art. 1539, corresponde al artículo 1451, y el primer párrafo del art. 1540, es similar al art. 1452 del proyecto antes indicado.

c) Código Civil de 1870.

La exposición de motivos de éste Código señala:

"Se ha conservado en los artículos 2973 y 2974 la doctrina

relativa al retracto de comuneros, asegurándoles el derecho del tanto, y para el caso de preterición la acción rescisoria por el término de seis meses."

El Licenciado Miguel Alessio Robles²⁶ nos hace la siguiente observación:

"Se explica con este antecedente la confusión que en mayor o menor medida ha prevalecido en nuestros códigos en la regulación de dos figuras protectoras del mismo bien, es decir derecho del tanto y retracto, pues mientras éste último como acción sancionadora de la violación de aquel derecho asegura la seriedad de la intención del comunero preterido de no permitir la ingerencia del extraño en la comunidad, mediante la adquisición de los derechos a su vez adquiridos por el tercero al través del resarcimiento de lo que hubiere pagado, la rescisión sólo permite destruir la venta, situación que se presenta también en términos de la legislación de 1884 y 1932, aún cuando en ésta la sanción que deriva de su texto sea la de nulidad, pues se entendió que en el caso se estaría frente a un objeto ilícito y no frente a una obligación incumplida de la que pudiera derivar la acción rescisoria."

(26) Derechos preferenciales en Derecho Mexicano, Revista de Investigaciones Jurídicas, Número 11, Escuela Libre de Derecho, México 1987. Pág. 52.

En este Código no se da una definición del derecho del tanto, lo cual consideramos acertado, limitándose a señalar los casos en que procede este derecho y las reglas para su ejercicio.

Se señala en el libro Tercero denominado de los Contratos, Título Décimo Octavo "De la Compraventa", Capítulo Tercero llamado "De los que pueden vender y comprar", lo siguiente:

"2973.- Los copropietarios de cosa indivisa no pueden vender a extraños su parte respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del tanto."

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

Se establece el derecho del tanto en favor del usufructuario y de los contratantes en la apercería de ganados en los artículos 992 y 2473.

Se dispone en los artículos 2430 y 2431 que el derecho del tanto puede ser ejercitado por los socios, conjunta o separadamente, y si son varios los que quieren ejercitarlo, lo harán en la proporción que representan, estableciendo un plazo de

quince días para su ejercicio desde la fecha del aviso.

En el Título Vigésimo Primero llamado "De los censos", en el Capítulo Tercero, relativo al censo enfitéutico, se regula de los artículos 3274 a 3281 el derecho del tanto en el censo enfitéutico. Resaltan para nuestro trabajo los siguientes:

El artículo 3274 establece que el dueño y el enfitauta cuando "quieren vender o dar en pago" los derechos de que disfrutaban, gozarán del tanto.

El artículo 3275 nos indica:

"El que intente la enajenación, deberá dar aviso a su copropietario del precio definitivo que se ofrezca; y si dentro de los treinta días contados desde que reciba formal aviso el requerido, no hiciere uso del tanto y paga real y efectiva, podrá el requerente enajenar libre su derecho."

La sanción por no cumplir lo dispuesto en este precepto la establecen los artículos 3278 y 3279 al señalar:

"3278.- Si el enfitauta no cumple con lo prevenido en el artículo 3275, la enajenación es nula y el dueño puede recobrar el predio por comiso."

"3279.- Si el que faltó a lo prevenido en el citado artículo 3275 fué el dueño, el enfiteuta no tendrá derecho para reivindicar el predio, pero sí para exigir la indemnización de los daños y perjuicios que pruebe se le siguen por la preterición."

Como se puede observar se establecen dos tipos de sanciones:

Si el enfiteuta no cumple con el aviso, la enajenación es nula, si el dueño es el que incumple, el enfiteuta solo tiene acción para el pago de daños y perjuicios.

Las disposiciones que se refieren al derecho del tanto de los coherederos se encuentran contenidos en los artículos del 4105 al 4108 que ordenan:

"4105.- El heredero o legatario no puede enajenar su parte en la herencia, sino después de la muerte de aquel a quien se hereda.

"4106.- Si hubiere otros herederos, el que quiera enajenar deberá instruirles de la enajenación y de sus condiciones".

"4107.- Los coherederos serán preferidos por el tanto, si usan de este derecho dentro de los tres días siguientes al aviso y cumplen las demás condiciones impuestas al cesionario extraño".

"4108.- El derecho concedido en el artículo anterior, cesa si la enajenación se hace a un coheredero o cuando se hace a un extraño por donación".

Para el licenciado Enrique Zepeda Trujillo, la reglamentación del Derecho del Tanto que hace el Código Civil de 1870 puede resumirse en los siguientes puntos:

"1). Gozan del Derecho del Tanto: el usufructuario, los contratantes en la aparcería de ganados, los copropietarios, los coherederos y los accionistas en las sociedades por acciones; "(considero que el autor olvidó incluir al dueño en el contrato del censo enfiteutico).

"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 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 del contrato, en el caso a que se refiere el punto anterior, es de seis meses a partir de su celebración."²⁷

d) Código Civil de 1884.

Este Código adolece, como el anterior, de la carencia de una regulación específica de la copropiedad; por ello, al igual que el Código de Napoleón, su sistema consiste en reglamentar la copropiedad a propósito de diversas instituciones jurídicas y en forma fragmentaria.

En relación a la materia que nos ocupa, transcribiremos los siguientes artículos del Código de 1884:

(27) Idem, págs. 51 y 52.

"Art. 2843.- Los copropietarios de cosa indivisa no pueden vender a extraños su parte respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el 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 siguientes hagan uso del derecho del tanto.

Transcurridos 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."

Como podemos observar, aquí encontramos ya una mejor reglamentación de este derecho, pues se establece la forma en que debe hacerse la notificación de la venta y el término en que puede ejercitarse el tanteo. Además, el artículo habla de que "mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno", lo que nos indica que puede hacerse uso del derecho en cualquier tiempo.

Manuel Mateos Alarcon (citado por Leopoldo Aguilar Carvajal), en su obra Código Civil del D.F; Concordado y anotado, comenta el mencionado artículo en los siguientes términos:

"El art. 2834 no hace más que conservar el retracto entre comuneros establecido en nuestra antigua legislación, por el

interés público, por que la propiedad en común, imperfecta y causa de altercados y contiendas entre los copropietarios, se hace singular y perfecta cuando pertenece a una sola persona. Pero como el precepto del art. 2843 sería enteramente inútil, si careciera de sanción, porque sería impunemente burlado, de aquí la declaración de que mientras no se haga al copropietario la notificación que ordena haciéndole saber la venta, ésta no produce ningún efecto legal, es decir, no transmite al comprador la propiedad de la cosa vendida, y por consiguiente, éste no está obligado a pagar su precio."

Respecto del derecho del tanto de los coherederos, el Código de 1884 consigna los siguientes artículos:

"Art. 3802. El heredero o legatario no puede enajenar su parte en la herencia, sino después de la muerte de aquél a quien se hereda."

"Art. 3803. Si hubiere otros herederos, el que la quiera enajenar deberá instruirles de la enajenación de sus condiciones."

"Art. 3804. Los coherederos serán preferidos por el tanto si usan de este derecho dentro de los tres días siguientes al aviso, y cumplen las demás condiciones impuestas cesionario extraño."

(A diferencia de lo que ocurre en el caso de los copropietarios, en el que el plazo para ejercitar el derecho del tanto concluye a los ocho días de hecha la notificación correspondiente, en el de los coherederos dicho plazo fenece a los tres días de haberse dado el aviso.)

"Art. 3805. El derecho concedido en el artículo anterior, cesa si la enajenación se hace a un coheredero, o cuando se hace a un extraño por donación."

De manera análoga a como lo hace tratándose del Código anterior, el maestro Aguilar Carvajal, refiriéndose a las disposiciones que han quedado transcritas, propone las siguientes conclusiones:

"a). A propósito de la copropiedad, además de estatuir una mejor y más clara reglamentación, estatuye la caducidad del derecho del tanto, por el solo transcurso de los ocho días.

"b). Introduce la disposición de que "Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producira efecto legal alguno", que ha sido interpretada por el propio autor, en el sentido de que no se transmite la propiedad al comprador y éste

no está obligado a pagar el precio."²⁸

e) Comparación entre ambos Códigos.

1) En el Código de 1884 se establece, el procedimiento que deberá seguir el copropietario que vaya a enajenar su parte.

2) Como señala Aguilar Carvajal, el Código de 1884 emplea la palabra "indivisa", en lugar de "indivisible", mejorando el concepto, pues se aplicará a los bienes en copropiedad, independientemente de que el objeto sea indivisible.

3) En el Código de 70 se fijaba un plazo de tres días para el ejercicio del derecho; en el siguiente, se amplía este plazo a ocho días.

4) El Código de 1870 no explica la caducidad del derecho como si lo hace el de 1884 (por el solo transcurso del término).

5) En el primer Código se fija como sanción a la inobservancia del precepto que consigna el derecho del tanto la rescisión del contrato; no así el de 84, que señala para ese

(28) Aguilar Carbajal Leopoldo, "Consecuencias Jurídicas de la violación al Derecho del Tanto", Estudios Jurídicos en Homenaje a Manuel Borja Soriano, Editorial Porrúa, 1a. Edición, México 1969, pág. 130.

efecto que la venta no producirá efecto legal alguno.

6) Tratándose del derecho del tanto para los coherederos, ambos códigos contienen idénticas disposiciones.

Por último para comprender con claridad cuál ha sido la evolución histórica del Derecho del Tanto hasta nuestros días; demos lectura a las disposiciones que actualmente regulan la materia.

CODIGO CIVIL DE 1928.

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

"Art. 1292. El 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 de los ocho días hagan uso del derecho del tanto; si los herederos hacen uso de ese derecho, el vendedor está obligado a consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el solo lapso de los ocho días se pierde el derecho del tanto. Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en este artículo, será nula."

CAPITULO II

PRECEPTOS LEGALES Y CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO DEL TANTO

- A) ANALISIS DESCRIPTIVO DEL DERECHO DEL TANTO Y EL RETRACTO**
- B) FINALIDAD Y PRESCRIPCION DEL DERECHO DEL TANTO Y EL
RETRACTO**
- C) NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DEL TANTO**

PRECEPTOS LEGALES Y CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO DEL TANTO.

Es indispensable precisar lo que debe entenderse por derecho del tanto, analizando al mismo tiempo una figura que, aún cuando nuestro Código Civil vigente no la establece como tal, manifiesta para con el derecho objeto de nuestro estudio una estrecha relación: el "retracto o derecho de retracto".

El problema del derecho del tanto se encuentra planteado en el sistema mexicano através de las siguientes disposiciones del Código Civil:

Art. 950.-"Todo condueño tiene la plena propiedad de la parte alcuota que le corresponda y de sus frutos y utilidades, pudiendo en consecuencia, enajenarla, cederla o hipotecarla, y aún substituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derecho personal. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños, estará limitado a la porción que se adjudique en la división al cesar la comunidad. Los condueños GOZAN DEL DERECHO DEL TANTO".

Art. 973.-"Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alcuota respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A ese efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o

judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el solo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno".

Art. 1292.- "El 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 no se haga la notificación prescrita en este artículo será nula".

Como podemos observar, los dos últimos preceptos imponen la prohibición de enajenar la parte alícuota; Según el maestro Rojina Villegas²⁹ 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 cada uno de los copropietarios, participará de ella según su derecho"; de un copropietario o de un coheredero a un tercero, sin respetar el derecho del tanto del copartícipe o del coheredero, "por las razones bien conocidas de que tanto el derecho privado como el derecho público mexicanos tienen una verdadera alergia a los bienes de manos muertas, por

(29) Rojina Villegas Rafael, "Compendio de Derecho Civil", T. II, Editorial Porrúa, México 1976 -Bienes, Derechos Reales y Sucesiones-, pág. 111.

las consecuencias funestas para la colectividad y para los copropietarios, y precisamente una fuente de manos muertas es la copropiedad."³⁰

Estos artículos, que hacen referencia exactamente al mismo derecho, presentan, sin embargo, ciertas diferencias en cuanto a su modo de funcionar. En efecto, la primera de ellas se distingue claramente por lo que toca al medio señalado para notificar a los demás copartícipes sobre la venta que con algún extraño se haya convenido: mientras que en el caso de los copropietarios se habla de notificación notarial o judicial, tratándose de coherederos dicha notificación puede, además, ser extrajudicial, ante dos testigos.

Otra de las diferencias que advertimos es en lo relativo a la sanción: el artículo 973 indica que mientras no se haya hecho la notificación, la venta NO PRODUCIRA EFECTO LEGAL ALGUNO"; el artículo 1292, en cambio, propone como sanción a la venta efectuada con omisión de la notificación la NULIDAD.

El segundo de los preceptos transcritos -anota el maestro Leopoldo Aguilar Carbajal con relación al artículo 1292 del (Aguilar Carbajal Leopoldo.- "Consecuencias Jurídicas de la violación al Derecho del Tanto".

(30) Aguilar Carvajal Leopoldo, Ob. Cit. Pág 123.

C.C. es mas explícito respecto al contenido del derecho, que dispone que en 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".³¹

La doctrina española incluye en los derechos que llama DEPRELACION, concediendoles el lugar más importante, al TANTEO Y AL RETRACTO, que, dicen algunos autores, tienen grandes analogías pero no deben confundirse.³²

A) Análisis descriptivo del derecho del tanto y el retracto.

El jurista español José Castán Tobeñas³³, al referirse a estos derechos, indica que el derecho del tanto consiste en la preferencia que una persona tiene para adquirir una cosa cuando su dueño pretenda venderla, en cambio, el derecho de retracto es la preferencia que una persona tiene para adquirir una cosa cuando su dueño ya la ha enajenado, subrogándose en el lugar del comprador, mediando el pago del precio que éste haya entregado y demás gastos del contrato que se hubiesen ocasionado. Estos dos

(31) Idem. pág. 124.

(32) Castán Tobeñas José. "Derecho Civil"; Tomo II, -Derechos Reales, Derecho de las Obligaciones- Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943. Págs. 343-347.

(33) Ibidem. Pág. 347.

derechos, agrega Castán Tobeñas, se contienen en el Código Civil Español en los artículos 1632 y 1939 estableciendo en el primero de estos preceptos la obligación del copropietario, que desee enajenar su parte alícuota, de avisar a sus copartícipes de la venta que tenga propalada. La falta de cumplimiento de esta obligación no es obstáculo para que la venta se lleve a cabo, puesto que en el artículo 1639 se autoriza la venta sin previo aviso, pero se otorga el derecho de retracto.

El derecho del tanto puede simplemente dilatar la ejecución de la venta, pero al efectuarse ésta queda firme, sin perturbación alguna en las relaciones jurídicas de los interesados, mientras que en el de retracto envuelve una condición resolutoria con todas sus desastrosas consecuencias en el orden jurídico.

Ambos derechos, señala Castán Tobeñas, son de preferencia, pero tienen como diferencia esencial que en el tanteo esa preferencia se manifiesta antes de que la enajenación se consuma, mientras que en el retracto tiene lugar ya consumada.³⁴

Siguiendo éste orden de ideas, podemos llegar a la conclusión de que tanto uno como otros derechos revelan una misma

(34) Roca Sastre Ramón María. "Instituciones de Derecho Inmobiliario" (Notarias), 1a. Edición, Editorial Barcelona, 1942. Pág. 52.

teleología, pero pretendiendo producir dispares consecuencias. Efectivamente, es fácil percatarnos de que las dos se dirigen hacia la consolidación del dominio, pero mientras el tanteo es en gran medida provechoso para la propiedad, pues, aún cuando restringe el campo de acción del propietario, la colectividad resulta favorecida, el retracto, por el contrario, es adverso en ambos casos dado que se traduce en una amenaza para el propietario y conduce al desequilibrio de ciertos derechos durante algún tiempo. Este razonamiento ha inspirado la tendencia que existe actualmente en una parte de la doctrina, que intenta soslayar la coexistencia simultánea de los derechos que tratamos, dando preeminencia al derecho de tanteo. No obstante, paulatinamente ha venido cobrando fuerza cada vez mayor, la postura de algunos autores encaminada hacia la unificación de ambas instituciones: los tratadistas españoles que se adhieren a ésta última corriente sostiene que la única diferencia entre ellos consiste en que el titular del derecho de retracto tiene la facultad de readquirir una cosa prescindiendo de si fue en otro tiempo propia del titular del derecho. "Pero en circunstancia de haber o no estado antes en el dominio de dicho titular pueda alterar la naturaleza substancial del derecho".³⁵

Nuestra Suprema Corte de Justicia, aludiendo a la relación

(35) Mayo Ediciones. Jurisprudencia y Tesis sobresalientes sustentadas por la Sala Civil, 1955-1963, pág. 379.

que existe entre el derecho del tanto y del retracto, se ha pronunciado en los términos siguientes:

"Tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace en favor de un tercero extraño a la comunidad, se pueden presentar dos situaciones: cuando la venta está simplemente propalada, y cuando está consumada. En el primer caso, los copropietarios pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una venta directa del copropietario enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en el segundo caso los copropietarios preferidos pueden ejercitar el derecho del retracto, por medio del cuál el copertípe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador". (Directo 5965/57 Pedro Solis Salas. Octubre 27 de 1960. Se negó el amparo por unanimidad de 5 votos. 3a. Sala. Informe 1960, pág. 48).³⁶

"La acción de retracto... compete a quien no se le dió oportunidad de hacer valer el derecho del tanto..." (Directo 3761/1959. Sucesión de María de Jesús Vda. de Ledesma. Resuelto por unanimidad de 4 votos el 21 de abril de 1960. 3a. Sala. Boletín 1961, pág. 78).³⁷

"Tratándose de la enajenación que uno o varios de los

(36) Idem, pág. 378.

(37) Mayo Ediciones, Ob. Cit. Pág. 515.

copropietarios realicen, en favor de un extraño a la comunidad, pueden presentarse dos situaciones, según si la venta únicamente esté propalada, o consumada. En el primer caso, si el copropietario ejercita el derecho del tanto, se llevara a cabo una venta directa en favor de éste, por el enajenante en los mismos términos del contrato propalado con el tercero; en el segundo caso, el ejercicio del derecho del tanto trae como consecuencia que el copropietario preferido se substituya íntegramente en los derechos y obligaciones del comprador" (Queja 247/1962 Cayetano Ceballos. Julio 2 de 1964. Unanimidad de 5 votos 3a. Sala. Sexta Epoca, Vol. LXXXV, Cuarta Parte, páginas 54 y 64.).³⁸

Por su parte el maestro Ernesto Gutiérrez y González define así el derecho del tanto: "Es el derecho que se confiere por la ley a los comuneros (copropietarios, herederos, socios) para adquirir en igualdad de base que un tercero, la parte de comunidad que un comunero desee enajenar".³⁹ Tomaremos esta definición como punto de partida para tratar un punto que considero de mayor importancia, y que ha sido motivo de frecuentes confuciones. Así, si observamos la frase final de la citada definición, notaremos que alude a la posibilidad de que

(38) Gutiérrez y González Ernesto. "El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio". Editorial Cajiga, S.A., 2a. Edición, Puebla, 1982, Pág. 328.

(39) Arce y Cervantes José. Ob. Cit; pág. 21.

uno de los comuneros desee ENAJENAR su parte, es decir, procura abarcar hipótesis distintas de la venta; sin embargo, algunas de nuestras disposiciones legales que pretenden explicar el derecho del tanto, hacen una referencia específica al caso de venta. Tal situación se presenta en el artículo 1292, el cuál, sin mencionar alguna posibilidad de enajenación diversa a la venta, solo nos habla de ésta a lo largo de todo su texto, como si no concibiera una forma de enajenación de porciones hereditarias enajena al supuesto que plantea, o bien, como si su propósito fuese conceder la preferencia exclusivamente cuando el heredero de parte de los bienes quiera vender a un extraño su derecho hereditario".

Corrigiendo la deficiencia de redacción que en los artículos correlativos de nuestros Códigos anteriores se contenía, el artículo 973 del Código Civil en vigor, substituye en primera fase la palabra "vender" por la de "enajenar", aunque señala Arce y Cervantes "los redactores no fueron lo suficientemente cuidadosos para poner en consonancia todo el texto del citado artículo donde, en dos ocasiones, vuelve a hablar de venta".⁴⁰

Siguiendo la opinión del Maestro Arce y Cervantes, consideramos que ésta modificación es razón suficiente para afirmar que la intención del legislador, al conferir el derecho del tanto a los copropietarios, fue la de que éstos pudieran

(40) Arce y Cervantes José. Ob. Cit; pág. 22.

gozar de él en todos los casos de enajenación de la parte alícuota, y no solo en el de su venta. El problema se nos presenta en tratándose de los coherederos, ya que aquí lo que ocurrió fue precisamente el fenómeno contrario. En efecto, mientras que los códigos Civiles derogados, tanto el de 1870 como el de 1884, referían el derecho del tanto como una prerrogativa de los coherederos cuando uno de ellos quisiese enajenar su parte en la herencia, el actual lo relega al supuesto exclusivo de la venta.

Para ilustrar lo anterior, transcribiremos los artículos 3802 a 3805 del Código de 1884 (que reproduce las disposiciones relativas del Código de 1870), referentes a la reglamentación del derecho del tanto entre coherederos.

"Art. 3802 El heredero o legatario no pueden enajenar su parte en la herencia, sino después de la muerte de aquel a quien se hereda".

"Art. 3803. Si hubiere otros herederos, el que la quiera enajenar deberá instruírles de la enajenación de sus condiciones".

Art. 3804. Los coherederos serán preferidos por el tanto si usan de éste derecho dentro de los tres días siguientes al aviso,

y cumplen las demás condiciones impuestas al cesionario extraño".

"Art. 3805. El derecho concedido en el artículo anterior, cesa si la enajenación se hace a un coheredero, o cuando se hace a un extraño por donación".

Estas observaciones no nos hacen sino llegar a una conclusión opuesta a la que llegamos respecto de la copropiedad. Es decir, por lo que toca a la coparticipación hereditaria, la intención de nuestro legislador, implica en la modificación, se tradujo en la supresión de los medios de enajenación diferentes a la venta, dejando a esta última como único presupuesto para el ejercicio del derecho que hemos venido examinando.

¿Cuál fue el motivo que originó esta alteración? Sinceramente no lo encuentro, y aún cuando el artículo 1294 señala que "el derecho concedido en el artículo 1292 cesa si la ENAJENACION se hace a un coheredero", mi opinion es en el sentido de que, si bien el artículo 1294 habla de enajenación, la voluntad del legislador quedó ya manifiesta al efectuar la modificación que comentamos, plasmada en el artículo 1292 que se refiere al ejercicio del derecho del tanto, y considero al contenido del artículo 1294 como una omisión al realizarse el cambio de redacción, con la reserva de que posiblemente se haya asimilado en este caso la noción de enajenación a la sola

hipótesis de venta, por haberse tratado exclusivamente de ella en el precepto que describe el derecho que nos ocupa.

De aquí se deriva otro problema no menos importante: si tomamos en consideración que quien pretende ejercitar el derecho del tanto ha de proporcionar al enajenante lo que éste hubiere convenido con el tercero extraño como contraprestación de la operación propalada, es decir en los mismos términos, condiciones y con equivalentes garantías para que el que quiere enajenar no sufra menoscabo en su patrimonio, "hay que concluir señala Arce y Cervantes; que el derecho del tanto nace solamente cuando el tanteador puede dar al copropietario una prestación igual a la ofrecida por el extraño. De esto se deduce que, por regla general, existira el derecho del tanto siempre que la contraprestación consista en la entrega de COSAS FUNGIBLES o de obligaciones de hacer de aquellas que admiten substitución en el obligado o, finalmente de obligaciones de no hacer, cuyo cumplimiento tenga para el enajenante el mismo efecto patrimonial sea quien fuere el que las cumpla. Dijimos prestaciones de cosas fungibles por regla general, por que es posible que en determinado caso, aun tratándose de cosas no fungibles, pueda el tanteador ofrecer igual prestación que la que ofrecía el extraño. En ésta hipótesis, es lógico que subsista el derecho del tanto."⁴¹

Es interesante resaltar que en esta materia resulta

(41) Idem, pág. 25.

perfectamente aplicable la regla contenida en el artículo 2012 del Código Civil, ubicado en el Libro Cuarto, 1a parte, Título II, Capítulo V, y bajo el rubro de las obligaciones de dar", que a la letra dice." "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aún cuando sea de mayor valor".

Ya hemos dicho que el derecho del tanto se otorga a los copropietarios en la enajenación que el copartícipe tenga convenida con un extraño a la comunidad. Ahora bien, si varios copropietarios hicieren uso del derecho del tanto, será preferido al que represente mayor parte, y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario (Art. 974 del Código Civil). Esta última disposición ha sido objeto de una doble interpretación; por una parte, se ha sostenido que el artículo en cuestión otorga el derecho del tanto a los copartícipes aun en el caso de que el pretendido adquirente sea un copropietario; por la otra, se afirma que la preferencia del tanto solo opera cuando la enajenación pretende celebrarse con un extraño.

Creemos que la primera interpretación mencionada fué más allá de lo que en realidad quiere expresar la norma, pues, como indica Arce y Cervantes, aún cuando en el proyecto García Goyena las ideas contenidas en los artículos 973 y 974 de nuestro Código actual se encontraban redactadas en un mismo artículo, el hecho de que hoy se encuentren divididos en dos artículos diversos, no

implica que el derecho se conceda en ambos casos⁴², (Efectivamente, esta primera concepción, que es la que ha adoptado el Registro Público de la Propiedad, ha contemplado el citado artículo apartándolo de su contexto y de su evolución, ya que hemos advertido que ninguna de las disposiciones que han servido de precedentes presenta la dirección que dicha concepción ha querido darle; por el contrario, todas ellas nos hacen concluir que el derecho del tanto se da únicamente cuando el propietario ha concertado la enajenación con un extraño por consiguiente, nosotros nos pronunciamos en favor de la segunda postura, en el entendido de que lo que previene el artículo 974 es simplemente el hecho de que la operación correspondiente hubiera sido ya acortada con un tercero extraño, y que dos o más copropietarios quisieran ejercer su derecho de preferencia.

Por lo que a derecho de retracto se refiere, vemos que éste pertenece a aquellos copropietarios cuyo derecho del tanto haya sido representado, bien por que no se les haya notificado, por medio de Notario o judicialmente, de la enajenación convenida, o bien por que, aun habido siendo debidamente notificados, la operación se hubiera celebrado con el extraño no obstante la manifestación expresa de alguno de los copropietarios de que es su voluntad adquirir la porción respectiva, en los términos y con las modalidades que con relación al tercero extraño se hubiesen

(42) Jurisprudencia y Tesis, Ob. Cit., Págs. 377-378.

estipulado. En esta forma, podemos percatarnos de que los copropietarios que, siendo adecuadamente notificados por el copartícipe enajenante, no ejerciten su derecho del tanto en el lapso de ocho días a que la ley se refiere (tiempo de extinción de tal derecho), no gozarán del derecho de retracto en virtud de no haber en éste caso violación alguna al primero, violación que, como hemos visto, resulta condición determinante para el surgimiento del retracto. En tal sentido la Suprema Corte de Justicia ha expresado:

"Si bien es verdad que la acción de retracto concierna a los que no fueron notificados antes de la realización de la venta, los efectos jurídicos de la declaración judicial no pueden producirse sino respecto a los que ejercitaron la acción, tanto por que al ocurrir a la autoridad judicial a deducir el derecho de retracto manifiestan su voluntad de adquirir la materia de la venta, cuando 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 a la declaración de nulidad no puede beneficiar a ningún otro" Amparo Directo 3763/1959. Esther Ledesma de Vázquez. Sucesión. Resuelto el 29 de junio de 1960 por unanimidad de 5 votos. 3a Sala. Boletín 1961, página 77.⁴³

(43) Jurisprudencia y Tesis sobresalientes, Ob. Cit; pág. 378.

Hasta ahora hemos tratado acerca de los puntos generales del derecho del tanto y del retracto. de ésta manera, nos corresponde hacer aquí referencia a los efectos que produce el ejercicio de tales derechos.

hasta ahora hemos tratado de los puntos generales del derecho del tanto y del retracto, de ésta manera, nos corresponde hacer aquí referencia a los efectos que produce el ejercicio de tales derechos.

Como sabemos, el derecho del tanto podrá hacerse valer siempre que la enajenación esté convenida con el extraño, pero no consumada, y tendrá por efecto el que dicha operación se verifique precisamente con quien antepone el derecho mencionado. Dicho en otra forma, el ejercicio de este derecho da lugar a una enajenación directa del copropietario enajenante en favor del que defiende su preferencia.

El derecho de retracto, a su vez, consiste en alcanzar a través de la vía judicial el respeto al derecho del tanto, salvando la barrera que implica la operación celebrada con el tercero. El efecto que se deriva del ejercicio del retracto es, consecuentemente, la anulación de la enajenación celebrada con el extraño adquirente, subrogandose el copropietario referido en los derechos que a dicho adquirente le son propios. Sobre este

particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado: (ver tesis jurisprudencial antes transcrita, señalada con la referencia No. (8).--).

"...si la venta se realiza omitiendo la notificación... resulta jurídicamente imposible el uso del derecho del tanto; mas el desconocimiento y violación de ese derecho engendra la acción de retracto, que tiene por objeto lograr en la via judicial el respeto de dicho derecho, removiendo el obstaculo jurídico que implica la venta hecha al tercero..." (Directo 3761/1959. Sucesión de María de Jesús Vda. de Ledezma y Coags. Resuelto el 21 de abril de 1960, por unanimidad de 4 votos. 3°. Sala, voletín 1961, pág. 81).⁴⁴

"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 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 este recupere la propiedad de la cosa, sino que por el retracto el coparticipe actor se subroga en los derechos del comprador, de modo que a este le devuelve el precio y es este quien entrega la cosa, sino que por el retracto el coparticipe actor se subroga en los derechos del comprador, de modo que a

(44) Mayo Ediciones, Ob. Cit., Pág. 379.

este le devuelve el precio y es este quien entrega la cosa Se trata, en consecuencia de una nulidad, la proveniente de retracto, con características especiales que la distinguen de la generalidad de las nulidades..." (directo 5965/57. Pedro Soliz Salas. octubre de 1960. Se nego el amparo por unanimidad de 5 votos. 3ª. sala. Informe 1960, pág. 48). ¿Cual fue la razón que llevo al legislador al establecimiento del derecho del tanto en nuestro derecho? No podemos negar que la situación creada por la copropiedad es un tanto molesta, maxime si entre los copropietarios no existen vínculos de amistad o de parentesco que pudieran hacer mas llevadera su relación. De aquí deriva la tendencia, manifiesta en el derecho del tanto, de procurar romper con el estado de copropiedad, o por lo menos evitar su prolongación por largo tiempo. Tal ha sido el parecer de nuestra Suprema Corte de Justicia al decir: "El derecho del tanto tiene por objeto fundamental evitar la intromisión de un extraño en la comunidad, evitar que la participación de un extraño en la cosa común pueda crear problemas mayores que los que ya por sí mismo crea frecuentemente el estado de indivisión; por otra parte, tambien tiene como un fin mediato evitar la prolongación del estado de copropiedad".⁴⁵

De manera semejante, el Lic. Ernesto Gutiérrez y González indica que "la copropiedad es una situación que de no darse entre personas verdaderamente ligadas por lazos muy estrechos,

(45) Gutiérrez y González Ernesto. Ob. Cit; págs. 328-329.

afectivos, culturales o de otra índole, es realmente indeseable, pues siempre crea dificultades por la administración, uso de la cosa y beneficio de la misma. Debe fincarse la copropiedad, en una relación de identificación o de intimidar entre los copropietarios.

Pero aun sobre ese supuesto, como por lo general aun entre las personas mas allegadas surgen conflictos, entonces siempre es preferible que la copropiedad no exista, y si existe, buscar que se extinga."⁴⁶ El autor concibe las dos ideas; mantener la intimidad de los copropietarios, ó, terminar la copropiedad.

B) FINALIDAD Y PRESCRIPCION EN EL DERECHO DEL TANTO Y EL RETRACTO.

La finalidad que acusa el derecho del tanto se traduce en la no intervención de extraños a la comunidad de bienes, a fin, de evitar la inmutabilidad, o, el incremento de coparticipes, buscando, la consolidación de la copropiedad en favor de uno de los copropietarios ya existentes.

Como tales previamente a la pretensión de enajenación que uno de ellos tuviere respecto de la parte alícuota que le corresponde. Se trata en suma, de un medio que la ley nos brinda con objeto de lograr la extinción de la copropiedad.

(46) Idem. pág. 378.

Por lo que atañe a los fines del retracto, no tenemos mas que subrayar que su objetivo primordial radica en alcanzar el respeto al derecho del tanto, cumpliendose con las finalidades en virtud de las cuales ésta última preferencia fue establecida.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación fija de manera especial su atención en los propósitos del derecho del tanto y, por ende, en los del retracto, señalando que "precisa tener consideración, fundamentalmente ¿cual es el interes que la ley pretende proteger al exigir la notificación de que se trata? esto es, si se busca protección del interés público o si por el contrario se quiere salvaguardar solamente intereses particulares. Para el efecto, debe hacerse notar que el derecho del tanto no tiene por objeto fundamental evitar la intromisión de un extraño en la comunidad, evitar que la participación de un extraño en la cosa común pueda crear problemas mayores que los que ya por si mismo crea frecuentemente el estado de indivisión; por otra parte, tambien tiene como inmediato, evitar la prolongación del estado de copropiedad. En consecuencia, puede decirse que tiene por fin proteger los intereses privados de los copropietario, y no pretende tutelar el orden público, pues si bien es verdad que puede precisarse que la ley esta interesada en que no se prolonguen los estados de indivisión, tambien lo es que no establece imperativamente la obligación de terminarlos, puesto que si bien es cierto que el derecho de retracto tiene por

objeto, como antes se dijo, hacer posible que el preferido adquiriera la parte alícuota enajenada en favor del tercero, también lo es que la ley no lo obliga a ello, de tal modo que es el propio titular del derecho el que decide si lo ejecuta o no. En estas condiciones es pertinente concluir que las normas referentes al derecho del tanto son normas de interés privado" (Directo 5965/57. Pedro Solís Salas. Oct. 27 de 1960. Se negó el amparo por 5 votos. 3ª. Sala. Informe 1960, pág. 47).⁴⁷

Para agotar el análisis descriptivo que hemos venido haciendo, solo nos resta referirnos al tema de la prescripción del derecho del tanto y del derecho de retracto. Por lo que toca al primero, el artículo 973 de nuestro Código Civil nos dice en su parte conducente: "...A este efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el solo lapso del término se pierde el derecho..." Asimismo, la preferencia de los coherederos tiene la misma duración, tal como lo dispone el artículo 1292, que en su parte relativa establece: "... 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

(47) Ibidem. pág. 378.

del tanto... Por el solo lapso de ocho días se pierde el derecho del tanto..."

De esto anterior se deduce que la prescripción del derecho del tanto opera siempre y cuando él o los comuneros que gozan de la preferencia hayan sido debidamente notificados de la enajenación concertada, ya que en el supuesto de que tal operación se hubiese efectuado sin la correspondiente notificación a los demás coparticipes, el derecho de estos se habría extinguido sin que hubiera tenido posibilidad de hacerlo valer. Sin embargo, debemos hacer aquí una distinción: mientras que la extinción del derecho del tanto por prescripción no afecta en forma alguna a la operación celebrada o por celebrarse con el tercero extraño a la comunidad, la extinción del mismo por infracción origina una acción de retracto, acción que puede deducirse durante el plazo de diez años, término que es el que la ley señala para la prescripción general de las acciones. Este ha sido el criterio de nuestra Suprema Corte de Justicia, la que al respecto nos indica:

"El término para hacer uso del derecho del tanto es diverso para ejercitar la acción de retracto, que compete a quien no se

le dió la oportunidad de hacer valer aquel derecho ; en efecto el plazo para usar del derecho del tanto es de ocho días contados a

partir de la notificación que se haga... mientras que la acción de retracto puede deducirse durante el plazo de diez años que la ley señala para la prescripción en general de las acciones". (Directo 3761/1959. Sucesión de María de Jesús Vda. de Ledesma. Resuelto el 21 de abril de 1960, por 4 votos. 3°. Sala. Boletín 1961, pág. 79.⁴⁸)

Resulta de gran interés la comparación que algunos autores han realizado entre lo que el Código Civil español preceptúa con relación al punto que tratamos, y la reglamentación con la que en nuestro sistema positivo civil se ha atendido tal cuestión. Efectivamente, nos damos cuenta de que mientras que el código español concede al derecho de retracto una duración de un año computado desde el momento de la inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad, nuestro derecho no hace mención del mismo en el Código Civil, sino que debe su existencia a la interceptación que la Suprema Corte de Justicia ha realizado del último párrafo del artículo 973.

C) NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DEL TANTO

Se ha discutido mucho acerca de si el derecho del tanto

(48) García Máynez Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, 2a Edición, México, 1975, Pág. 214.

constituye un derecho real, o bien, si pertenece al grupo de los derechos personales o de crédito. Aclaremos lo que debemos entender por cada una de dichas opciones: Derecho Real es la facultad, correlativa de un deber universal de respeto, que una persona tiene que obtener directamente de una cosa, todas o parte de las ventajas que esta es susceptible de producir; Derecho de Crédito (o personal) es la facultad que una persona llamada acreedor, tiene de exigir de otra, llamada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa.⁴⁹

Algunos autores alemanes (Tuhr, Gierke) consideran que el derecho del tanto forma parte de los llamados "derechos de adquisición", colocándolo al lado de figuras como el derecho de apropiación y los que se conocen como derechos de esperanza. El mismo Código Civil alemán le proporciona características que lo configuran como un derecho real; en tal sentido, el jurista Martin Wolf haciendo mención específica de lo citado por el citado Código Alemán presupone la condición de derecho real del derecho del tanto, pues indica que el derecho real de tanteo es un derecho real sobre un inmueble, en virtud del cual la persona a cuyo favor se da "esta facultad frente al propietario para la

(49) Renaud Cortney, Paul. Ob. Cit. Pág. 38.

compra preferente".⁵⁰

Por su parte en el derecho español se han suscitado grandes controversias sobre este particular, debido a las consideraciones de cierto grupo de juristas que caracterizan al derecho del tanto (tanteo) como una mera obligación personal.

Para De Diego, "el tanteo es el derecho real que otorga a su titular preferencia para la adquisición de un inmueble por el tanto que su dueño pretenda enajenarle", añadiendo este autor que, "por recaer doble cosa específica y determinada, para el caso de ser enajenada ésta, cualquiera que sea su dueño, pudiéndose ejercitar, por tanto, contra cualquiera y dirigir la acción real que produce también contra cualquiera, no hay duda de que es un derecho real".⁵¹

Campuzano, a su vez, sostiene que " el derecho de que tratamos consiste en adquirir por el tanto de su precio la cosa que se va a enajenar, y siendo característica de los de naturaleza real la trascendencia de los mismos, esto es, que se puedan hacer efectivos contra todos, para aplicar este principio al derecho de tanteo existe la gran dificultad de que cuando

(50) Citado por el Diccionario de Derecho Privado, Ed. Labor, México 1950. Voz: Tanteo. Pág. 36.

(51) Escriche Joaquín. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Librería de Garnier Hermanos, París 1869. Pág. 70.

quiere hacerse efectivo en perjuicio de otro que ha adquirido la finca en virtud de una enajenación que no debió realizarse, deja de ser tanteo, y como tiene lugar después de haberla adquirido otro, hay que rescindir la primera obligación anterior, y se convierte de hecho en un retracto; de aquí parte este autor para afirmar que "lo que supone en realidad el derecho de tanteo es una obligación personal, por parte del dueño que va a enajenar una finca, de dar parte de la enajenación que se propone verificar al que tiene a su favor el citado derecho".

De ninguna manera podremos congeniar con la opinión del tratadista últimamente referido, pues nos resulta difícil de concebir la identificación que este pretende entablar entre el derecho del tanto poropiamente dicho (que fundamentalmente implica una preferencia) y la obligación que el presunto enajenante tiene de notificar la operación a los demás condueños de la cosa. Por otro lado, no encontramos la razón por la cuál, al intentar determinar la naturaleza jurídica del derecho del tanto, se hable de la dificultad que existe cuando tal derecho "quiere hacerse efectivo en perjuicio de otro que ha adquirido la finca", siendo que en este caso, como el mismo autor lo señala posteriormente, el derecho del tanto se ha extinguido con motivo de su infracción, generandose una acción de retracto; y ya hemos advertido que aun con la violación del primero, traiga aparejada la posibilidad de ejercitar el segundo, se trata de instituciones

perfecta y totalmente diferenciables, así, consideramos que el titular del derecho del tanto goza de él, independientemente de que el comunero enajenante tenga la obligación de informarle de la enajenación concertada, ya que difícilmente podríamos pensar en la extinción del derecho que examinamos por ausencia de notificación si la existencia de aquel dependiera de esta última. La notificación es, pues, condición para el ejercicio del derecho del tanto, mas no para su existencia.

En el derecho español ha surgido además, una corriente que estima que el derecho del tanto, al igual que el retracto legal, constituye una simple limitación de la propiedad que, por esencia, carece de naturaleza real, dandoles el atributo de Derecho Público.

Parece ser que la primera de las posturas a que hemos hecho referencia es la que mejor aceptación ha tenido por parte de la doctrina contemporánea; la segunda ha sido firmemente respaldada por los tribunales españoles, los cuales no doblégan su resistencia a considerarla como un verdadero derecho real; y, por último, la tercera ha sido censurada por la doctrina en una forma por demás generalizada.

Ahora bien, ¿cuál será la naturaleza jurídica del derecho del tanto que contempla nuestro derecho positivo? Examinemos cada

una de las posibilidades:

Si atendemos al concepto de derecho personal o de crédito, observaremos que la persona que aparece como titular del mismo posee la calidad de acreedor, calidad que se ostenta frente a un deudor, ¿podríamos decir que la persona que cuenta con la preferencia del tanto reúne las características de un acreedor?, ¿será el enajenante su deudor?. Veamos cual es la situación jurídica de tales calidades; el maestro Joaquín Escriche nos dice al respecto lo siguiente:

"El derecho que tiene el acreedor contra el deudor, hablando generalmente, no es un derecho sobre la cosa -jus in re-; porque el acreedor no puede mirar la cosa como suya, ni apoderarse de ella en el tiempo señalado para su entrega, ni reivindicarla de cualesquiera manos que se encuentre. El derecho del acreedor es un derecho a la cosa -jus ad rem-, esto es, la facultad de compeler al deudor o a sus herederos a que le den la cosa o cantidad que se le debe, pues no se hace dueño de ella sino mediante la entrega o tradición".⁵²

Estas observaciones nos hacen concluir que no es posible conferir el carácter de acreedor a un determinado individuo por el hecho de tener a su favor el derecho del tanto, ni tampoco

(52) Idem; pág. 71.

podemos decir que el copartícipe que quiere enajenar su parte es deudor del primero. Esto se explica por el hecho de que, desde el momento de que una persona es copropietaria (comunero) de otra con relación a un bien específico, es factible asegurar que tiene un derecho sobre el mismo, derecho que se manifiesta como una indiscutible preferencia para la adquisición de la parte correspondiente, con miras a la consolidación. Por otro lado, el enajenante no es un deudor del copropietario respectivo, sino hasta el momento en que renuncia a celebrar la operación con el extraño con quien la tuviera convenida, y existe el acuerdo de voluntades entre ambos comuneros, a fin de que la enajenación resulte a beneficio del que se hallaba investido con el derecho del tanto. En otras palabras, el presunto enajenante sólo será deudor del copartícipe de referencia cuando éste haya dejado de ser titular del derecho de preferencia, por haberse extinguido a la hora de ejercitarlo. En consecuencia, por nuestra parte descartamos la posibilidad de ver en el derecho del tanto un derecho personal o de crédito.

Concluyendo, no queda más que revelar nuestra completa adhesión a la posición de aquellos que consideran que el derecho del tanto constituye un verdadero derecho real, pues reconocemos que la preferencia en que se traduce dicha prerrogativa es, sin lugar a dudas, una facultad -correlativa de un deber general de respeto (enajenante y posibles extraños adquirientes) - que tiene

ESTA TESIS NO PUEDE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

quien la disfruta, de obtener directamente de una cosa (parte alícuota objeto de la enajenación) todas o parte de las ventajas que ésta es susceptible de producir (la consolidación del dominio).

CAPITULO III

LA COPROPIEDAD Y LA COPARTICIPACION HEREDITARIA COMO FIGURAS ESENCIALES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DEL TANTO

A) LA COPROPIEDAD

- a) ELEMENTOS DE LA COPROPIEDAD
- b) EXTINCION DE LA COPROPIEDAD

B) LA COPARTICIPACION HEREDITARIA

LA COPROPIEDAD Y LA COPARTICIPACION HEREDITARIA COMO FIGURAS
ESENCIALES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DEL TANTO.

Sabido es que el derecho del tanto es una prerrogativa cuyo desenvolvimiento no puede nunca rebasar las fronteras de lo que se llama "comunidad de bienes". Tambien haciendo mención específica de las figuras "copropiedad y coparticipación hereditaria".

Haciendo la comparación entre todos estos conceptos, lo primero con lo que nos encontramos es que tales ideas presentan una clara semejanza: se trata, en los tres casos, de la existencia de una pluralidad de titulares de derechos subjetivos. Sin embargo, observamos que esos derechos subjetivos se manifiestan en forma diferente bajo cada uno de los supuestos. En efecto, mientras que en la comunidad se pueden abarcar toda clase de derechos (reales, personales, especiales), la popularidad de titulares que se da en la copropiedad sólo puede constituirse respecto de un derecho real en particular: el de propiedad. En este sentido, el licenciado Rafael De Pina nos señala: "Sintticamente, se ha establecido la distinción entre comunidad y copropiedad diciendo que la comunidad es la cotitularidad de cualquier derecho y el condominio (copropiedad) la cotitularidad del derecho de propiedad".⁵⁴ Asimismo, los derechos sobre los

(54) De Pina Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Vol. II, (Bienes-Sucesiones), Editorial Porrúa, 2a. Edición, México 1977, pág. 110.

cuales recae la cotitularidad en materia de herencia (situación que gran parte de la doctrina considera como una copropiedad), únicamente pueden ser derechos hereditarios sobre bienes de la sucesión.

De este modo, podemos entender que la comunidad de bienes es el género, y tanto la copropiedad como la coparticipación hereditaria son las especies.

Partiendo de esta base, otorgaremos a toda comunidad a la que la ley conceda el beneficio del derecho del tanto el carácter de Presupuesto Esencial para su ejercicio, analizando someramente y de manera especial a la copropiedad y a la comunidad hereditaria, por ser dentro de estas instituciones en donde mayor importancia refleja la aplicación de nuestro tema.

A) LA COPROPIEDAD.

Con la misma imprecisión con la que una persona determinada contesta a una pregunta dirigida hacia la definición de una idea, iniciando su respuesta con la expresión "es cuando...", el artículo 938 del Código Civil para el D.F. pretende explicar la copropiedad diciendo: "Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen pro-indiviso a varias personas".

Es importante hacer notar que al referirnos a la copropiedad estamos frente a una división NO DE LA COSA EN SI, sino que es más bien la titularidad del DERECHO DE PROPIEDAD la que se encuentra compartida. De aquí se desprende que la participación de que goza cada uno de los copropietarios es una PARTE ALICUOTA en el conjunto de la cosa común. De lo anterior se deriva que cada condueño tiene la propiedad plena de su parte alícuota y de sus frutos y utilidades pudiendo enajenarla, cederla o hipotecarla, tal como lo señala el artículo 950 del mismo Código, ya que conforme al artículo 940, nadie está obligado a permanecer en copropiedad, dando así cumplimiento al Derecho Subjetivo Público la Propiedad.

El Propio artículo 940 del Código Civil al respecto señala:

"Artículo 940. Si el dominio no es divisible, o la cosa no admite cómoda división, y los partícipes no conviene en que sea adjudicada a alguno de ellos, se procederá a su venta y a la participación de su precio entre los interesados".

Determinado el momento del nacimiento del derecho, analicemos los artículos 973 y 974 con respecto al derecho del tanto en la copropiedad, y para tal efecto se señalan las siguientes reglas:

PRIMERA.- Se hace ejercitable el derecho del tanto cuando algún o algunos condueños quieran vender a persona extraña su parte alícuota. De lo anterior decimos dos cosas:

a) Que dicho derecho solo podrá ser ejercitado en caso de compraventas, aunque doctrinalmente se ha aceptado que también el caso de dación en pago procede dicho derecho no operando así en ningún otro acto jurídico en virtud del cual se pueda transmitir la propiedad, como una donación, permuta, etcétera, y,

b) Que si enajena a otro copropietario, tampoco operará nuestro referido hecho preferencial.

SEGUNDA.- El condueño que desee enajenar su parte alícuota a un tercero, deberá de notificar dicha venta convenida. Dicha notificación deberá ser por medio de:

a) Notario

b) Judicialmente

TERCERA.- El plazo para el ejercicio, del referido derecho del tanto, que les asiste a los demás condueños es el de ocho días siguientes a la notificación.

CUARTA.- Si transcurrido dicho plazo él o los copropietarios no ejercieron su derecho del tanto, éste se pierde.

QUINTA.- Si existen varios copropietarios que habiendo sido notificados quieren hacer uso de su derecho del tanto, será preferido aquel que represente la mayor parte, siendo iguales, se designará por la suerte a quien se debe de preferir, salvo que se pacte en contrario.

SEXTA.- Y, por último, tenemos la sanción a aquel condueño que en contravención a lo antes señalado venda su parte alcuota a un extraño, o sea sin mediar la notificación o mediando esta no prefiera al copropietario que haya ejercitado su derecho, dicha venta no producirá efecto legal alguno, tal como lo dispone la parte final del ya citado artículo 973.

Es decir que es el propietario aún hecha la notificación o no a que hace referencia el artículo 973, es decir por medio de notario o judicialmente siga prefiriendo a un extraño.

La tendencia que revela nuestro Código Civil en esta Materia esta en perfecta concordancia con la concepción romanista de la copropiedad. Esta última, sostiene que a cada condueño pertenece la cosa a través de partes intelectuales (alcuotas). Es a esto, presisamente, a lo que quiere hacer alusión el citado artículo.

938 de nuestro Código cuando preceptúa que la cosa o el derecho de que se trata "pertenece pro-indiviso a varias personas". Sobre este particular, el maestro Gutiérrez y González expresa: "Debe en primer lugar, precisarse el significado de las palabras "pro indiviso" que se utilizan en este artículo 938 mexicano: significan: "sin división material de partes", por lo cual esta norma se podría leer también correctamente con esta redacción: "Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen sin división material de partes, a varias personas" ⁵⁵

Existe otra concepción de la copropiedad aparte de la romanista: la que se desarrolla fundamentalmente en el Derecho alemán (*condominium juris germanici*), y que se conoce como "propiedad en mano común" (*Gesamteigentum*). Los seguidores de esta corriente afirman que la cosa pertenece a la colectividad sin división de cuotas.

Para la estructuración de nuestro actual artículo 938, el legislador mexicano se inspiró en la disposición del artículo 392 del Código Civil español que dice:

"Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. A falta de contratos o disposiciones especiales, se regirá la comunidad por

(55) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Ob. cit., pág. 307.

las prescripciones de este título".

Si examinamos con cuidado la redacción de este precepto, advertiremos que adolece del mismo error que se contiene en el artículo al cual sirvió de modelo. Efectivamente, ambas disposiciones parecen suponer que el derecho real de propiedad puede recaer indistintamente sobre cosas o sobre derechos, cuando resulta evidente que en tratándose de derechos no podemos hablar de propiedad sino de titularidad. Esta crítica la hace patente el jurista español Castán Tobeñas, quien al comentar el artículo 392 del Código español manifiesta lo siguiente: "Fácil es observar que incurre esta fórmula en la inexactitud de suponer que hay propiedad de derechos, siendo así que la propiedad, en su sentido preciso y técnico, no recae mas que sobre las cosas corporales. El origen del error está en que confunde el Código dos ideas o conceptos que es preciso diferenciar: el de la comunidad de bienes y derechos, y el de la copropiedad o condominio. Ambos tienen puntos de coincidencia en cuanto implican manifestaciones del fenómeno de la pluralidad de sujetos o titulares de los derechos subjetivos. Pero difieren por su diverso ámbito, pues la comunidad constituye el género y la copropiedad o condominio constituye la especie. La comunidad puede recaer sobre toda clase de derechos y la copropiedad, que es un derecho real o más concretamente una forma específica del derecho de propiedad, sólo

puede recaer sobre cosas específicas y determinadas".⁵⁶

Por nuestra parte nos damos cuenta que la falta en que cayó el redactor del artículo 938 del Código mexicano fue la de copiar la norma española sin reparar en que ésta describía no a la especie copropiedad, sino al género comunidad.

En nuestro Derecho la copropiedad puede constituirse por medio de dos maneras: por voluntad de los particulares, o bien, por disposición de la ley. De la primera forma mencionada tenemos como ejemplos: la adquisición conjunta de alguna cosa por dos o más personas en virtud de un contrato; la transmisión que uno de los copropietarios hace a otra persona de su parte alícuota; se ha dicho también que la transmisión mortis causa de una misma cosa (legado) en favor de varios sujetos; etc. En cuanto a la constitución de la copropiedad por disposición de la ley, el ejemplo más visible lo muestra el artículo 953 del Código Civil, que presume la copropiedad de los muros, cercas o setos medianeros mientras no haya signo exterior que demuestre lo contrario.⁵⁷

"Hay medianería cuando una pared, zanja o seto dividen dos predios y no puede establecerse a quien pertenecen, de tal suerte que se presume que son comunes y pertenecen pro indiviso a los dueños de ambos predios". Otro caso de esta forma de constitución

(56) Castan Tobeñas José. "Derecho Civil Español Común y Foral". T.II. Vol. 1, Instituto Editorial Reus, Madrid 1975. Pág. 322, 1943.

(57) Rogina Villegas Rafael, Ob. Cit.,pág. 115

de la copropiedad es el que se ubica en el artículo 926 del citado Código: "Si se mezclan dos cosas de igual o diferente especie, por voluntad de sus dueños o por casualidad, y en este último caso las cosas no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda, atendiendo al valor de las cosas mezcladas o confundidas"; asimismo, la indivisión entre coherederos es un ejemplo más del establecimiento de la copropiedad (si es que consideramos como tal este supuesto) por ministerio de ley

Conviene aquí tratar un punto importante con relación a la medianería. La copropiedad conforma el presupuesto indispensable para el nacimiento y subsistencia del derecho del tanto. De igual manera, en páginas anteriores indicamos que la existencia de este derecho se justifica por ser un medio que la ley fija con miras a lograr la extinción de la copropiedad ("situación --dice Gutiérrez González-- que de no darse en personas verdaderamente ligadas por lazos muy estrechos, afectivos, culturales o de otra índole, es realmente indeseable...")⁵⁸, o, en su defecto, preservar la intimidad de los condueños. Pero, ¿podríamos encontrar todas estas circunstancias en el caso de la medianería -verdadera copropiedad por disposición de ley-? Definitivamente NO; bajo esta hipótesis no caben los objetivos que sirven de justificativo a la existencia del derecho del tanto, y lo que

(58) Gutiérrez y González, Ernesto, Ob. Cit., pág. 328.

sucede es que la medianería lejos de ser una situación molesta y perjudicial, resulta benéfica para la economía, debiendo protegerse más que buscar su terminación. Este ha sido el sentimiento de la doctrina y de la legislación, la que, a través de presunciones, ha favorecido su existencia.

Ahora bien, sabemos que el derecho del tanto implica una preferencia para la adquisición de la cosa objeto de copropiedad cuando ésta pretendiera enajenarse. Si en el caso de la medianería la cosa objeto de copropiedad es, precisamente, el cierre medianero, ¿no resulta ilógico pensar en la posibilidad de enajenar un aparte alícuota de dicho cierre medianero sin que necesariamente se suponga la enajenación de alguno de los predios a los que divide? Naturalmente que sí; de aquí que nos parezca ocioso pretender aplicar el derecho del tanto en la medianería.

Estas consideraciones nos llevan a la conclusión de que el derecho del tanto es inaplicable en lo tocante a la medianería. En efecto, sentado ya lo impracticable de la enajenación de un muro medianero en forma aislada, nos percatamos de que en el supuesto de que uno de los propietarios de los predios colindantes quisiera enajenar el que le es propio, el otro NO GOZARA DEL DERECHO DEL TANTO sobre el muro medianero, con base en la innegable aplicación del principio que proclama que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal", situación que

conduciría al nuevo propietario a entrar en copropiedad con su vecino respecto del cierre medianero, en la proporción que al enajenante correspondía en tal sentido. En forma similar, el maestro Arce y Cervantes afirma que el derecho preferencial que estudiamos "no es aplicable cuando se trata de enajenar la parte alcuota de un muro medianero juntamente con el inmueble de que forma parte, y esto, primeramente, porque el derecho del tanto nace para el condueño en cuanto tiene un derecho de propiedad sobre la totalidad del bien y en la medida en que tiene vocación para hacerlo totalmente suyo. Extenderlo hasta ese grado, sería hacerlo extensivo a cosa sobre la cual no tiene ningún derecho el condueño, o sea, sobre el resto del inmueble, lo que va contra la naturaleza de la institución. En segundo término, porque sería supeditar lo principal -la suerte del inmueble- a lo accesorio que, en este caso, es el muro medianero".⁵⁹

Bien, una vez analizado este importante aspecto de la medianería, continuaremos con nuestro breve exámen de la copropiedad en general.

a) Elementos de la Copropiedad.

Esquemáticamente, podemos presentar los elementos de toda

(59) Arce y Cervantes José. "El derecho del Tanto de los Copropietarios". Revista de Derecho Notarial; Asociación Nal. del Notariado Mexicano, No. 53, 1973, pág. 21.

copropiedad de la siguiente forma: en primer lugar tenemos la coexistencia de varios sujetos que detentan simultáneamente la propiedad de una misma cosa, es decir, todos ellos son titulares del derecho real de propiedad; en segundo término se encuentra la unidad material de la cosa común; y, por último, cada propietario participa de la propiedad de la cosa en su totalidad, en virtud de una parte alícuota.

¿Cuáles son, en general, los derechos de que disfrutan los copropietarios? En relación con este punto, encontramos dos directrices: los derechos que los copropietarios tiene sobre la cosa común, y por otro lado, los derechos que cada uno de ellos posee sobre su respectiva parte alícuota. Entre los primeros se destacan los que se anotan a continuación:

- 1) Derecho para servirse de la cosa común (derecho de uso.
Art. 943 C.C.
- 2) Derecho de administrar la cosa.
Arts. 946 a 949 C.C.
- 3) Derecho de disfrutar de la cosa, correlativo de un deber de conservación. Arts. 942 y 944.
- 4) Derecho de alteración de la cosa. (mediando el consentimiento

de los demás condueños). Art. 945. C.C.

5) Derecho a solicitar la división de la cosa común.

Art. 939 C.C.

Los derechos que cada copropietario tiene sobre su parte alícuota son:

1) Derecho de disposición de dicha parte alícuota; y por supuesto:

2) Derecho del tanto.

b) Extinción de la copropiedad.

Sólo nos queda por tratar lo relativo a la extinción de la copropiedad. A este respecto, el artículo 976 del Código Civil indica:

"La copropiedad cesa: por la división de la cosa común; por la destrucción o pérdida de ella; por su enajenación y por la consolidación o reunión de todas las cuotas en un solo copropietario".

Veamos cada supuesto en particular.

El modo más característico de disolución de la copropiedad es la división de la cosa común. Puede revestir dos matices: división convencional (voluntaria) o división judicial. La primera es la que se da como consecuencia del acuerdo entre los propietarios acerca de la desintegración de la copropiedad; por su parte, la división judicial tiene lugar cuando alguno de los condueños hace valer su derecho de solicitar la división, ante la autoridad judicial, que se deriva de lo dispuesto por el artículo 939: "Los que por cualquier título tienen el dominio legal de una cosa, no pueden ser obligados a conservar lo indiviso, sino en los casos en que, por determinación de la ley, el dominio es indivisible". "Tradicionalmente -expresa De Pina-, para obtener la división judicial de la cosa común, el ordenamiento procesal ha puesto a disposición de los condóminos la acción denominada COMUNI DIVIDUNDO. La acción comuni dividundo tiene naturaleza personal y es imprescriptible mientras subsista la comunidad".⁶⁰

La segunda causa de extinción de la copropiedad es la destrucción de la cosa común. Es obvio que bajo esta hipótesis la copropiedad desaparece puesto que la cosa sobre la que recaía ha dejado de existir. Sin embargo, no debemos perder de vista que en caso de destrucción parcial, la copropiedad subsiste respecto de la porción no afectada por el siniestro (V. gr. cuando ocurre el año sobre una determinada construcción, lo normal es que el

(60) De Pina, Rafael. Ob. cit. Pág 117.

terreno no sufra menosacabo: la propiedad continuará con relación al terreno).

El artículo que comentamos también refiere la posibilidad de que la copropiedad se disuelva por enajenación de la cosa común. Naturalmente, aquí debemos entender que la enajenación se realiza en favor de un extraño a la comunidad, o bien, en favor de uno solo de los copropietarios, quedando el adquiriente como único dueño de la cosa en su totalidad.

Finalmente, tenemos que la copropiedad se acaba por la consolidación o reunion de todas las cuotas en un solo copropietario. Efectivamente, este es el caso en que la copropiedad se extingue como motivo de la adquisición de uno de los copropietarios respecto de todas las partes alícuotas, originándose un acumulamiento de cuotas conexionado con un derecho de propiedad único sobre la cosa de que se trata.⁶¹

El punto específico en cuanto a la sucesión hereditaria que más importa es, la condición de los herederos con relación a la masa hereditaria.

Los coherederos son aquellos sujetos que tienen derecho, a título universal, a la masa hereditaria como a un patrimonio

(61) Idem, Pág. 118.

común, mientras no se haga la división, creando entre sí una comunidad de derechos y obligaciones al igual que en la copropiedad, determinándose todo lo anterior en los artículos 1284 y 1288 del citado Código.

También pudiendo comunidad entre legatarios de un mismo bien, que son los sujetos que suceden al decujus a título particular, por lo que en forma separada al de los herederos, se les aplican las mismas reglas que a éstos, conformándose así un tercer grupo de comuneros.

El momento de nacimiento de éste derecho del tanto, tal y como lo señala la parte inicial del artículo 1292, es cuando un coheredero (entiéndase también colegatario) desee vender su derecho hereditario a un extraño y para tal efecto se señalan las siguientes reglas.

PRIMERA.- Deduciendo de lo anterior, al igual que en la copropiedad, el referido derecho preferencial solo nacerá:

a) Cuando estemos en presencia de una compra-venta, o de dación de pago y no de otro acto jurídico-traslativo de dominio, y como ya lo habíamos mencionado, donación, permuta, etc.

b) Cuando la venta se desee llevar a cabo a un tercero.

SEGUNDA.- El heredero o legatario, no podrá disponer de su parte alícuota de dicha masa hereditaria, sino hasta después de la muerte del autor de la herencia, tal y como lo dispone el artículo 1291.

TERCERA.- El coheredero o colegatario que desee enajenar su parte, deberá de notificar la venta concertada a los de su clase a través de :

- a) Notario.
- b) Judicialmente.
- c) Dos testigos.

CUARTA.- A los coherederos o colegatarios se les notificará las bases o condiciones de la venta concertada por los de su clase.

QUINTA.- El plazo para el ejercicio del referido derecho del tanto será de ocho días, contados a partir de la notificación.

SEXTA.- Si es ejercitado el referido derecho, dentro del término señalado anteriormente, el coheredero o colegatario está obligado a consumir la venta con quien haya hecho uso de su

derecho; conforme a las bases concertadas.

SEPTIMA.- El simple transcurso del plazo de ocho días, hace que se pierda el referido derecho.

OCTAVA.- Cuando dos o más coherederos o colegatarios desearan ejercitar su derecho, será preferido al que mayor porcentaje en la herencia o legado represente, si presentan el mismo porcentaje, la suerte decidirá quién ejercitara dicho derecho, sin hacerse mención de que pueda pactarse algo en contra.

NOVENA.- Y por último en caso de violación al referido derecho del tanto, la compraventa hecha en contravención, estará afectada de nulidad.

Como podemos ver a diferencia de los copropietarios, los coherederos o colegatarios también pueden notificar por medio de dos testigos, diferencia que no tiene fundamento alguno, tratándose de copropiedad.

B) La coparticipación hereditaria.

El punto específico en cuanto a la sucesión hereditaria que más importa es, la condición de los herederos con relación a la

masa hereditaria.

La primera postura que se nos presenta es la que asimila la figura de la herencia a la de la copropiedad. Esta es la conclusión a la que llega el jurista Mario Rotondi, quien después de hacer variadas observaciones declara que al hablar de herencia nos hallamos frente a una copropiedad de tipo incidental (término que contrapone al de copropiedad voluntaria).⁶² El mismo parecer revela el maestro Rojina Villegas al señalar que "en nuestro derecho la herencia es una copropiedad entre los herederos, respecto a un patrimonio, como conjunto de bienes, derechos y obligaciones, que constituyen la masa hereditaria".⁶³ A su vez, nuestra Suprema Corte de Justicia ha dicho: "Si la venta de los derechos 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 la nulidad o de retracto cuando no se ha efectuado la notificación, a lograr para ellos el respeto y satisfacción de su derecho de preferencia; y se explica que la medida adoptada sea en protección de estos herederos que

(62) Rotondi Mario, "Instituciones de Derecho Privado", Edit. Labor, 1a. Edición, México 1953. Pág. 279.

(63) Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit. Pág. 325.

desean adquirir los derechos sobre los bienes sucesorios, de que son también COPROPIETARIOS" (Directo 3763/1959. Esther Ledesma de Vázquez; Sucesión. Resuelto el 29 de junio de 1960 por 5 votos. 3a. Sala, Boletín 1961, pág. 77).⁶⁴ Sobre el particular, el licenciado Antonio de Ibarrola ha sostenido que "la herencia es una copropiedad COMMUNIO INCIDENS, y el albacea es un órgano representativo de un conjunto de herederos para ejercitar las facultades que expresamente le otorga la ley. Falta entre los herederos totalmente la affectio societatis necesaria para que se piense en una persona moral".⁶⁵

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento que estos autores proponen para dar sentido a sus afirmaciones?

De algunos artículos del Código Civil, de entre los que podemos citar, principalmente, a los siguientes:

Art. 1288.- "A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derechos a la masa hereditaria, como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división" (los defensores de la postura "herencia - copropiedad" nos dicen que a este artículo pudiera agregarse la siguiente determinación: "por lo tanto, esta masa de bienes constituye una copropiedad").

(64) Mayo Ediciones, Ob. Cit. Págs. 377-378.

(65) DE IBARROLA, Antonio, Ob. Cit., pág. 987.

Art. 1289.- "Cada heredero puede disponer del derecho que tiene en la masa hereditaria, pero no puede disponer de las cosas que forman la sucesión".

Art. 1292.- (Referente al derecho del tanto entre coherederos).

Art. 1768.- "A ningún coheredero puede obligarse a permanecer en la indivisión de los bienes, ni aun por prevención expresa del testador".

De esta manera, la asimilación herencia-copropiedad, se dió en razón de la relación que se estableció entre los preceptos arriba transcritos y los artículos 950, 973, 974 y 939, localizados en el capítulo titulado "De la copropiedad".

CAPITULO IV

OTROS DERECHOS PREFERENCIALES

- A) DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO
 - B) DERECHO DEL TANTO DEL USUFRUCTUARIO
 - C) DERECHO DEL TANTO DEL ARRENDATARIO DE CASA HABITACION
 - D) DERECHO DEL TANTO DE ARRENDATARIOS DE INMUEBLES SUJETOS
- AL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO PARA EL DISTRITO FEDERAL

OTROS DERECHOS PREFERENCIALES.

A) Derecho de preferencia por el tanto.

El derecho de preferencia por el tanto surge principalmente, a raíz de un contrato de compraventa., y consiste en la preferencia de que goza el vendedor, en virtud de haberlo pactado así en el contrato respectivo, para adquirir la cosa que fué objeto de dicho contrato en caso de que el comprador pretendiera venderla.

Se le conoce también como Derecho por el Tanto y se encuentra regulado en el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos del 2303, al 2308, dentro del capítulo denominado "De algunas modalidades al contrato de compraventa."

Puede tener su origen en la ley, en la manifestación unilateral de voluntad o por convenio de las partes.

El Lic. Ernesto Gutiérrez y González lo define en estos términos: "Es la facultad pactada en un contrato traslativo de dominio, para que el enajenante adquiriera la misma cosa que enajenó, con preferencia que un tercero, si fuere el caso de que el adquirente deseara volver a enajenarla, o bien es la facultad otorgada a una persona, por el titular de un derecho transmisible

si es que este deseara enajenar, para que adquiriera si lo desea, con preferencia a cualquier otra persona, ese derecho."⁶⁶

Se establece en nuestro Código Civil este derecho como una modalidad al contrato de compraventa, al determinar el artículo 2303 que "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 fué objeto del contrato de compraventa." No obstante lo previsto en este artículo, coincidimos con el Licenciado Gutiérrez y González al afirmar que este derecho puede pactarse no sólo en un contrato traslativo de dominio - como lo es la compraventa - sino en cualquier contrato y aún por declaración unilateral de voluntad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1859 del Código Civil.

El propietario puede establecer este derecho en favor de cualquier persona y no solo en provecho del vendedor, como lo afirma el Dr. Francisco Lozano Noriega.

Al igual que en el Derecho del Tanto, para que el titular del derecho de preferencia por el tanto pueda ejercitar su derecho, debe de estar enterado de las condiciones en que se venderá, motivo por el cual en los artículos 2304 y 2305 se impone al vendedor la obligación de hacer saber de "una manera

(66) Gutiérrez y González, Ernesto, Ob. Cit. Pág 332-333.

fehaciente" a quien goza del derecho de preferencia, lo que ofrezcan por la cosa., en este caso la ley no exige la notificación por medio de notario público o en la vía judicial, por lo que se podrá practicar ante dos testigos. El titular del derecho goza de tres días si la cosa es mueble y de diez si se trata de inmueble, a partir del día siguiente a la notificación, para ejercer su derecho., transcurrido el plazo sin hacer uso del mismo, se pierde el derecho. Si el vendedor ha concedido un plazo al comprador para pagar el precio y de este desea prevalerse el sujeto preferido, tendrá que prestar las seguridades necesarias (art. 2306) y si el objeto se enajena en subasta pública, deberá notificarse al titular el día, hora y lugar en que se verificará el remate (art. 2307).

El derecho adquirido por el pacto de preferencia no puede cederse ni pasa a los herederos, según dispone el artículo 2308.

Proveniente de la ley encontramos el derecho que tiene el arrendatario de fincas no destinadas a la habitación y que no sean las viviendas, casas o locales a que se refiere la Ley sobre el Régimen de Propiedad en condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, derecho que se establece en el artículo 2447 del Código Civil.

El Segundo Tribunal Colegiado del primer circuito en Materia

Civil, resolvió que "en el artículo 2447 del Código Civil, el legislador ha estatuido, en beneficio del inquilino, los derechos de preferencia y del tanto... sin embargo, para que proceda cualquiera de los dos y diera nacimiento a acciones, que pudiera deducir el arrendatario en contra del arrendador, el legislador ha exigido que se comprueben los siguientes requisitos: a) que el arrendamiento haya durado más de cinco años., b) que el arrendatario haya hecho mejoras de importancia en la finca., c) que el inquilino esté al corriente en el pago de las rentas y d) que el arrendador intente arrendar o enajenar la cosa a una tercera persona, según el caso. Tales requisitos deben ser plenamente probados por el arrendatario que, en vía de reconvencción, reclame de su arrendador el derecho de preferencia o del tanto."⁶⁷

Si el propietario enajena el bien sin hacer saber al titular del derecho la oferta que tiene, o si habiendo dado el aviso no respeta el plazo de que goza el sujeto preterido, la enajenación es válida, siendo exclusivamente responsable del pago de daños y perjuicios causados. Nada impide que pueda estipularse el pago de una multa o pena convencional para suplir el pago de los daños y perjuicios.

(67) Jurisprudencias, Precedentes y Tesis Sobresalientes sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo II Civil, Mayo Ediciones, México, 1975. Pág. 597.

Para el Licenciado Carlos Cortés Figueroa, el propietario que enajena sin respetar el derecho preferencial, incurre en una conducta esencialmente culposa; lo expone en estos términos: "El concepto de culpa presupone incumplimiento voluntario, salvo que causas insuperables coloquen a uno de los contratantes en situación de imposibilidad material, pero frente a éste surge toda una teoría excluyente de esa responsabilidad al rededor de caso fortuito y de la fuerza mayor. Pero esa causa extraña que no puede ser imputada al deudor poca o ninguna ingerencia tiene en la materia de preferencias que nos ocupa, lo que equivale a dejar asentado que toda violación al Derecho del Tanto es ESENCIALMENTE culposa, como libre y voluntaria es la enajenación hecha con menosprecio de quien tiene por disposición de Ley, un lugar preferente ante todo posible interesado."⁶⁸

Ahora bien ¿qué daños y perjuicios son causados por la violación al derecho de preferencia por el tanto? El Licenciado Cortés Figueroa considera que si el nuevo propietario provoca la desocupación de la finca, en ellos quedarán comprendidos todos los gastos de traslado a la nueva habitación así como el pago de las mejoras necesarias no indemnizadas. Asimismo plantea el caso de que se enajene sin respetar el derecho preferencial y que el inquilino obtenga del nuevo propietario que le venda, a su vez,

(68) El Derecho de Preferencia en el Arrendamiento, en Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo I, UNAM. Julio-Dic. 1951, Números. 3-4. Pág. 265.

la finca, dentro de un plazo cercano y prudente a la primera enajenación pagando al nuevo propietario una mayor cantidad de la que éste pagó al vendedor original y concluye que el inquilino sufrió daño por que hubo menoscabo a su patrimonio y perjuicio que significa utilidad dejada de percibir.

La diferencia que se ha establecido para sancionar la violación al Derecho del Tanto y al Derecho de Preferencia por el Tanto retracto y pago de daños y perjuicios respectivamente obedece a que el bien jurídico protegido es diverso; con el primero se pretende evitar el continuar indefinidamente en el estado de copropiedad y la intromisión de terceros a la comunidad y con el segundo respetar el derecho personal que tiene su titular de adquirir el bien.

Las diferencias que existen entre el Derecho del Tanto y el Derecho de Preferencia por el Tanto, son las siguientes:

El Derecho del Tanto solo existe por disposición legal, nunca por voluntad de los particulares.

El Derecho de preferencia por el Tanto. Puede tener su origen en la ley, por declaración unilateral de voluntad o por convenio de las partes.

El bien jurídico protegido en el Derecho del Tanto es, evitar se continúe indefinidamente el estado de copropiedad y la intervención de terceros a la comunidad.

En el Derecho de Preferencia por el Tanto; respecto al derecho personal de su titular de adquirir el bien.

Plazo para su ejercicio en el Derecho del Tanto, es de ocho días, tanto de bienes muebles como de inmuebles.

En el Derecho de Preferencia por el Tanto 3 días para bienes muebles y 10 días para inmuebles.

Respecto a la transmisibilidad, en cuanto al Derecho del Tanto, se transmite al transmitirse la calidad de copropietario o coheredero.

Respecto de la transmisibilidad en el Derecho de Preferencia por el Tanto; no se transmite.

En cuanto a la sanción, en el Derecho del Tanto es el retracto.

En el Derecho de Preferencia por el Tanto, pago de daños y perjuicios.

B) Derecho del Tanto del Usufructuario

La discusión al tratar este tema se centra en determinar si es un derecho del tanto o es un derecho preferencial por el tanto, y parte de lo establecido en el artículo 1005 del Código Civil que dispone: "El usufructuario goza del Derecho del Tanto. Es aplicable lo dispuesto en el artículo 973, en lo que se refiere a la forma para dar el aviso de enajenación y al tiempo para hacer uso del Derecho del Tanto".

Quienes afirman se trata de un derecho preferencial por el tanto, señalan que el artículo 1005 solo remite al artículo 973 en lo relativo a la notificación que debe dar el propietario de la enajenación que pretenda celebrar y el plazo de ocho días de que goza el usufructuario para hacer uso de su derecho, pero en virtud de no remitir en cuanto a la sanción, su violación acarrea el pago de daños y perjuicios, en los términos del artículo 2104 del mismo ordenamiento y se trata en consecuencia de un derecho preferencial por el tanto cuya sanción difiere de la aplicable por la violación al Derecho del Tanto.

Hay autores que al referirse a este derecho lo consideran como un derecho del tanto, sin fundamentar su postura ni analizar las razones expuestas por quienes estiman se trata de un derecho preferencial por el tanto, tal vez por que para ellos resulta

obvio que el objeto del derecho concedido en el artículo 1005 es el mismo que el establecido a favor de los comuneros.

Para el Licenciado Miguel Alessio Robles⁶⁹ las razones por las cuales se trata de un derecho del tanto son: 1.-por que la ley así lo denomina y no hay razón para considerarlo como derecho de preferencia; 2.-por que la enajenación que se efectúe, violando este derecho, tendrá un objeto ilícito y en consecuencia estará afectada de un elemento de validez; y 3.- en este caso como en el derecho del tanto que asiste a los comuneros, el bien jurídico protegido es el de evitar los problemas que surgen a raíz de la cotitularidad o desmembramiento de la propiedad.

Considero que aquellos que sostienen que se trata de un derecho preferencial por el tanto, por el hecho de que el artículo 1005 del Código Civil no señalo que también sería aplicable la sanción prevista en el artículo 973, han pasado por alto el bien jurídico que se protege con el derecho del tanto, que como ya hemos señalado consiste en terminar con la cotitularidad en la propiedad y evitar la intromisión de extraños a la misma.

Si llegare a existir pluralidad de nudo propietarios y uno

(69) Derechos Preferenciales en Derecho Mexicano: Revista de Investigaciones Jurídicas, Número II, Escuela Libre de Derecho, México 1987, Págs. 52 y 73.

de ellos pretendiere enajenar su derecho ¿a quién debiera preferirse, al usufructuario o a los nudo propietarios? A esta situación el Código Civil no plantea ninguna solución, encontrando la respuesta en la tesis jurisprudencial que a continuación se cita, siendo importante recalcar que en la misma se reconoce a este derecho como un derecho del tanto, cuya violación trae aparejada la acción de retracto; la tesis en cuestión, que al principio es confusa en su redacción, establece lo siguiente:

"USUFRUCTUARIO.- Goza del derecho del tanto. Pero sólo entre sus copartícipes, con el mismo derecho e interés. Usufructo y nuda propiedad, son derechos sobre la misma cosa, pero de diferente naturaleza. Entre ambos derechos no hay comunidad de interés. El usufructuario por no ser copartícipe con el nudo propietario, tiene que ser considerado como extraño en la enajenación de este último a lo sumo, en defecto del uso del derecho del tanto, por los copropietarios de la nuda propiedad, debe ser preferido, en igualdad de circunstancias, a cualquier otro postor en la enajenación de dicha nuda propiedad. ... Es indudable que el derecho del tanto se concede a las mismas personas que tienen el mismo interés entre sí, o sea entre los que tienen un derecho de igual naturaleza, como sucede entre los copropietarios, entre los coherederos o entre los socios y sucedera igual cosa entre los usufructuarios, cuando existan

cousufructuarios, por que entonces, esto significaría que entre sí tienen el mismo interés.

Pero tal situación no surge entre los copropietarios de la nuda propiedad y el usufructuario, pues entre aquéllos y éste, no existe identidad de interés, ni de derechos, ya que la copropiedad y el usufructo, suponen derechos de diversa naturaleza, aunque versen sobre la misma cosa, de lo que se sigue que el nudo propietario y el usufructuario resultan titulares de derechos reales distintos, de manera que entre ambos, no existe la comunidad de intereses que se ve claramente entre socios, coherederos y copropietarios; lo cual lleva a concluir, que el usufructuario, es extraño a los copropietarios. ... De esta manera se ve con claridad, que aún cuando se reconozca al usufructuario, el derecho de retracto, cuando existan dos o mas personas con el derecho de retraer, tiene preferencia el comunero, con relación al usufructuario, de modo que entre un copropietario y un usufructuario, gozando ambos del derecho del tanto, debe ser preferente el derecho del copropietario...⁷⁰

Si hubiere varios usufructuarios interesados en ejercitar su derecho del tanto ¿a quién debe preferir el nudo propietario? en virtud de tratarse de un derecho del tanto considero que debe

(70) Directo 1752/1960. Josefina Cebalios de la Madrid. Resuelto el 5 de octubre de 1961, págs. 939-941.

resolverse conforme a lo previsto en el artículo 974 del Código Civil, siendo preferido el usufructuario que represente mayor parte en el usufructo y siendo iguales el designado al azar, salvo convenio en contrario.

En los Códigos de 1870 y 1884, ya entonces se concedía el derecho del tanto al propietario de un predio dado en enfiteusis, si el enfiteuta quería enajenar su derecho, pero en ellos no se concedía -como tampoco se hace el Código actual- derecho del tanto al nudo propietario. En efecto, el artículo 1002 del Código Civil vigente, autoriza al usufructuario a enajenar su derecho, pero ni este precepto ni el artículo 1005, conceden al nudo propietario el derecho del tanto.

Para el Licenciado Juan Manuel Asprón Pelayo⁷¹ la única explicación posible a esta omisión, es de carácter histórico, toda vez que en el derecho romano el usufructo no era enajenable y por lo mismo, no lo podía adquirir ni siquiera el nudo propietario y si no lo podía adquirir, no era lógico concederle un derecho sobre otro inexistente.

Si bien es cierto que el usufructo es temporal -teniendo como máxima duración la vida del usufructuario- y que la

(71) El Usufructo, Tesis Profesionales E.L.D., Fernando Garcíz Coronado, México 1980, pág. 41.

propiedad se consolida al extinguirse el usufructo, sería conveniente plantear una reforma a la ley para conceder al nudo propietario este derecho del tanto, ya que puede estar interesado en consolidar la propiedad si el usufructuario desea enajenar su derecho y no tener que esperar hasta la extinción del usufructo para lograr dicha consolidación.

C) Derecho del tanto del arrendatario de casa habitación.

El día 7 de febrero de 1985 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el DECRETO DE REFORMAS Y ADICIONES A DIVERSAS DISPOSICIONES RELACIONADAS CON INMUEBLES EN ARRENDAMIENTO, por medio del cual se reformaron disposiciones contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal, en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero común del D. F.; en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los trabajadores del Estado, en la Ley Federal de Protección al Consumidor, en la Ley del Notariado para el D. F., en la Ley Federal de Vivienda, en la Ley de Desarrollo Urbano del D. F. y en la Ley de obras Públicas., asimismo se emitió el Decreto que autoriza la Constitución del Régimen de Propiedad en condominio para inmuebles arrendados sin necesidad de obtener la declaratoria, licencias, autorizaciones o permisos de construcciones urbanas y de salubridad a que se refiere el

Artículo 4o. de la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles, para el D. F..

En virtud de que el proyecto de referencia no contiene una exposición de motivos, se creyó oportuno consultar el Diario de Debates de la Cámara de Diputados (concretamente el de la sesión del día 18 de diciembre de 1984) para conocer el propósito de las reformas.

Por acuerdo del Pleno de la Cámara de Diputados, adoptado en la sesión del 29 de diciembre de 1983, se constituyó la Comisión Especial sobre Inmuebles en Arrendamiento, teniendo como tarea el emitir un dictamen de los nueve proyectos de iniciativas de leyes que sobre materia inquilinaria habían presentado los partidos políticos, algunos desde el mes de noviembre de 1978, como el de la Ley de Defensa del inquilino y el de Ley de la Vivienda Popular e Inquilinaria presentado en el mes de septiembre de 1981, y buscar através de medidas legislativas una solución al problema de la vivienda en arrendamiento en el Distrito Federal.

Esta Comisión estuvo integrada por trece diputados, miembros de todos los partidos políticos y fué presidida por el Licenciado Mariano Piña Olaya.

La Ciudad de México presenta el serio problema de escasez

de vivienda, tanto la construída para su venta como la destinada al arrendamiento. En el informe que rindió el licenciado Piña Olaya a la Cámara de las actividades realizadas por la Comisión, expuso este problema, las causas que inciden en el mismo y las medidas adoptadas por los sectores público y privado para tratar de satisfacer la demanda de vivienda.

Entre las causas apuntadas por la Comisión Legislativa destacan:

1.- El crecimiento demográfico en el Distrito Federal y en los Municipios conurbados del Estado de México.

2.- El alto precio de la vivienda respecto a los ingresos de la mayoría de la población.

3.- La falta de recursos financieros y la inflación que provocaron una tendencia a la parálisis de la construcción de vivienda, del sector público como del privado, (a decir de la Comisión, en 1977 solo se construyó en el Distrito Federal un edificio de departamentos en renta, en 1978 fueron dos y hasta septiembre de 1979 no se había solicitado ningún permiso para construir este tipo de inmuebles).

4.- La política fiscal, que a partir de 1970 vino a

desalentar la inversión de inmuebles en arrendamiento, ya que el incremento en los impuestos llevó la imposición al capital invertido en los activos inmobiliarios a una tasa cercana al 80%

Ahora bien ¿qué resultados se quisieron obtener con las reformas propuestas? En el informe que rindió la Comisión, se señaló lo siguiente: "... la Comisión acordó proponer a la soberanía de la honorable Cámara de Diputados diversos proyectos de modificaciones al derecho común vigente en el Distrito Federal, con objeto de tutelar y proteger los derechos de los arrendatarios, y al mismo tiempo armonizar los derechos de éstos y de los arrendadores, con el propósito de conseguir mayor equidad en la relación jurídica que se establece por virtud del contrato de arrendamiento de fincas para habitación. Así mismo la Comisión tuvo presente la necesidad de estimular la inversión de los sectores Público, Social y Privado para arrendamiento."⁷²

Considero que con las reformas aprobadas no se consiguió el propósito de armonizar los derechos de los inquilinos y de los arrendadores, ya que rodear de protección a los arrendatarios en detrimento de los intereses de los propietarios, no se traduce en igualdad; baste citar el derecho concedido al arrendatario en el artículo 2448 del Código Civil, de serle prolongado por dos años

(72) Diario de Debates de la Cámara de Diputados, Año III, T. III, No. 42, pág. 70, correspondiente a la sesión del 18 de diciembre de 1984.

más el contrato de arrendamiento a su voluntad, sin considerar la voluntad del arrendador.

Resulta absurda la declaración de la Comisión Legislativa en el sentido de que se buscó "conseguir una mayor equidad en la relación jurídica que se establece por virtud del contrato de arrendamiento" y el hecho de no corregir la injusta situación que padecen los propietarios de aquellos inmuebles destinados a casa habitación con renta inferior o hasta de \$ 3.000.00 moneda nacional, mensuales, que fueron dados en arrendamiento en base a contratos vigentes al 31 de diciembre de 1948 y que por virtud al Decreto sobre prórroga de arrendamientos del 24 de diciembre de 1948, continúan vigentes en la actualidad sin que pueda incrementarse el monto de las rentas.

Por lo que respecta a las medidas adoptadas para estimular la inversión en la construcción de viviendas para arrendamiento, con fecha 31 de diciembre de 1984, se publicó en el Diario Oficial la Ley que establece, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales, consignándose en el Artículo Noveno, estímulos a los contribuyentes que durante los años de 1985, 1986, 1987, 1988 y 1989 invirtieran en vivienda nueva tipo medio o de interés social que destinaran a arrendamiento, consistentes en poder deducir en el primer ejercicio la inversión hasta el 75%, o bien considerar como ingreso acumulable sólo el 10% de los

ingresos obtenidos por el arrendamiento de dichas viviendas, siendo aplicable este estímulo por un período de 5 años, contados a partir de la fecha en que empezaran a percibir los ingresos y siempre que las viviendas se dieran en arrendamiento y se ocuparan antes del primero de enero de 1990. Asimismo se estableció que las personas físicas o morales que enajenaran inmuebles durante los años antes indicados, no pagarían el Impuesto sobre la Renta por la obtención de los ingresos que resultaran con motivo de la enajenación, siempre y cuando el importe de la enajenación se invirtiera en su totalidad en el Territorio Nacional, dentro del año siguiente, en la adquisición o construcción de vivienda de tipo medio o interés social que se destinaran al arrendamiento por lo menos durante los cinco años siguientes a su adquisición o construcción.

Estas medidas poco alentaron la construcción de viviendas para arrendamiento en la ciudad de México, debido principalmente a la escasez de terrenos y al alto costo de los mismos. En los términos del artículo 8° Transitorio de la Ley que establece, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales, publicada en el Diario Oficial del día 31 de diciembre de 1988, quedaron derogados los estímulos fiscales antes referidos.

Con el propósito de abatir el déficit habitacional, el Gobierno Federal ha establecido el programa financiero creado

através del Banco de México, el Fideicomiso de Fondo de Operación y financiamiento Bancario a la Vivienda (FOVI), por el cual se canalizan los recursos que el sistema bancario destina a programas habitacionales. En el período de 1982 a 1988 este organismo financió la construcción en todo el país de aproximadamente 60,000 viviendas de interés social, de las cuales el 35% correspondió a viviendas para arrendamiento, habiendo sido construídas únicamente en el Distrito Federal 1582 unidades.⁷³

Las discusiones que se suscitaron en el seno de la Cámara de Diputados, relacionadas con las reformas al Código Civil, versaron especialmente sobre los siguientes puntos:

.facultar al Estado para que fuera este quien estableciera el monto de las rentas.

.el por qué no crear una Secretaría de Vivienda.

.el que estas disposiciones en virtud de ser de orden público e interés social, deberían estar contenidas en un ordenamiento especial y no dentro del Código Civil y

.sobre el momento del incremento de las rentas, siendo este

(73) Datos obtenidos en la Sub-Dirección de Operación y Administración del FOVI, mediante entrevista con su titular, Sr. C.P. Alfredo Gutiérrez.

punto el que más polémica causó.

El Diputado Cesar González Magallón manifestó que se estaba reglamentando de forma incompleta el derecho del tanto, "porque no se limitaba el derecho del propietario en cuanto al monto de la venta del bien arrendado."

Las reformas al Código Civil propuestas por la Comisión Especial sobre inmuebles en Arrendamiento, fueron aprobadas en la Cámara de Diputados por 312 votos en pro y 26 en contra.

El proyecto de Decreto de Reformas y Adiciones fué enviado a la Cámara de Senadores, la cuál lo turnó a las Comisiones Unidas Primera de Justicia, Primera de Departamento del Distrito Federal y Primera Sección de Estudios Legislativos, en la sección ordinaria del 19 de diciembre de 1984.

La Comisión rindió su dictamen en la sesión matutina del 28 de diciembre de ese año, incluyendo en el proyecto que presentó, una adición a la fracción III del artículo 2448-J del Código Civil, en el sentido de que si el arrendador cambia cualquiera de los términos de la oferta inicial hecha al arrendatario, si la modificación se refiere al precio, solo está obligado a notificar el cambio cuando el incremento o decremento sea de más de un diéz por ciento.

En la sesión vespertina celebrada ese día 28 de diciembre se aprobó el proyecto, después de que el Senador Mariano Palacios Alcocer, solicitó el voto afirmativo de los Senadores para respaldarlo, toda vez que con este se daba un importante paso en la regulación jurídica del arrendamiento de inmuebles para habitación" incluyendo "novedosos derechos al inquilino".⁷⁴

Se llamó a los Senadores que se encontraban fuera del Salón de Sesiones para proceder a la votación, aprobándose el proyecto por 55 votos de un total de 57 Senadores que comparecieron a la Sesión.

Por desgracia, la labor de las Cámaras Legislativas cada día desmerece más, debido a que el contenido de muchos de los debates que en su seno se originan, lejos de tener un sentido jurídico, obedecen a móviles partidistas, netamente políticos y a que la preparación jurídica de muchos de sus integrantes es escasa o nula, no pudiendo visualizar las consecuencias que originará el aprobar una reforma legal, con la cuál se desvirtúa la naturaleza de una institución y se crean grandes lagunas, por la pésima regulación que de su ejercicio se hace, como sucede al otorgar el ejercicio del derecho del tanto a los arrendatarios de inmuebles destinados a casa habitación.

(74) "Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos", Año III, LII Legislatura, Tomo III, No. 46, pág. 5.

Con el objeto de eludir la aplicación del derecho del tanto es muy probable que aparezcan "contratos de arrendamiento en que se mencione artificiosamente un uso distinto del real de habitación, o en que se interponga una persona de confianza que funja como arrendatario para que se utilice la figura del subarriendo y se frustré así el ejercicio del referido "derecho del tanto", o bien que se haga que el inquilino entregue al momento mismo de firmar el contrato una carta sin fecha en la que manifieste que ha recibido la notificación del arrendador que va a vender el inmueble arrendado y que no es su voluntad comprarlo...".⁷⁵

En opinión del Lic. Miguel Alessio Robles, "una de las más importantes deficiencias de este derecho preferencial es la falta de concordancia entre el bien jurídico protegido y el derecho del que deriva, dado que en este caso, al encontrarnos frente a un derecho de crédito, esencialmente temporal, la naturaleza más conveniente para este derecho en aras de la seguridad jurídica de terceros, lo es el derecho de preferencia por el tanto, que sólo trae como consecuencia el pago de daños y perjuicios. Para el licenciado Ramón Sánchez Medel, "El derecho del arrendatario al uso de la cosa arrendada es un derecho personal o de crédito y no es un derecho real, a pesar de que en caso de enajenación de la

(75) Ramón Sánchez Medel, "La Nueva Ley sobre Arrendamientos para Habitación", Editorial Porrúa, 4a. Edición, México, 1985. Pág. 15.

finca arrendada continúa el arrendamiento con el adquirente de la finca"⁷⁶

Para el licenciado Miguel Angel Zamora y Valencia "cuando el legislador proyecta el derecho del tanto al campo de los derechos personales está olvidando esa tradición jurídica, está desnaturalizando la figura y está originando la posibilidad de mayores conflictos que los que mal pretende evitar. La protección a los derechos personales la debe establecer la ley en vista de evitar conflictos patrimoniales pero sin alterar instituciones jurídicas fundamentales como el derecho de propiedad."

El arrendamiento de fincas urbanas destinadas ala habitación, quedó regulado por tres artículos 2448, 2448 I y 2448 J, lo siguiente:

"ART. 2448.- Las disposiciones de este Capítulo son de orden público e interés social. Por tanto son irrenunciables y en consecuencia, cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta."

"ART. 2448-I.- Para los efectos de este capítulo, el arrendatario, si está al corriente en el pago de la renta tendrá derecho a que, en igualdad de condiciones, se le prefiera a otro

(76) Sánchez Meda! Ramón, Ob. Cit., págs. 74 y 75.

interesado en el nuevo arrendamiento del inmueble. Asimismo, tendrá el derecho del tanto en el caso de que el propietario quiera vender la finca arrendada."

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

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

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

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

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

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

VI.- La compra-venta y su escritura son realizadas en contravención a 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 a partir de que el arrendatario tuvo conocimiento de la realización del contrato.

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

En relación a las disposiciones antes anotadas, podemos hacer los siguientes comentarios:

1.- El derecho del tanto establecido en el artículo 2448-I sólo se refiere a los inmuebles que se den en arrendamiento para ser destinados a la habitación, que no sean fincas rústicas ni

aquellos sujetos al régimen de propiedad en condominio. Para el licenciado Mario Pérez Salinas se entiende por inmuebles rústicos "aquellos que no cuentan con servicios públicos, tales como alumbrado, drenaje, banquetas, agua potable o bien, que están destinados a una industria agrícola o ganadera, y por Urbanos, los que sí cuentan con tales servicios públicos."

2.- La aplicación de las normas contenidas en el capítulo denominado "Del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la Habitación" debe ser estricta, en virtud de que el artículo 2448 establece que cualquier estipulación en contrario a las disposiciones de este capítulo se tendrá por no puesta ya que se trata de normas de interes público e interés social.

3.- El único requisito que se exige al arrendatario para que goce del derecho del tanto es que esté al corriente en el pago de la renta; no se requiere una determinada antigüedad, como si se establece en aquellos inmuebles arrendados sujetos al régimen de propiedad en condominio, debiendo en este caso el arrendatario tener una antigüedad de más de un año (art. 18 de la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio en Inmuebles para el Distrito Federal) y en el arrendamiento de inmuebles no habitacionales, en los cuales deberá de tener más de cinco años y haber hecho mejoras de importancia a la finca (art. 2447 del Código Civil).

(77) Renaud Cortney, Paul, Ob. Cit. Pág. 43.

4.- En el supuesto de que el inmueble se encuentre subarrendado con el consentimiento del arrendador ¿a quién debe preferirse si se va a enajenar el bien, al arrendatario o al subarrendatario? A pesar de que el art. 2482 señala que el subarrendatario se subroga en todos los derechos y obligaciones del arrendatario, a no ser que por convenio se acuerde otra cosa, en el art. 2448-H se estableció que las personas que ocupen el inmueble como subarrendatarios, cesionarios o por cualquier otro título semejante, no se subrogarán en los derechos y obligaciones del arrendatario. Esta última disposición es contraria al motivo que inspiraron las reformas legales, ya que a decir de la Comisión Legislativa de la Cámara de Diputados, la razón de las reformas fué la de resolver el problema inquilinario, y al preferirse al arrendatario, este vendrá a substituir al arrendador, no dándole oportunidad a quien realmente ocupa la vivienda de adquirirla.

No obstante de que en el artículo 2448-I se consigna que "se tendrá el derecho del tanto en caso de que el propietario quiera vender la finca arrendada", considero que se incurrió en el mismo error cometido en los artículos 973 y 1292, de equiparar la venta a la enajenación, por lo cual el arrendatario podrá ejercitar el tanteo cuando se pretenda enajenar al través de una compraventa, dación en pago, permuta y en el caso de ventas judiciales, como lo afirmamos al tratar el derecho del tanto entre comuneros.

Para el licenciado Miguel Angel Zamora y Valencia cuando se pacte en parte en dinero y parte con el valor de otra cosa, y pone el ejemplo de que sea con un automóvil de determinada marca, color, modelo y en condiciones de funcionamiento, previo certificado que expida el propietario de "X" taller automotriz sobre dicho vehículo, será prácticamente imposible al arrendatario el pagar "otro tanto igual" y por lo mismo no podrá tener la posibilidad de adquirir el inmueble.

6.- La fracción I del art. 2448-J señala que el aviso que se haga al arrendatario deberá ser indubitable, es decir, que no deje lugar a dudas, por lo que la notificación hecha ante dos testigos prevista en los artículos 1292 y 2080 del propio ordenamiento, no debe ser aceptada. La Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del Departamento del Distrito Federal, a la consulta formulada por el "Colegio de Notarios del Distrito Federal", A. C., resolvió que: "cuando el notario constate que la notificación haya sido hecha en cualquiera de las formas previstas por el artículo 2080 del Código Civil, es decir, judicial o ante notario, e inserte en el texto de la escritura o agregue al apéndice las actuaciones respectivas, ambas formas serán válidas; no así las actuaciones extrajudiciales ante testigos, toda vez que las nuevas disposiciones contenidas en el artículo 2448-I y 2448-J son de orden público e interés social y por tanto, los notarios cumplirán con su obligación de

cerciorarse del cumplimiento de dichos preceptos, únicamente con medios fehacientes e indubitables, y en este supuesto, la intervención de dos testigos no garantiza el fiel cumplimiento de las obligaciones legales en esta materia."⁷⁸

7.- En la notificación deberá el propietario hacer saber su deseo de enajenar el inmueble", indicando el precio, la forma de pago, el plazo y demás modalidades y condiciones de la operación. Es conveniente señalar todas las circunstancias de la enajenación para que el arrendatario determine desde ese momento si está en posibilidades de cumplir en todos sus términos la oferta del propietario.

8.- Resuelta lógico que en la fracción I del artículo 2448-J no se establezca la obligación de manifestar a quién se desea enajenar, ya que es muy probable que al primero que se le ofrezca adquirir sea al arrendatario, no habiendo celebrado el dueño ningún trato previo con algún tercero.

9.- Cuando el arrendador notifica por medio de Notario Público su deseo de enajenar, se han presentado casos en que el arrendatario acude a la oficina del Notario que practicó la notificación, a manifestarle a dicho fedatario que hará uso del

(78) Oficio No. 5891 de fecha 7 de marzo de 1985, Opinión del Dr. Othón Pérez Fernández del Castillo, en su carácter de Presidente de la "Academia Mexicana de Derecho Notarial", A.C. a la consulta formulada por el Lic. Juan Guillermo Domínguez Meneses, Titular de la Notaría 159 del D.F. Pág. 2.

derecho del tanto. No debemos olvidar que la fracción I del artículo 85 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal concede al destinatario de la diligencia cinco días para que se presente ante el Notario, a hacer las observaciones que estime convenientes al acta asentada, manifestar su conformidad o inconformidad con ella y en su caso firmarla. De ahí que el arrendatario pueda acudir ante el Notario y hacerle todas las indicaciones que considere pertinentes en relación al acta de notificación, pero si quiere ejercer su derecho del tanto, deberá notificarlo judicialmente o por medio de Notario Público al propietario arrendador y no al Notario que le notificó el deseo del arrendador de enajenar la vivienda.

10.- La falta de técnica jurídica se acentúa en la fracción III del artículo 2448-J, razón por la cual han surgido diversas opiniones de como debe interpretarse.

a) El Lic. Miguel Angel Zamora Valencia considera que la notificación al ser una oferta o policitación, el arrendador propietario no puede retractarse de ella, ni variarla o modificarla dentro del plazo de los quince días que se conceden al arrendatario para que pueda aceptarla, ya que el hacerlo sería contravenir disposiciones de orden público, en los términos del artículo 2448 del Código Civil, lo cual por ser un hecho ilícito, originaría su nulidad absoluta y la responsabilidad de daños y

perjuicios.

b) El Diputado Alberto Salgado Salgado al intervenir en la discusión a las reformas del Código Civil, señaló que en la fracción III del art. 2448-J, "ese derecho del tanto es el derecho de preferencia que tienen algunas partes en una relación jurídica, por ejemplo los herederos, si alguien vende su porción habitada (sic) tiene que notificarle al otro coheredero para que lo ejercite dentro del plazo que la ley establece, a efecto de romper la copropiedad que siempre ha sido fuentes de disputas, y este mismo derecho de preferencia o el tanto se confiere, ilusamente, al arrendatario; pero vuelve otra vez a advertirse el afán del legislador de otorgarle facultades totales, porque en esa fracción III señala: "en caso de que el arrendador cambie cualquiera de los términos de la oferta inicial, estará obligado a un nuevo aviso", osea que se le autoriza al arrendador para retractarse de la oferta y decirle: "ahora ya no te cuesta 10 millones, ahora te va a costar 20, y así sucesivamente, y esto rompe el principio jurídico expreso que nosotros tenemos en la codificación civil en materia de contratos. ... El artículo 1804 dice de manera textual: "Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo." ¿Que sucede aquí? Si inicialmente se establece la obligación de esperar 15 días para que el arrendatario determine si las condiciones en que

supuestamente se va a vender el inmueble, lo puede adquirir el arrendatario, pero antes de que transcurran esos 15 días, que es el plazo en que debería quedar sujeto el arrendador con su ofrecimiento u oferta, cambia de parecer y altera las condiciones de venta, se rompe ese principio jurídico que en materia de compraventa está perfectamente establecido; nosotros estamos en desacuerdo con esas concepciones, por que representan aspectos inequitativos y es de toda certeza que en cuanto la justicia social no se actualiza y en cuanto las leyes no son justas, pues ese equilibrio puede romperse."⁷⁹

c) Hay quienes consideran que en la fracción III se autoriza al propietario a cambiar cualquiera de los términos de la oferta inicial, dentro del plazo de los quince días que se conceden al arrendatario para que acepte o no la oferta, ya que no se puede hacer ningún cambio después de que el arrendatario haya manifestado su aceptación, por que con ésta se formó el consentimiento y por ende el contrato.

Con la fracción III del artículo 2448-J, el legislador modificó la concepción tradicional que se tiene de la oferta, creando una figura híbrida que participa de algunas de las notas características de la oferta o policitud, como son las

(79) Zamora y Valencia Miguel Angel, Contratos Civiles, Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición, México 1985. Pág. 114.

siguientes:

I.- Si el arrendador fallece dentro del plazo de los quince días de que goza el arrendatario para manifestar su aceptación, los herederos quedarán obligados a sostener el ofrecimiento del proponente (art. 1809 C. C.).

II.- El propietario puede retirar su proposición si el arrendatario recibe la retracción antes de la propuesta (art. 1808 C. C.). Esto puede ser si el propietario tramitara judicialmente la notificación y antes de que el actuario practique la diligencia, notifica por medio de Notario Público la retracción.

III.- Si el arrendatario no hace una aceptación lisa y llana, sino que su aceptación implica una modificación a la propuesta del arrendador, este último quedará libre de su propuesta (art. 1810 C. C.).

La segunda parte de la fracc. III del citado artículo 2448-J, ciertamente viene a crear inseguridad al arrendatario, ya que una vez que haya aceptado la propuesta, puede ser que se presente a las oficinas del Notario a firmar la escritura de adquisición, con el importe de la contraprestación y se encontrará con la noticia de que el precio ha sido incrementado en un diez por

ciento; si el arrendatario no tiene el importe del aumento, se hará nugatorio su derecho para adquirir.

II.- Llama la atención que se haya impuesto al Notario, la obligación de cerciorarse del cumplimiento de las disposiciones del art. 2448-J, "previamente a la autorización de la escritura de compraventa" y no antes del otorgamiento de la misma. Es muy probable que los legisladores pasaron por alto, por desconocimiento, el contenido de los artículos 68 y 69 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que se refieren a las autorizaciones "preventiva" y "definitiva" de las escrituras. Cuando la escritura no sea firmada en el mismo acto por todos los comparecientes, siempre que no se deba firmar en un solo acto por su naturaleza o por disposición legal, el notario irá asentando solamente el "Ante mí", con su firma a medida de que sea firmado por las partes y cuando todos la hayan firmado imprimirá además su sello, con todo lo cual quedará autorizada preventivamente."

Art. 69.- El notario deberá autorizar definitivamente la escritura al pie de la misma, cuando se le haya justificado que se ha cumplido con todos los requisitos legales para autorizarla. ..."⁸⁰

En la forma en que se encuentra redactada la fracción V del

(80) Renuad Cortney, Paul, Ob. Cit. Pág. 52.

art. 2448-J, es muy remoto, pero podría darse el caso de que se otorgara una escritura de compraventa, en la cual se enajene a un tercero un inmueble, sin respetar el derecho del tanto conferido al arrendatario, y que el Notario no autorizara definitivamente la escritura hasta en tanto el arrendatario compareciera a manifestarle que fué notificado y que no hizo uso del derecho del tanto para adquirir el inmueble; pero ¿que le va a notificar el propietario? No puede notificarle su deseo de vender porque ya vendió ¿que sucedería si el arrendatario desea ejercitar su derecho del tanto? En este caso, tendría que decretarse la nulidad de una escritura no autorizada definitivamente y toda vez que el Notario no la autorizó, no habrá incurrido en ninguna responsabilidad, en los términos de la fracción V del citado artículo 2448-J.

Tratándose de fincas destinadas a la habitación pero no arrendadas, ante la dificultad de comprobar un hecho negativo, como lo es que no se encuentre arrendado el inmueble y que la labor del notario no puede ser de investigación privada para cerciorarse que este o no dada en renta la finca, la Dirección General Jurídica y Estudios Legislativos del Departamento del Distrito Federal, ha considerado que el Notario actúa conforme a derecho y cumple con la obligación contenida en la fracción V del art. 2448-J y por tanto no incurre en responsabilidad: "cuando los inmuebles a enajenar no estén arrendados, bastará la

declaración bajo protesta del vendedor de tal circunstancia la que se incluirá en la escritura, con apercibimiento al propio vendedor, que de incurrir en falsedad, el contrato de compraventa será nulo. En el caso de que la boleta del impuesto predial especifique como base la renta, al notario cumplirá con su obligación exigiendo la constancia de la Tesorería del Distrito Federal y la declaración bajo protesta del propietario de no estar arrendada la finca y que la ocupación se lleva a cabo a título personal por este último."⁸¹

13.- El Notario que autorice una "escritura de compra-venta 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", podrá suspendersele del cargo hasta por un año, siendo el Director General Jurídico y de Estudios Legislativos del Departamento del Distrito Federal quien calificará la infracción y dictará la resolución correspondiente (Arts. 124 y 126 fracc. III inciso d) de la Ley del Notariado para el D. F.).

Para que el órgano administrativo pueda sancionar al Notario, considero que deberá esperar a que la autoridad judicial dicte sentencia que no admita recurso en contra, estableciendo que se violó el derecho del tanto del arrendatario, ya que de no

(81) Oficio Cit. de fecha 7 de marzo de 1985, Págs. 1-2.

ser así, podría el Departamento del Distrito Federal sancionar al Notario por una supuesta violación al derecho del arrendatario y la autoridad judicial decretar que no hubo tal violación.

14.- La sanción establecida en la fracc. VI del art. 2448-J es la nulidad relativa, a pesar de que señale que "la compraventa y su escrituración realizadas en contravención a lo dispuesto en este artículo serán nulas de pleno derecho", toda vez que más adelante se dispone la prescripción de esta acción de nulidad, a los seis meses contados a partir de que el arrendatario tuvo conocimiento de la realización del contrato.

Si la enajenación realizada es nula, el propietario no estará obligado a celebrar la operación con el arrendatario; si la autoridad judicial decreta - como es probable que ocurra, tal y como lo hizo tratándose de comuneros - que se debe transmitir la propiedad al arrendatario, su criterio no tendrá ningún fundamento legal, ya que erróneamente no se estableció el retracto como sanción a la violación del derecho del tanto del arrendatario.

15.- Si la autoridad judicial llega a conceder al arrendatario la acción de retracto por la violación al derecho del tanto, se producirán consecuencias injustas al tercero que adquirió desconociendo que el inmueble se encontraba arrendado.

El Licenciado Carlos Cuevas Sentíes lo expone en estos términos: "Con el fin de que la creación de un derecho de esta naturaleza cuyo ejercicio puede producir consecuencias justas y antijurídicas respecto a terceros, hubiera sido conveniente que el legislador estableciera con mayor precisión no solo el derecho mismo, sino también la forma y cómputo de plazos para su ejercicio, pues decir que optar por el retracto "dentro de los quince días siguientes al en que haya tenido conocimiento de la venta" ante la gran dificultad de probarse que el intaesado tuvo en determinada fecha conocimiento de la venta, podría solaparse con esto situaciones injustas que afectarían a terceros de buena fé que al consultar al Registro Público de la Propiedad sin que de éste resulte la existencia de derecho alguno que le fuera oponible, después de años, resultara que alguien, (con base en un derecho que quedó oculto) exhibiendo el precio que el comprador pagó, se subrogará en su calidad de propietario. Es indudable que la única forma de establecer este derecho cuyo ejercicio no ocasione inseguridad en el tráfico de inmuebles, sería basado en los asientos del Registro Público de la Propiedad, exigiendo para que este derecho de preferencia fuera oponible a terceros, la inscripción del arrendamiento."

16.- A pesar de que la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del Departamento del Distrito Federal considera "que el notario cumplió su obligación, cuando por la

declaración bajo protesta del enajenante se determinen el nombre y las circunstancias del arrendatario y que este comparezca ante notario a renunciar al ejercicio de su derecho del tanto dentro del término legal⁸², se estima más oportuno que el arrendatario comparezca después de transcurrido el plazo de quince días "no para renunciar a su derecho del tanto, sino para manifestar que recibió la notificación fehaciente y declarar que no hizo uso de su derecho dentro del plazo que la ley le concede."⁸³

17.- Se han presentado casos en que al ser notificado el arrendatario, acepta hacer uso del derecho del tanto y no se presenta a firmar la escritura de adquisición ni cubre el importe del precio. Ante esta situación, los que consideren que la notificación es una oferta y que al aceptar el arrendatario quedó formado el contrato, concluirán que el enajenante tendrá en la vía judicial dos opciones: exigir el cumplimiento del contrato u optar por la rescisión del mismo. Por el contrario, para aquellos que estimen que la notificación no es una oferta, si el inquilino no se presenta a firmar la escritura y liquida el precio, concluirán que el arrendatario perderá su derecho y el propietario podrá enajenar a un tercero en los mismos términos de la notificación.

(82) Oficio Cit., Págs. 1-2.

(83) Miguel Angel Zamora y Valencia, Ob. Cit., pág. 30.

Existe la opinión de que si el arrendatario ha manifestado que hará uso del derecho del tanto y no exhibe el importe del precio cuando esté obligado a ello, en los términos de la notificación, pierde su derecho; esto es en razón de que al ser omiso el art. 2448-J del Código Civil, se debe aplicar por mayoría de razón lo dispuesto en el art. 2304 del mismo ordenamiento, que regula el derecho de preferencia por el tanto y que establece que el adquirente goza de un plazo de tres días si la cosa es mueble y de diez si se trata de inmueble para ejercer su derecho de preferencia y que en ambos casos está obligado a pagar el precio que un tercero comprador ofreciere, y si no lo pudiese satisfacer, quedará sin efecto el pacto de preferencia. Se podría objetar que el artículo antes relacionado señala que "está obligado a pagar" y no a "entregar" el importe del precio al momento de ejercitar su derecho, pero en los términos del art. 2062 del C. C. "pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida".

Considera el Dr. Othón Pérez Fernández del Castillo que "para solucionar este conflicto, lo eficaz es que la cédula de notificación, no sólo se señalen los elementos esenciales de la compraventa, con sus términos o condiciones, sino además, que se emplace al inquilino para que ejercite su derecho del tanto, y para tal efecto se le cita a las 12.00 hrs. del día 16 del mes de su notificación, en la notaría número _____; del que es titular

el Lic. _____, del Distrito Federal, con domicilio en _____, ante cuya fe deberá entregar cheque certificado por el precio total de la operación, otro para el pago de todos los gastos, impuestos y honorarios que la operación cause. En estas condiciones, ahora sí, el inquilino acepta adquirir, pero no ejercita su derecho con las condiciones requeridas, pierde, por preclusión su derecho."⁸⁴

18.- Tratándose de un inmueble, edificio o casa de productos compuesto de varias unidades habitacionales, que se encuentran arrendadas a distintas personas en base a diversos contratos de arrendamiento, ¿puede el propietario enajenar libremente a un tercero o debe preferir a uno o a todos los arrendatarios?; si dos o más arrendatarios desean adquirir ¿a quién se debe preferir?; si se trata de un inmueble integrado por unidades habitacionales y locales comerciales ¿gozan los arrendatarios tanto de las unidades habitacionales como los de los locales comerciales del derecho del tanto?

Ante la confusa redacción de los artículos 2448-I y 2448-J, hay quienes al interpretarlos, conceden a los arrendatarios de este tipo de inmuebles el derecho del tanto, y otros que consideran que no gozan de él. Dentro del primer grupo encontramos a los Lics. Ramón Sánchez Medal y Miguel Angel Zamora

(84) Pérez Fernández del Castillo Othón, Op. Cit., pág. 15.

y Valencia y dentro del segundo al Lic. Miguel Alessio Robles, a la "Academia Mexicana de Derecho Notarial", A. C. y al Colegio de Notarios del Distrito Federal", A. C.

El diputado José Percero López, integrante de la Comisión Especial sobre Inmuebles en Arrendamiento, que elaboró el proyecto de reformas legislativas, al intervenir en la discusión de las reformas, expuso lo siguiente: "... en lo que se refiere al derecho del tanto, cuando el propietario desea vender la finca ... hemos estado trabajando muy de cerca con grupos y organizaciones de inquilinos, que han sido solicitados por el propietario para venderle los departamentos, las vecindades y los edificios. Que no es una práctica cotidiana la que se hace con la venta de los edificios, simplemente son fenómenos que se vienen produciendo y que nosotros hemos podido captar y canalizar. Por tanto, yo creo que no debe existir preocupación, porque inclusive, el propio Gobierno, ha establecido nuevos mecanismos para la vivienda en arrendamiento y dentro de esos mecanismos tiene una línea de crédito que permite a los inquilinos, a través del Fondo Nacional de las Habitaciones Populares, financiarse para poder adquirir estos inmuebles. ... inclusive participamos en las negociaciones con los propietarios y los inquilinos, para que de esa manera protejamos y tutelamos siempre, nosotros, como representantes populares o como miembros de un partido, los derechos y evitar con ello los abusos. Ese paquete inquilinario

contempla... la Constitución del régimen en propiedad en condominio social; de tal manera que se libere a los inquilinos que compren un inmueble de todos aquellos requisitos burocráticos insalvables que tiene la Ley del Condominio para edificios nuevos. Por eso, consideramos que esto es una aportación y que protege, de alguna manera a los inquilinos."⁸⁵

De la lectura del párrafo anterior, se puede deducir que la misión que elaboró el proyecto de reforma, presuponía que en todos los casos en que se vendiera un edificio, la totalidad de los inquilinos manifestaría su deseo de adquirirlo y contaría u obtendría los recursos para hacerlo; después ya como propietarios constituirían el Régimen de Propiedad en Condominio, lógicamente disolverían la copropiedad, aplicándose cada uno la propiedad de la vivienda que antes ocupaba como arrendatario.

La falta de precisión en la redacción de los preceptos legales, ha motivado divergencia al considerar si fue o no la intención del legislador, otorgar el derecho del tanto a los arrendatarios de este tipo de inmuebles. Quienes afirman que si, se basan en que la fracción II del art. 2448-J establece que "el o los arrendatarios dispondrán de quince días para notificar en forma indubitable al vendedor su voluntad de ejercitar el derecho

(85) Diario de Debate de la Cámara de Diputados, ob. Cit., págs. 115 y 116.

del tanto..."⁸⁶. Quienes por su parte consideran que los arrendatarios no gozan de este derecho, afirman que de haber sido la intención del legislador el otorgarlo, habría reglamentado la concurrencia simultánea de varios inquilinos que quisieren ejercitar el derecho del tanto respecto de un mismo inmueble.⁸⁷

Considera el Lic. Miguel Angel Zamora y Valencia,⁸⁸ que el derecho del tanto se concede no sólo al arrendatario que ocupa para casa habitación la totalidad del inmueble, sino a todos aquellos que ocupen con esa finalidad el inmueble o parte de el, por lo que si el arrendador desea vender a un arrendatario, cuando sean varios, o a un tercero, deberá notificar a todos los demás esa operación para darles oportunidad de adquirirlo en igualdad de condiciones.

Como la ley no da ninguna solución cuando varios arrendatarios manifiestan que harán uso del derecho del tanto, señala el citado autor que para resolver este problema se debe recurrir a los principios generales que se encuentran en el Código Civil. En virtud de que para el Licenciado Zamora la notificación es una oferta para la celebración del contrato de compraventa, considera que en el momento en que cualquier

(86) Ramón Sánchez Medal, Ob. Cit., pág. 24.

(87) "Academia Mexicana de Derecho Notarial", A.C. Op. Cit., pág. 124.

(88) Zamora y Valencia Miguel Angel, Ob. Cit., págs. 32-34.

arrendatario acepta sin condiciones la oferta, se perfecciona el contrato en los términos del artículo 2249 del Código Civil, por lo que el contrato se perfeccionará con el primero que notifique indubitadamente la aceptación de la oferta.

En opinión de la "Academia Mexicana de Derecho Notarial", A.C.;⁸⁹ el derecho del tanto no se concede a aquellas personas que sean arrendatarias de parte de un inmueble, cuando se pretenda enajenar la totalidad del mismo, por las siguientes consideraciones:

a) La razón a que obedeció la reforma del Capítulo IV de arrendamiento fue la de resolver el problema habitacional, por ello exclusivamente se otorgó el derecho del tanto al inquilino, para adquirir la vivienda que usa, goza y ocupa. No fue la intención del legislador el facilitar la especulación inmobiliaria consistente en permitir que el arrendatario adquiriera mas de una vivienda; se pretende transformar al inquilino en propietario de la vivienda que ocupa, no en arrendatario de sus vecinos.

b) "Debe haber identidad perfecta y por tanto coincidir el mismo sujeto y el mismo objeto de la compraventa. El arrendatario como sujeto, y la localidad arrendada como objeto deben coincidir

(89) Op. Cit., págs. 8-14.

exactamente con el sujeto comprador y con el objeto materia de la compraventa. Como vemos, esto no sucedería si permitieramos que el inquilino comprara además de su departamento todo el edificio."⁹⁰

c) En la fracc. II del art. 2448-J se emplea el plural "los arrendatarios dispondrán", para el caso de que exista pluralidad de arrendatarios respecto de una misma vivienda, como co-arrendatarios.

Termina por concluir que en el supuesto de que el criterio antes expuesto no fuera aceptado, en el caso de que varios inquilinos quisieran hacer uso del derecho del tanto, deberá de preferirse al primer inquilino que notifique su aceptación, ya que entonces se habrá formado el acuerdo de voluntades que se integra por oferta mas aceptación, y al hacerlo, perfeccionan el contrato de compraventa.

El Colegio de Notarios del Distrito Federal", A. C., ha sustentado que el propietario de un inmueble compuesto de varias unidades habitacionales, puede venderlo a un tercero que no sea arrendatario, en virtud de que ninguno de los inquilinos goza del derecho del tanto. Las consideraciones en las cuales se basa el criterio de esta asociación, coinciden por las formuladas por la

(90) Op. Cit., Pág. 11.

"Academia Mexicana de Derecho Notarial", A. C., -que han quedado relacionadas anteriormente, señalando una razón más por la que se estima que los inquilinos no gozan del derecho preferencial para adquirir, la cuál se expone en estos términos:

"El derecho del tanto ...es un derecho accesorio y subordinado respecto de las obligaciones esenciales y principales del contrato de arrendamiento. No es un derecho autónomo ni principal y sólo existe accidentalmente. En atención a lo anterior, el mencionado derecho, siendo accesorio no puede ser más amplio que el derecho principal, el cual es su medida. Por lo que, ninguno de los arrendatarios de un inmueble que lo sean cada cual respecto de una parte del mismo, parte física que constituye el límite de sus derechos derivados del arrendamiento, no puede tener un derecho más amplio que el que derive del propio contrato principal y en consecuencia, no puede tener derecho a adquirir lo que no forma parte de su contrato de arrendamiento."⁹¹

Toda vez que es dudosa la intención del legislador, en el sentido de si pretendió otorgar el derecho del tanto al inquilino de una parte de la vivienda, cuando el propietario desea enajenar la totalidad del inmueble, así como de que se adolece de una reglamentación si varios arrendatarios quisieran ejercitar el

(91) Comunicación de fecha 2 de mayo de 1988 del "Consejo del Colegio de Notarios del Distrito Federal", A.C. dirigida al Juez Trigésimo Segundo de lo Civil, en respuesta a su oficio No. 883 de fecha 11 de marzo de 1987; pág. 4.

derecho de adquirirlo, considero que los arrendatarios en este caso, no gozan del derecho del tanto; otorgar este derecho permitiría que un arrendatario se convirtiera en arrendador de sus vecinos y no se resolvería el problema habitacional de los demás arrendatarios, el cual se supone fue el motivo que inspiró las reformas. Si consideramos que el arrendatario sólo goza del derecho preferencial para arrendar la vivienda que ocupa, en caso de que se vaya a celebrar un nuevo contrato de arrendamiento, respecto de ese bien, no gozando de ninguna preferencia en relación a los nuevos contratos de arrendamiento que el propietario celebre de otras viviendas que forman parte de ese inmueble, siguiendo este principio, el arrendatario no gozará del derecho del tanto cuando se pretenda enajenar la totalidad del inmueble, ya que su derecho de preferencia se encuentra limitado a su carácter de inquilino respecto de la vivienda que ocupa, la cuál es la medida de su derecho, no teniendo en consecuencia derecho de adquirir aquello de lo cual no es arrendatario.

D) Derecho del tanto de arrendatarios de inmuebles sujetos al Régimen de Propiedad en Condominio para el Distrito Federal.

Antes de entrar al análisis de las disposiciones que consagran el derecho del tanto y el de retracto en la "Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal", la cual fue publicada en el Diario Oficial del

28 de diciembre de 1972, nos referimos a la "Ley sobre el Régimen de Propiedad y Condominio de los Edificios divididos en pisos, departamentos, viviendas o locales", que fue publicada en el Diario Oficial del 15 de diciembre de 1954 y que es el antecedente de aquella.

Ley sobre el Régimen de Propiedad y Condominio de los edificios divididos en pisos, departamentos, viviendas o locales.

"Aún cuando la vigilancia del texto original del artículo novecientos cincuenta y uno del Código Civil de 1928 era factible la constitución del Régimen de Condominio en los edificios, y de hecho algunos inmuebles fueron sometidos a ese régimen, la reglamentación legal de la institución era suficiente ... para la solución de los problemas suscitados con motivo de la propiedad por pisos. Urgía pues una reglamentación más amplia y explícita del dominio horizontal. Respondiendo a esta necesidad se dictaron el decreto de fecha 30 de noviembre de 1954, reformando el artículo 951 del Código Civil para el Distrito y Territorio Federales y la ley del 2 de diciembre del mismo año; ambas disposiciones fueron publicadas en el Diario Oficial del 15 de diciembre de 1954." "Cuando los diferentes pisos de una casa pertenecieron a distintos propietarios, si los títulos de propiedad no arreglan los términos en que deben contribuir a las obras necesarias, se observaran las reglas siguientes: I.- Las

paredes maestras, el tejado o azotea, y las demas cosas de uso común, estarán a cargo de todos los propietarios en proporción al valor de su piso; II; Cada propietario costeará el suelo de su piso; III.- El pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía, comunes a todos, se costearán a prorrata por todos los propietarios; IV.- La escalera que conduce al piso primero se costeará a prorrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo; la que desde el primer piso conduce al segundo, se costeará por todos, excepto por los dueños del piso bajo y del primero y así sucesivamente." Esto lo encontramos en el texto original del art. 951 del Código Civil de 1928.⁹²

El proyecto de la Ley que el Poder Ejecutivo envió a la Cámara de Senadores, fue el anteproyecto elaborado por el Lic. Don Gustavo R. Velasco, en septiembre de 1954, al cual se le hicieron algunas modificaciones.⁹³

El derecho del tanto que tendrían los propietarios si se vendiere algún departamento del condominio, estaba regulado por los artículos 21, 22 y 23 en estos términos:

(92) Dr. Manuel Borja Martínez, "Notas sobre la Historia y el Panorama de la Legislación Nacional en Materia de Propiedad y Condominio en los Edificios", en Revista de Derecho Notarial, AÑO XIV, Octubre de 1970 núms. 38-39-40, "Asociación Nacional de Notariado Mexicano", A.C. México, D.F., Págs. 29 y 30.

(93) Manuel Borja Martínez, "La Propiedad de Pisos o Departamentos en Derecho Mexicano", Editorial Porrúa, S.A. 3a. Edición, México, 1957, Pág. 143.

Artículo 21.- En caso de venta los demás propietarios gozarán del derecho del tanto.

Artículo 22.- En caso de que un propietario desee vender su piso, departamento, vivienda o local, lo notificará a los demás por medio del administrador del edificio, de notario o judicialmente, con expresión del precio ofrecido y demás condiciones de la operación, a efecto de que dentro de los diez días siguientes manifiesten si hacen uso del derecho del tanto

Si varios propietarios se interesan en la adquisición, la venta se efectuará con el que ofrezca mayor precio, y si las ofertas fuesen iguales, será preferido el propietario del departamento más inmediato al objeto de la venta. En igualdad de condiciones, será potestativo del vendedor realizar la venta con cualquiera de los oferentes.

Artículo 23.- Si el piso, departamento, vivienda o local se enajenara con infracción a lo dispuesto en el artículo anterior, cualquiera de los propietarios o aquel que debía haber sido preferido, podrá subrogarse en el lugar del adquirente con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de compraventa, siempre que haga uso del derecho del tanto dentro de los quince días siguientes al en que haya tenido conocimiento de la enajenación. Los notarios o quienes hagan sus veces se abstendrán

de autorizar una escritura de compraventa de esta naturaleza, si antes no se cercioran de que el vendedor respetado el derecho del tanto. En caso de que las notificaciones se hayan hecho por conducto del administrador del edificio, éste deberá comparecer ante el notario a quien haga sus veces, demostrando en forma indubitable el día y la hora en que se notificó a cada uno de los propietarios.⁹⁴

El proyecto fue turnado a las Comisiones Unidas Primera de Puntos Constitucionales y Primera de Justicia, llevándose al cabola segunda lectura del dictamen de las mismas en la sesión del día 9 de noviembre de 1954. En esta sesión, el Senador Alfonso Pérez Gasga manifestó que existía el inconveniente de que el derecho del tanto provocaría el estacamiento de esterégimen de propiedad y dificultaría el libre desenvolvimiento del sistema dentro del comercio, generando una fuerte erogación económica y demora al notificar a todos los demás dueños de departamentos o pisos el propósito de vender; expuso lo siguiente: "frente a esta situación ... la Comisión estima no tener inconveniente en aceptar cualquier sugestión que los señores Senadores hagan en el sentido de variar el sistema de la ley para hacer desaparecer el derecho del tanto y hasta la norma expresa y categórica en el sentido de que en este régimen de propiedad el derecho del tanto

(94) Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Año III, Tomo III, Núm. 22, XLII Legislatura, sesión pública celebrada el 4 de noviembre de 1954, Pág. 7.

no es admisible. ... es necesario pensar en si es conveniente establecer una norma de seguridad para el efecto de darle un derecho preferencial al inquilino que habite el local cuando se trate de hacer la enajenación del mismo. ...Quizás, para el efecto de proteger no sólo la realidad del derecho para el inquilino, sino también para evitar que buscarse en el ejercicio del tanto una forma de enriquecimiento, podría establecerse una norma como la que existe en otras legislaciones, en el sentido de que el ejercicio del derecho del tanto por parte del inquilino lo obliga a él y a sus sucesores a habitar por lo menos dos años el departamento que fue objeto del tanto, antes de poder hacer una libre enajenación."⁹⁵

Al hacer uso de la palabra el Senador Alberto Trueba Urbina, consideró que debía "suprimirse el proyecto de ley el derecho de tanteo como el derecho de retracto en favor de los propietarios de otros departamentos o pisos, porque el derecho de tanteo que se les concede no se compagina con el carácter social de la propiedad; al contrario revive la tendencia individualista de la propiedad. ... sólo debe concederse el derecho de tanteo a los inquilinos ...por que precisamente el objeto de estas leyes es favorecer a los débiles; el inquilino es el débil frente al propietario, y hay que procurar como dice el señor Presidente de la República en su exposición de motivos, substituir el régimen

(95) Idem, núm. 23, Págs. 10 y 11.

inquilinario por el de habitación propia."⁹⁶

Las Comisiones retiraron los artículos del 20 al 23 del proyecto, cuales fueron nuevamente redactados concediendo el derecho del tanto a los inquilinos, poniéndose a discusión su nuevo texto en la sesión del día 10 de noviembre de 1954, aprobándose por unanimidad, quedando redactados de la siguiente forma:

"Artículo 21.- En el caso de venta de un piso, departamento, vivienda o local, sujetos al régimen de propiedad que reglamenta esta ley, el inquilino disfrutará del derecho del tanto. Los propietarios de los otros pisos, departamentos, viviendas o locales, no disfrutarán de ese derecho.

Artículo 22.- En caso de que un propietario desee vender su piso, departamento, vivienda o local, lo notificará al inquilino por medio del administrador del edificio, de notario, o judicialmente, con expresión del precio ofrecido y demás condiciones de la operación, a efecto de que, dentro de los diez días siguientes, manifieste si hace uso del derecho del tanto.

"Artículo 23.- Si el piso, departamento, vivienda o local se enajenare con infracción a lo dispuesto en el artículo anterior,

(96) Ibidem, págs. 14 y 15.

el inquilino podrá subrogarse en lugar del adquirente con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de compraventa, siempre que haga uso del derecho de retracto, con exhibición del precio, dentro de los quince días siguientes a en que haya tenido conocimiento de la enajenación. Los notarios o quienes hagan sus veces se abstendrán de autorizar una escritura de compraventa de esta naturaleza si antes no se cercioran de que el vendedor ha respetado el derecho del tanto. En caso de que la notificación se haya hecho por conducto del administrador del edificio, éste deberá comprobar ante el notario o quien haga sus veces, en forma indubitable el día y la hora en que notificó al inquilino."

Es importante hacer notar que en el artículo 23 antes transcrito, se emplea en forma correcta la denominación "retracto", corrigiendo la concepción que de el se tenía en el proyecto de ley, donde se hablaba de derecho del tanto; esta disposición va a ser incluida -como art. 20- en la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, que se encuentra vigente.

CAPITULO V

CONSECUENCIAS JURIDICAS POR LA VIOLACION AL DERECHO DEL TANTO

CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA VIOLACION AL DERECHO DEL TANTO.

Al hablar de las consecuencias jurídicas de la violación al derecho del tanto nuestro propósito será definir cual es la ineficacia jurídica con la que se ve afectada la enajenación efectuada en contravención de las disposiciones que conceden el beneficio del derecho del tanto.

¿Cuándo podemos decir que el derecho del tanto ha sido violado? Sobre este punto, el Lic. José Arce y Cervantes hace la siguiente observación: "La Ley expresa que la venta no producirá efectos mientras no se haya hecho la notificación, pero se deduce que se incurre en la violación de las disposiciones relativas no solamente en ese caso, sino en todos los que en seguida se mencionan: a) Si se omite la notificación o no se hace a todos los titulares, o si no reúne los requisitos esenciales; b) Si la enajenación se efectúa dentro de los ocho días de hecha la notificación sin que se haya recibido respuesta negativa de todos los condueños; c) Si se efectúa después del plazo habiéndose recibido por lo menos una aceptación de los condueños".⁹⁷ Aún que este autor hace una específica referencia a los supuestos de violación del derecho del tanto en el caso de la copropiedad, podemos asegurar que tales supuestos son también aplicables para

(97) Arce y Cervantes José, "El Derecho del Tanto de los Copropietarios", Revista de Derecho Notarial, No. 53, págs. 26 y 27.

el caso de que el derecho respectivo de los coherederos resultare transgredido.

El problema de la determinación del tipo de ineficacia que corresponde en las hipótesis de violación arriba citadas, ha sido objeto de una diversidad de consideraciones. La confusión tiene sus inicios en los propios términos en que los artículos 973 y 1292 de nuestro Código Civil se encuentra redactada la disposición referente a la inobservancia del derecho del tanto, veamos:

Art. 973.- "Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A ese efecto, el copropietario notificará a los demás. por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el sólo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta NO PRODUCIRA EFECTO LEGAL ALGUNO".

Art. 1292.- "El 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 concretado la

venta, a fin de que aquéllos, dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto; si los herederos hacen uso de este derecho, el vendedor está obligado a consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el sólo lapso de los ocho días se pierde el derecho del tanto. Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en esta artículo, SERA NULA".

Una interpretación literal de lo preceptuado en la última frase del artículo transcrito en primer lugar, nos conducira a la errónea conclusión de que la ineficacia que recae sobre la operación celebrada sin respetar el derecho que se consigna, es la inexistencia, pues hemos de recordar que es característica privativa del acto inexistente la no producción de efectos jurídicos. "El acto inexistente, se dice, no puede ni debe producir ningún efecto jurídico, porque desde el momento en que está desprovisto de uno de sus elementos orgánicos, sobrevendrá la muerte con su sentencia ineluctable".⁹⁴ Pero, como ya dijimos, este razonamiento carece de validez, dado que en la hipótesis que examinamos SI SE GENERA UN EFECTO JURIDICO: la fijación de las condiciones y elementos esenciales que ha de revestir el contrato que se celebre con el copropietario preterido, cuando éste haya hecho valer su acción de retracto. Por lo tanto, hacemos a un lado, en definitiva, la posibilidad de que la infracción a las

(98) Tenorio Ramírez, Horacio Alfredo, Ob. Cit. Pág. 23.

normas relativas al derecho del tanto sea sancionada con la inexistencia.

El artículo 1292, por su parte, da un poco de luz al asunto puesto que, en lugar de utilizar la fórmula contenida en el artículo 973, indica que la venta realizada con omisión de la notificación correspondiente, será NULA. A este respecto, el maestro Leopoldo Aguirre Carvajal señala lo siguiente: "Por primera vez, en derecho mexicano, se emplea esta sanción; pero desde luego se nota cierta incongruencia, puesto que a pesar de ser nula la venta hecha al extraño, siguen vigentes las condiciones esenciales del contrato, como son la cosa y el precio y es raro que un contrato nulo siga vigente para imponer los elementos esenciales del contrato cuando el coheredero ejercita su derecho de retracto".

Pero, ¿cuál es, en conclusión, la ineficacia jurídica que trae aparejada la violación al derecho del tanto? Haremos una relación sucinta de las opiniones más sobresalientes de los autores que se han ocupado de tratar este punto, para pasar a señalar, posteriormente, cual es nuestro particular parecer sobre el mismo.

El maestro Rafael Regina Villegas nos da a conocer su

(99) Aguilar Carvajal Leopoldo, Ob. Cit. Pág. 131.

personal punto de vista a través de la siguiente reflexión:

"El artículo 1292 reconoce el derecho del tanto de los herederos, cuando alguno pretende vender a un extraño su derecho hereditario (parte alícuota), pues deberá notificar a sus coherederos por medio de un notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se haya concertado la venta, a fin de que aquellos puedan hacer uso del derecho del tanto, dentro del término de ocho días. Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en el citado precepto será nula. Igual disposición existe para la copropiedad ordinaria en el artículo 973, con la única modificación de que este precepto en su parte final dispone que mientras no se haga la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno, lo que ha motivado que se discuta si se trata de una nulidad absoluta o relativa, o de una inoponibilidad. No obstante que el artículo 1292 estatuye que será nula la venta que lleve a cabo un heredero violando el derecho del tanto que asiste a sus coherederos, consideramos, es decir, en ambas situaciones la venta no será oponible al heredero o copartícipe preteridos, debiendo negarse el Registro Público de la Propiedad, cuando se trate de inmuebles, o inscribirlas. Asimismo los tribunales y demás autoridades deberán negar todo efecto a las citadas enajenaciones, pero si una controversia se promueve, dado que el adquirente generalmente se encontrará en posesión de la parte

alcuota, o habrá pagado ya el precio de la misma será necesario tramitar el juicio correspondiente y que se decida por sentencia que por ser inoponible la venta al heredero o copartícipe excluidos y cuyo derecho del tanto tendrán derecho en todo tiempo para adquirir la parte alcuota que indebidamente fue enajenada a un extraño. Será por consiguiente el heredero o copropietario interesados los que ante la resistencia del partícipe que violó el derecho del tanto, para enajenarles en las mismas condiciones, intentarán la acción correspondiente y el juez, una vez dictada la sentencia, deberá firmar en el caso de rebeldía del condenado, la escritura pública o privada de venta, sirviendo como precio el mismo que se estipuló con el tercero. Los derechos de éste deberán quedar a salvo para que exija la restitución del valor que hubiere pagado. En la hipótesis de que el mismo heredero o copropietario que hubieren violado el derecho del tanto, se allanaren (por la ineficacia total de la venta hecha), a otorgar la enajenación en favor del copartícipe interesado, prescindiendo totalmente de la venta anterior, deberá considerarse que por ser ésta totalmente ineficaz, la nueva operación será la única que legalmente pueda surtir efectos. Precisamente las consecuencias de la oponibilidad se advierten con claridad en este caso, ya que no sólo entre las partes y en las relaciones con los particulares, sino también respecto a los órganos del Estado, no deberá surtir efectos la venta que se hizo con violación del derecho del tanto. Exactamente igual que cuando se declara

imponible con relación a un tercero, el acto, contrato, título o documento que debiendo registrarse no quedó inscrito en el Registro Público de la Propiedad. Así como no es menester un juicio que declare previamente la inoponibilidad en esta hipótesis, debe decirse lo mismo para el caso de violación del derecho del tanto, a efecto de respetar íntegramente la venta que hiciere el copartícipe con otro de los copropietarios o coherederos, no obstante la enajenación que con anterioridad hubiese hecho en favor de un extraño; pero sólo para los efectos de que se le priva a éste de la posesión o se logre declarar ineficaz el registro de la venta que indebidamente se hubiere hecho, será necesario el juicio y la declaración judicial respectiva. Lo mismo debe decirse cuando el partícipe que violó el tanto se negare a dar la preferencia al copropietario o coherederos interesados".¹⁰⁰

Como podemos observar, este autor rechaza la sanción de nulidad que, para el caso de violación al derecho del tanto, consagra en su texto el artículo 1292 del Código Civil. El licenciado Leopoldo Aguilar Carbajal, al comentar la postura del maestro Rojina Villegas, nos dice que "esta solución tiene la ventaja de eludir la objeción fundamental que se hizo a la nulidad como sanción, pues explica porqué no se destruye el

(100) Rojina Villegas Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Tomo IV, "Sucesiones", Vol. II, Antigua Librería Robledo, 3a. Edición, 1958, y misma Obra, 5a. Edición, Publicada por Editorial Porrúa, S.A., México 1981, págs. 547-548.

contrato celebrado y producen efectos las estipulaciones de las partes, respecto de los elementos esenciales. También, la inoponibilidad, permite explicar porqué el contrato celebrado en violación a los derechos del tanto no producirá efecto legal alguno, con la finalidad de que el contrato que se celebre, con el que tenga el derecho del tanto, no tenga ningún obstáculo y no necesite declararse judicialmente, la nulidad del contrato espúreo".¹⁰¹

Por su parte, el citado jurista Leopoldo Aguilar Carbajal propone la siguiente solución: "podemos decir que en el caso de la cesión o venta de los derechos de copropiedad, el adquirente ajeno a ella, no está legitimado para adquirir esos derechos, y consiguientemente el sujeto se encuentra en una determinada posición, esto es, "un modo de ser del sujeto respecto de otros" (los demás copropietarios) y con relación al bien (los derechos de copropiedad); en otras palabras se realiza el concepto de LEGITIMACION, y la falta de este presupuesto del contrato indebidamente celebrado, el que ha fijado los elementos esenciales del contrato para que éste sea celebrado por quien tenga la legitimación necesaria, sin necesidad de la tramitación de un juicio largo y costoso". En esta forma, este tratadista llega a las siguientes conclusiones: En primer lugar, sostiene que la violación al derecho del tanto no acarrea la inexistencia

(101) Aguilar Carvajal Leopoldo. Ob. Cit., pág. 133.

del contrato celebrado con el tercero extraño pues produce el efecto de determinar los elementos esenciales del contrato que ha de verificarse con el copropietario; rechaza también la posibilidad de que se presente en este caso la nulidad absoluta del contrato, desde el momento que éste es revalidable; asimismo, desecha la idea de que la inobservancia del derecho del tanto origine la nulidad relativa, en vista de que no se trata de un vicio del consentimiento, ni de la falta de forma, ni existe incapacidad, etc; en fin, "por suponer que no se reúnen los supuestos de ella"; afirma que la violación del derecho del tanto hace nacer sólo la ineficacia del contrato, POR FALTA DE LEGITIMACION EN EL VENDEDOR; por último, nuestro autor indica que una vez obtenida la legitimación por el vendedor, la venta se perfecciona, "sin necesidad de una ratificación, o de cualquiera otra formalidad, por que al obtener el enajenante la legitimación que le faltaba, el contrato queda perfecto".¹⁰²

Diferente postura adopta José Arce y Cervantes al manifestar que: "la clasificación de la ineficacia de un acto jurídico no se plantea atendiendo a las consecuencias, sino a la clase de interés que protege la ley infringida y cuya violación es causa de la ineficacia".¹⁰³

(102) Idem, págs. 137 a 139.

(103) Arce y Cervantes José, Ob. Cit., pág. 28.

En efecto, Arce y Cervantes nos hace ver la necesidad de determinar qué tipo de normas son las que reglamentan el derecho del tanto con base en los intereses que tutelan, y su opinión es en el sentido de que se trata de normas protectoras de intereses privados (de los copropietarios) y, consiguientemente, su infracción produce en el contrato celebrado con el extraño la sanción de ANULABILIDAD. A tal conclusión llega nuestro autor fundado, precisamente, en la siguiente consideración de Ferrara: ordinariamente la ley prohibitiva es impulsada por un interés general, de orden público, esto es, tiene por objeto la protección del orden jurídico y asume un carácter rígido e inflexible, imponiendo la pena más grave de que pueda disponer: la nulidad. Otras veces la violación es más leve, los intereses en juego son particulares y se refieren a determinadas personas que son en substancia los verdaderos jueces del daño que resienten por la violación en este caso, la ley no quiere substituirse a la voluntad privada, no quiere coactivamente hacer que se infiera la ineficacia del acto, sino que al contrario procura evitarla en cuanto sea posible, siendo la nulidad siempre un mal en la vida jurídica y una causa de perturbación en las relaciones económicas y, entonces, hace depender la ineficacia del contrato de la instancia o impugnación de las partes lesionadas: tenemos entonces la anulabilidad".¹⁰⁴

(104) Ferrara, "Teoría del Negozio Illicito nel Diritto Civile Italiano". Cit. por M. Borja Soriano; "Teoría General de las Obligaciones". México, 1971, t. I, pág. 172.

Además de las razones mencionadas, Arce y Cervantes expone una más que estima fundamental para concluir que el efecto de la violación del derecho del tanto es la anulabilidad del contrato correspondiente; indica lo siguiente: "la anulación de la enajenación contraria al derecho del tanto tiene un sólo objeto y una sola razón de ser: hacer posible que el preterido adquiera la parte alícuota enajenada. Este fin, que en el retracto se consigue mediante la substitución del adquirente por el retrayente, en el derecho del tanto tiene que seguir dos fases: primera, la anulación de la enajenación violatoria; y segunda, la adquisición del condueño en cuyo perjuicio se violó el derecho. Si no va a verificarse la segunda fase, no puede anularse la enajenación por que no tendría razón de ser... la ley no puede declarar que el acto está viciado de nulidad absoluta: los condueños son los únicos que deben juzgar el daño que les causaría la copropiedad con un tercero que, hasta entonces, era extraño... En estas circunstancias habrá que aplicar a la enajenación infractora las consecuencias de la ANULABILIDAD, por lo que podemos decir que tal enajenación por lo que podemos decir que tal enajenación tiene los siguientes caracteres que se desprenden de lo dicho anteriormente: a). Está sujeta a la prescripción... b). Puede convalidarse por el consentimiento que presten los condueños a la enajenación o mejor dicho, con su declaración "a posteriori" y antes que opere la prescripción, en el sentido de que no desean hacer uso del derecho del tanto...

c). La anulación sólo puede ser intentada por el condueño preterido que quiera y esté en posibilidad de adquirir por el tanto... "105

Curiosamente, Ernesto Gutiérrez y González no esboza opinión alguna en cuanto a la solución de este problema y, tomando una actitud displicente frente al mismo, se limita a señalar que "si la ley busca la extinción de la copropiedad, y para ello otorga el derecho del tanto, se entiende que cuando un copropietario vende en violación de la norma que lo consigna, su acto será ineficaz."106

Ya hemos señalado algunas de las ventajas que presenta la solución propuesta por el maestro Rojina Villegas en cuanto a que la enajenación realizada en contravención de las disposiciones relativas al derecho del tanto es inoponible frente a los copropietarios o coherederos preteridos. En efecto, es fácil comprender que si se efectúa una venta sin respetar el derecho preexistente que otra persona tiene para adquirir en forma preferente la cosa objeto de la operación, ésta no podrá imponerse como válida para aquél con quien, de acuerdo con la ley, debió haberse celebrado. Sin embargo, pienso que esta

(105) Arce y Cervantes José, Ob. Cit., págs. 29 y 30.

(106) Gutiérrez y González Ernesto. "El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio", Editorial Cajiga, S.A. 2a. Edición, Puebla, 1982, Pág. 332.

pretendida solución no resuelve el fondo del problema: el autor se aparta de la determinación del tipo de ineficacia que afecta a la enajenación infractora, atendiendo exclusivamente a una de las consecuencias que tal ineficacia (cualquiera que sea ésta) está destinada a producir: la inoponibilidad frente a los copartícipes interesados. En este sentido, la operación será inoponible para aquéllos cuyo derecho fue violado independientemente de que adolezca de nulidad absoluta o de nulidad relativa.

Por otro lado, si admitimos que la inoponibilidad es una imposibilidad legal de oponer, frente a una pretensión determinada, un derecho de defensa, que en nuestro derecho es por regla general producto de un defecto en la forma del acto jurídico de que se trate (concretamente: falta de inscripción en el Registro Público de la Propiedad, tratándose de inmuebles), debemos concluir que la venta no inscrita en el Registro Público, de la parte alícuota que un individuo posea respecto de un inmueble en copropiedad, será inoponible frente a terceros así haya sido celebrada con una persona ajena a dicha copropiedad, o bien, con alguno de los copartícipes en la misma.

Por consiguiente, es aceptable la idea de inoponibilidad en su concepción literal, mas no como la ineficacia jurídica que recae sobre enajenaciones transgresoras del derecho del tanto.

La opinión del licenciado Aguilar Carbajal presenta también, en mi opinión, algunos puntos de acierto; empero, es necesario hacer ciertas observaciones respecto de ella. Efectivamente, hay ocasiones en que un determinado contrato, aun cuando sea perfectamente válido en virtud de haberse reunido adecuadamente sus elementos esenciales y de validez, no surte los efectos propios de tal contrato por faltarle un presupuesto legal: la legitimación.

Por legitimación entendemos, con el maestro Sánchez Medal, "el reconocimiento que a una determinada persona capaz de contratar otorga la norma jurídica para celebrar con eficacia un cierto contrato y que ordinariamente deriva de una relación entre esa persona y el objeto de dicho contrato".¹⁰⁷ De manera semejante, Francisco Messineo, en su obra "Doctrina General del Contrato", hace alusión a la legitimación para contratar indicando que "...consiste en el hecho de encontrarse el sujeto en una determinada posición, esto es, en un modo de ser del sujeto respecto de otros o con relación al bien o los intereses que son materia del contrato. La consecuencia sería que, cuando falta la legitimación aun siendo el sujeto capaz, no podrían nacer determinados efectos jurídicos".¹⁰⁸ Es en esta situación en

(107) Sánchez Medal Ramón, "De los Contratos Civiles", 2a. Edición, Editorial Porrúa, México 1976, Pág. 58.

(108) Aguilar Carvajal, Leopoldo, Ob. Cit., Pág. 136.

la que Aguilar Carbajal, al contemplar la postura del copartícipe que enajena su parte en violación del derecho preferente de los demás comuneros, encuentra discrepancia: la ineficacia se produce en este caso por falta de legitimación en el vendedor.

Estamos de acuerdo en que el enajenante, al no poder disponer libremente de su parte alícuota por la obligación que tiene de sujetarse a las disposiciones que establecen el derecho del tanto, se halla en una situación de inhabilitación para efectuar una operación haciendo caso omiso de las disposiciones mencionadas, que podría encuadrar en el supuesto de falta de legitimación. No obstante, esta consideración no nos libera de la preocupación de definir con qué ineficacia jurídica se ve caracterizada la enajenación violatoria del derecho que venimos estudiando; de aquí que podamos estructurar una crítica para la solución de la falta de legitimación en forma similar a como lo hicimos con realción a la de la oponibilidad, pero a la inversa: mientras que la inoponibilidad resulta ser la consecuencia de la ineficacia que afecta a la operación infractora, esta ineficacia resulta ser la consecuencia de la falta de legitimación. En otras palabras, la inoponibilidad es efecto de la ineficacia, la falta de legitimación es su causa.

Desde otro ángulo, la opinión de Aguilar Carvajal parece derrumbarse ante la siguiente observación del maestro Sánchez

Medal: "Ordinariamente, la falta de capacidad es causa de nulidad relativa y puede convalidarse el contrato por confirmación y por ratificación; en tanto que la falta de legitimación por celebrar un contrato determinado ES CAUSA DE NULIDAD ABSOLUTA".¹⁰⁹ Es demasiado evidente que en el caso de enajenación hecha con violación del derecho del tanto no se manifiesta ninguno de los elementos configurativos de la nulidad absoluta (no producción de efectos, inconválidación, etc.), razón por la cual esta posibilidad es descartada por la generalidad de los tratadistas, incluyendo al propio Aguilar Carvajal.

De todo lo dicho anteriormente, no podemos más que reconocer a la tesis del licenciado Arce y Cervantes como la más acertada, y, en apoyo a la misma, complementaremos la argumenación de dicho autor con algunas ideas que, en lo personal, revisten de indiscutible certeza nuestra conclusión de hallarnos en presencia de una nulidad relativa, conocida también como anulabilidad.

En primer término, debemos hacer mención de los caracteres informantes de la nulidad relativa, nos referimos a un acto imperfecto en los elementos de su existencia. Es decir, que en su realización concurrió algún vicio de la voluntad (error, dolo, violencia) incapacidad, falta de formalidades, o bien, existió ilicitud en el objeto en el motivo o fin determinante de la

(109) Idem, pág. 58.

voluntad. Con relación a sus efectos, sabemos que el acto anulable sí produce efectos jurídicos, puede confirmarse, puede prescribir su nulidad, ésta sólo puede ser invocada por el o los afectados, y es una nulidad que no opera en pleno derecho.

Ahora bien, una vez señalados los elementos de la nulidad relativa, trataremos de demostrar su aplicabilidad como dación en caso de enajenación violatoria del derecho del tanto:

1) De acuerdo con la concepción de Ferrara, deducimos que por tratarse las disposiciones relativas al derecho del tanto de normas tuteladoras de intereses particulares (de los comuneros interesados), su violación es más leve que si fueren afectados intereses colectivos y, por tanto, se produce la anulabilidad.

2) ¿Podríamos decir que una operación celebrada sin el debido respeto por el derecho del tanto consagrado por los artículos 973 y 1292 del Código Civil tiene un objeto lícito? Para resolver esta cuestión debemos primero analizar qué se entiende por licitud. El concepto lo podemos obtener a contrario sensu del artículo 1830 del C.C. que dispone: "Es ilícito el hecho que es contrario a las Leyes de orden público o a las buenas costumbres". (Recordemos que, de conformidad con el artículo 1824 del mismo ordenamiento, "son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar; II. EL HECHO QUE

EL OBLIGADO DEBE HACER O NO HACER".).

Aunque con deficiente redacción, la noción de leyes de orden público no es proporcionada por el artículo 8° de nuestro Código Civil que preceptúa: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interes público serán nulos, excepto en los casos en que la lay ordene lo contrario".

No es difícil darse cuenta de que lo dispuesto por los artículos 973 y 1292 es, precisamente, una prohibición y, por ende, se configura en ambos casos una ley prohibitiva. De aquí que nos resulte obligado concluir que una enajenación efectuada en contravención de tales preceptos adolece de ilicitud en su objeto, esto es, en "el hecho que el obligado debe hacer...". Y POR LO TANTO, SE TRATA DE UN ACTO AFECTADO DE NULIDAD RELATIVA POR ILICITUD EN EL OBJETO.

Además, es posible establecer una distinción entre las leyes prohibitivas según su tendencia hacia la protección de intereses colectivos, privados, o bien, de orden social. Así, al referirse a la segunda hipótesis, es decir, cuando se trata de amparar el interés privado, don Ernesto Gutiérrez y González afirma que "si la ley prohibitiva se dictó para proteger determinados intereses particulares relativos a cierto tipo de personas, se establece una sanción más leve para la conducta violatoria: la nulidad

relativa o anulabilidad, y solamente permite que se destruya el acto cuando media petición del afectado".¹¹⁰

3) La enajenación infractora puede convalidarse en razón del consentimiento que respecto de ella presten los demás condueños, sea en forma expresa o aún tácitamente.

4) En el caso que estudiamos puede operarse la prescripción. Sobre este punto, Arce y Cervantes indica que "la ley no fija plazo de prescripción de la acción de nulidad ni parece haber clara analogía de este caso con aquellos afectados también de anulabilidad, para los cuales se fija un plazo de prescripción... Posiblemente fuera equitativo aplicarle los plazos de prescripción que existen para los actos viciados de error o dolo ya que, con éstos, el que se analiza tiene de común la ignorancia del perjudicado la existencia de su derecho".¹¹¹

5) No cabe duda alguna de que son exclusivamente los copartícipes interesados los que pueden invocar la anulación, dado que son sólo ellos los que tienen la posibilidad de la subrogación.

(110) Gutiérrez y González Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", pág. 262.

(111) Arce y Cervantes José, Ob. Cit., pág. 30.

6) Por último, y para dotar de mayor firmeza a nuestra solución recordemos la posición excluyente de Bonnacase en el sentido de que si la nulidad que afecta a cierto acto no es la absoluta, será forzosamente la relativa.

CONCLUSIONES

1) El primer presupuesto para la existencia de los derechos preferenciales es la comunidad de derechos reales o personales respecto de un mismo bien.

2) El bien jurídico protegido por el derecho del tanto es la necesidad de evitar las controversias que surgen cuando coexisten diversos derechos reales o personales con relación a un mismo bien.

3) Los derechos preferenciales son por naturaleza jurídica derechos personales, toda vez que la conducta regulada es la del vendedor y la norma le impone a obligación de notificar al comunero los términos y las condiciones de la enajenación que pretende celebrar con un tercero.

4) La obligación que el derecho del tanto impone al propietario de preferir al comunero en la enajenación que celebraría con un tercero, viene a constituirle un límite, en virtud de que ve restringida su facultad de disposición hacia el bien que es de su propiedad, imponiendosele la obligación de enajenar en determinadas condiciones, es decir, no la podrá llevar a cabo con quien el lo decida, en este caso un tercero sino que deberá en primer término, hacerlo del conocimiento al

que le corresponda el derecho preferencial o del tanto, para que este a su vez lo adquiriera si así lo desea, en los mismos términos y con las condiciones que contrataría con un tercero.

5) La notificación que el propietario debe hacer al comunero de su deseo de enajenar la parte alícuota, es el medio para hacerlo del conocimiento de sus destinatarios. Por lo que si se omite notificar dentro del plazo de ocho días incurrirá en infracción al artículo 973 y 974 del Código Civil, por consiguiente el tercero que adquirió dicho bien, resultará afectado, así como el comunero o propietario en su caso; en virtud de que deberá subrogarse el que goza del derecho del tanto en los derechos del tercero adquirente. Esta es la Sanción por la violación al derecho del tanto llamada retracto.

6) De la misma manera, si el propietario del bien mueble o inmueble omitiere hacer la notificación correspondiente en el caso del Derecho de Preferencia por el Tanto, y se haya enajenado a un tercero, el propietario deberá al titular del Derecho por el Tanto realizar el pago por daños y perjuicios, esta es la sanción correspondiente a los contratos de usufructo, arrendamiento y compraventa.

7) La diferencia que existe en la sanción por la violación al Derecho del tanto y por la violación al derecho de preferencia

por el tanto -retracto y pago de daños y perjuicios respectivamente- es en virtud de que el bien jurídico protegido es diverso, con el primero se pretende evitar el continuar indefinidamente en el estado de copropiedad y la intromisión de extraños a la comunidad y con el segundo respetar el derecho personal que tiene su titular de adquirir el bien. En cuanto a estos últimos tres incisos que anteriormente quedaron asentados, en cuanto a mi opinión, me permito manifestar que el propietario esta siendo restringido en su libertad de enajenar el bien y darle la disposición final de acuerdo a su parecer. Consecuentemente, tampoco debe imponerse sanciones, así como la obligación de notificar en un plazo determinado, siendo que el propietario es la única persona que debe decidir a quien enajenar, ya que de la misma manera, considero que en el caso de la copropiedad el nuevo propietario en este caso, el tercero a quien se enajenó, puede afectar a la copropiedad, de igual manera que cualquier otro de los copropietarios que gozan del Derecho del Tanto; en virtud de que siendo copropietario o tercero el que habite, el edificio objeto de copropiedad, ofrece los mismos riesgos o las mismas ventajas en comunidad, con todos y cada uno de los cohabitantes. Y todo depende de ellos. El mejorar o perjudicar esa relación entre comuneros. Así como tambien en la compraventa, puede efectuarse el Derecho del Tanto, sólo como una cláusula asentada en el contrato de compraventa, en caso de que el enajenante quisiere recuperar el bien objeto de la

enajenación, evitando de ésta manera muchos trámites legales, que conforme a lo que establece la ley, se propician una serie de conflictos, que a mi parecer se podrían evitar. Proponiendo así, se modifiquen los artículos que en este trabajo hemos estudiado, así como también se derogue el artículo 973 y 974 de nuestro actual Código Civil.

8) El comunero puede ejercitar el derecho del tanto cuando se pretenda enajenar a través de compraventa, dación en pago, permuta y en ventas judiciales, no gozando de él en los siguientes casos: a) Cuando se enajene por medio de una donación; b) Si se aportan los derechos a una persona moral, recibiendo el aportante como contraprestación la calidad de socio; c) En los casos de expropiación.

9) Con las reformas que se hicieron al Código Civil en materia de arrendamiento, por las cuales se creó el capítulo denominado "Del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la Habitación", lejos de armonizar los derechos de los arrendadores y arrendatarios y de estimular la inversión en la construcción de inmuebles destinados al arrendamiento, han contribuido a desalentar la inversión y han creado inseguridad jurídica debido a la reglamentación del ejercicio del derecho del tanto que erróneamente se concedió a los arrendatarios.

En virtud de que el arrendador también se encuentra limitado para ejercer sus atribuciones que le da la propiedad así como las mismas inversiones que ha realizado, se ven sometidas a ciertas restricciones en cuanto al manejo de sus bienes; dándole prioridad al arrendatario; siendo que éste en algunas ocasiones inclusive, no sólo deja de ser un buen inquilino, sino que llega a causarle problemas al arrendador. Ya que en ocasiones maltrata el bien inmueble objeto del arrendamiento, así como también se retrasa en el pago de las rentas, causando problemas al afectando al arrendador en su economía.

Situación muy similar que se da en el caso del usufructo.

10) Mi opinión en cuanto a la problemática respecto de la copropiedad hereditaria, es de que incurren en ociosidad aquellos que forzosamente pretenden identificar o comparar la figura de la Sucesión Hereditaria, con alguna otra institución jurídica. En efecto, "Ha quedado establecido que al morir el autor de la sucesión, nace el jus delationis para los herederos, es decir, el derecho que tienen de aceptar o repudiar la herencia.

Ahora bien, al producirse la aceptación; al momento de la muerte de aquel cuya sucesión se trata. La adquisición por parte de los herederos es inmediata; entonces la sucesión hereditaria no es posible compararla con figura jurídica alguna. Por lo tanto

difiero de la consideración de que la herencia es una copropiedad respecto de los bienes de la masa hereditaria, para efectos del ejercicio del Derecho del Tanto.

Este trabajo ha pretendido también, llevar de la mano al lector, para que sin ánimos de inducirlo, pueda hacer su propia opinión para ello he tratado de hacerlo mediante un texto accesible, creado para todo aquel que se encuentre interesado en éste tema por demás apasionante.

Finalmente esperando que el esfuerzo que se refleja en éste trabajo, se vea cristalizado en nuestro sistema jurídico, reformando las disposiciones normativas que lo contemplan, y así lograr que sea respetada la libertad de disposición de las propiedades del sujeto, sin las limitaciones a que ya se ha hecho referencia.

BIBLIOGRAFIA.

- 1) AGUILAR CARVAJAL LEOPOLDO. "Consecuencias Jurídicas de la Violación al Derecho del Tanto". Estudios Jurídicos en Homenaje a Manuel Borja Soriano. 1a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1969.

- 2) AGUIRRE AGUSTIN: "El Tanteo y el Retracto en la Propiedad Horizontal", En: Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. Publicada por la Escuela de Derecho de la univesidad de Puerto Rico. Vol. XXXII, Núm. 4, 1963.

- 3) ALESSIO ROBLES LANDA MIGUEL: "Derechos Preferenciales en Derecho Mexicano", En: Revista de Investigaciones Jurídicas, Núm. II, E. L. D. México, 1987.

- 4) ARCE Y CERVANTES JOSE. "El Derecho del Tanto de los Copropietarios". En: Revista de Derecho Notarial; Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., No. 33, Año XII, octubre 1968, México D. F.

- 5) ASPRON PELAYO JUAN MANUEL. "El Usufructo", Tesis Profesionales E. L. D. 1980.

- 6) BATIZA RODOLFO. "Las fuentes del Código Civil de 1928". 1a. Edición, Edit. Porrúa, S. A. México, 1979.
- 7) BORJA MARTINEZ MANUEL. "La Propiedad de Pisos o Departamentos en Derecho Mexicano", Edit. Porrúa, S. A., México, 1957.
- 8) Dr. MANUEL BORJA MARTINEZ, "Notas Sobre la Historia y el Panorama de la Legislación Nacional en Materia de Propiedad y Condominio en los Edificios", en revista de Derecho Notarial, Año XXIV, octubre de 1970, Núms. 38-39-40, "Asociación Nacional de Notariado Mexicano", A.C., México.
- 9) BORJA SORIANO MANUEL. "Teoría General de las obligaciones". Tomo I, Ed. Porrúa, México, 1971.
- 10) CASTAN TOBEÑAS JOSE. "Derecho Civil". Tomo II -Derechos Reales, Derecho de las Obligaciones- Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943.
- 11) Comunicación de fecha 2 de mayo de 1988 del "Congreso del Colegio de Notarios del D. F.", A.C., dirigida al Juez Trigésimo Segundo de lo Civil, en respuesta a su oficio No. 883 de fecha 11 de marzo de 1987.

- 12) DE IBARROLA ANTONIO. "Cosas y Sucesiones". Ed. Porrúa, México, 1977.
- 13) DE PINA RAFAEL. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Volúmen II (Bienes - Sucesiones), Editorial Porrúa, 2a. Edición, México, 1977.
- 14) Derechos Preferenciales en Derecho Mexicano: Revista de Investigaciones Jurídicas, No. II, Escuela Libre de Derecho, México, 1987.
- 15) Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Meixcanos, Año III, Núm. 22, XLII Legislatura, sesión pública celebrada el 4 de noviembre de 1954.
- 16) DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Ed. Labor, 1950.
- 17) El Derecho de Preferencia en el Arrendamiento, en Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo I, UNAM. Julio-dic. 1951.
- 18) ESCRICHE JOAQUIN. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Librería de Garnier Hermanos, Paris, 1869.

- 19) ESQUIVEL OBREGON TORIBIO. "Apuntes para la Historia del Derecho de México". Tomo III, México, 1938.
- 20) FERRARA, "Teoría del Negozio Illicito Nel Diritto Civile Italiano". Cit. por M. Borja Soriano; "Teoría General de las Obligaciones", México, 1971.
- 21) GARCIA MAYNEZ EDUARDO. "Introducción al Estudio del Derecho". 2a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1975.
- 22) GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. "Derechos de las Obligaciones". Editorial Cajica, S.A. 2a. Edición, México, 1977.
- 23) GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. "El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio". Ed. Cajica S.A, 2a. Edición, Puebla, 1982.
- 24) Jurisprudencias, Precedentes y Tesis Sobresalientes Sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo II Civil, Mayo Ediciones, 1975.
- 25) LUTZESCO GEORGES. "Teoría y Práctica de la Nulidades". Ed. Porrúa, México, 1978.

- 26) Mayo Ediciones, Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes sustentadas por la Sala Civil; 1955-1963, (3a. Sala).
- 27) Oficio No. 5891 de fecha 7 de marzo de 1985, Opinión del Dr. Othón Pérez Fernández del Castillo, en su carácter de presidente de la "Academia Mexicana de Derecho Notarial", A.C. a la consulta formulada por el Lic. Juan Guillermo Domínguez Meneses, titular de la Notaria 159 del D.F.
- 28) OTS Y CAPEQUI JOSE MARIA. "Manal de Historia del Derecho Español en las Indias y el Derecho Propiamente Indiano". Buenos Aires, 1943.
- 29) RENAUD CORTNEY, PAUL, Tesis sustentada, "El Derecho del Tanto de Copropietarios y Coherederos y las Demas Preferencias por el Tanto", E.L.D.
- 30) ROCA SASTRE RAMON MARIA. "Instituciones de Derecho Inmobiliario" (Notarías), 1a. Edición, Editorial Barcelona, 1942.
- 31) RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL JUAN N. "Pandectas Hispano Mexicanas". Tomo II, México, 1852.

- 32) ROJINA VILLEGAS RAFAEL. "Compendio de Derecho Civil", Tomo II, -Bienes, Derechos Reales y Sucesiones-, Ed. Porrúa, México, 1976.
- 33) ROJINA VILLEGAS RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano", Tomo IV, "Sucesiones", Vol. II, Antigua Librería Robredo, 3a. Edición, 1958, y misma obra, 5a. Edición, publicada por Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.
- 34) ROTONDI MARIO "Instituciones de Derecho Privado". Ed. Labor, 1a. Edición, México.
- 35) SANCHEZ MEDAL RAMON "De los Contratos Civiles". Ed. Porrúa, México, 1976.
- 36) SANCHEZ MEDAL RAMON "La Nueva Ley Sobre Arrendamientos para Habitación" Editorial Porrúa 4a. Edición, México 1985.
- 37) TENORIO RAMIREZ, HORACIO ALFREDO, "El Retracto en el Derecho Civil Mexicano, Universidad Panamericana.
- 38) WOLFF MARTIN. "Tratado de Derecho Civil" (Enneccerus, Kipp, Wolff), Tomo III - 2o. - Derecho de Cosas -, Barcelona, 1951.

39) ZAMORA Y VALENCIA MIGUEL ANGEL. "Contratos Civiles",
Editorial Porrúa, S.A., 2a. Edición, México 1985.