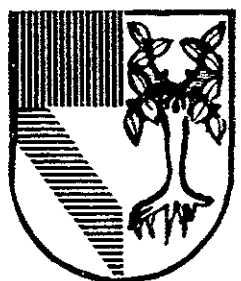


308909

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

2
20j



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

EL DERECHO DEL TANTO

TESIS PROFESIONAL
PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
WILMER ANGELES CASTILLO

DIRECTOR: LIC. FAUSTO RICO ALVAREZ

MEXICO, D. F.

270998

1999.

TESIS CON
LA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios por quien existo.

A mis abuelos Amado Castillo (q.e.p.d.)
y Eustoquia Alvarez (q.e.p.d.)

A mis padres por ese
ejemplo de esfuerzo,
constancia, dedicación,
responsabilidad y justicia
que me han inculcado.

A mis hermanos por que siempre
estarán a mi lado.

A mi familia por ser mi apoyo.

A Joyce por ser todo.

A los muchachos por siempre.

Al Licenciado Fausto Rico Alvarez
quien me enseñó este camino.

A todos aquellos que de alguna u otra
forma me ayudaron a terminar esta tesis.

A todos, Gracias.

INDICE

2023

	Página
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO PRIMERO	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	
I.- Derecho Prehispánico	6
II.- Derecho Hebreo	
1. Antecedentes del derecho del tanto.	13
2. Antecedentes de la acción de retracto	20
III.- Derecho Romano	22
IV.- Derecho Español (Edad Media)	27
• Siete Partidas	28
• Leyes de Toro	32
• Novísima Recopilación	35
• Proyecto de García Goyena	41

VI.- Antecedentes Legislativos en México:

1. Código de 1870	57
2. Código de 1884	66

CAPITULO SEGUNDO

DERECHOS REALES

II.- Derechos Reales:

1. Teorías de los derechos reales	73
2. Teoría de " <u>numerus clausus</u> " y " <u>numerus apertus</u> ".	87
3. ¿El derecho del tanto es un derecho real?.	89
4. Limitación al derecho de propiedad.	98

CAPITULO TERCERO

ANALISIS DEL DERECHO DEL TANTO.

I.- Terminología:

1. Definición de "derecho del tanto"	106
2. Definición de "preferencia"	108
3. Definición de "retracto"	110

II.- Naturaleza Jurídica, Bien Jurídico Tutelado y Origen del Derecho del Tanto	112
III.- Derecho del Tanto en el Código Civil.	
1. Ejercicio del Derecho del Tanto.	116
2. Renuncia al Derecho del Tanto.	145
3. Violación al Derecho del Tanto.	148
4. Diferencia con la acción de Retracto.	156
5. Diferencia con el derecho de Preferencia por el Tanto.	159
IV. Derecho del Tanto en el Código Civil	161
1. Predio Colindante.	161
2. Copropiedad	165
3. Usufructo.	170
4. Sucesiones.	172
5. Sociedades	176
6. Aparcería Rural	177
V. Derecho del Tanto que Tiene Origen en Derechos Personales	
1. Condominio	182
2. Derecho de Preferencia por el Tanto.	193
- Compra venta.	205
- Arrendamiento.	210

INTRODUCCION

Esta obra expondrá un tema confuso para el derecho positivo mexicano en la actualidad que es el derecho del tanto, ya que la actual regulación contenida en el código civil es inexacta y poco clara, ya que no reúne y más bien dispersa a través de todo el código civil las normas que rigen al derecho del tanto, así podemos encontrar desde el artículo 771 mención de derecho del tanto en el cual se regula para el supuesto de la enajenación de un predio por parte del Estado con un particular (predio colindante) hasta la aparcería rural encontramos regulación acerca del derecho del tanto.

Para poder entender el fin de esta tesis, tenemos que analizar desde la cuasi-regulación contenida en la Biblia hasta la codificación realizada el siglo pasado y que lo trajo consigo fue una *tabula rasa* en las instituciones de nuestra tradición jurídica (del antiguo régimen) sin tomar en cuenta la riqueza adquirida a lo largo de siglos de tradición jurídica, y que influyo tan determinadamente en nuestra tradición jurídica al grado de que en la exposición de motivos del código civil de 1870, se menciona la necesidad de romper con este régimen. El derecho no puede entenderse de una manera aislada como un conjunto de normas de carácter netamente jurídico sino por el contrario entenderlo como un conjunto de factores tanto sociales como económicos que determinan la vida jurídica de una

Nación, y así nuestra historia fue, es y tendrá que seguir siendo una parte determinante del derecho.

Así en el primer capítulo que denomine de "Antecedentes Históricos" realizo un análisis de la institución del derecho del tanto desde su regulación contenida o lo que podríamos llegar a tomar, como antecedentes de esta institución como lo es la regulación contenida en el Derecho Hebreo (que se expresa a través del Antiguo Testamento), pasando por las Siete Partidas hasta la regulación contenida en el Código Civil de 1884, en los cuales podemos observar claramente el avance y confusión a su vez de la institución del derecho del tanto, desde su nacimiento hasta la actual regulación, así se confunde v. g. al derecho del tanto con la acción de retracto.

El segundo capítulo tratará de la naturaleza jurídica del derecho del tanto, en este capítulo se expondrán las teorías que exponen al derecho real y al derecho personal, en las cuales determinados autores encuadran al derecho del tanto, en una u otra teoría, así existen autores que defienden al derecho del tanto como un derecho real y otros como un derecho personal y con base en esto analizaré en cual de ellas puedo llegar a encuadrar al derecho del tanto, y por último en este capítulo expondré como el derecho del tanto es una limitación a la propiedad y no una modalidad.

El tercer capítulo contendrá un análisis de la institución del derecho del tanto *per se* en el código civil, analizando y criticando desde la forma de notificación, pasando por la obligación que existe de enajenar hasta la concurrencia de derechos del tanto o de preferencia por el tanto con el derecho del tanto; y así encontrar los errores y posibles soluciones.

Así mismo expondré un análisis del derecho del tanto en cada institución que lo recoge en el código civil, desde el derecho del tanto regulado en el “predio colindante” hasta el derecho del tanto regulado en la aparcería rural, pasando por el derecho del tanto regulado en materia de copropiedad, usufructo, sucesiones, sociedades y arrendamiento. No puedo dejar de analizar el derecho del tanto sin también analizar al derecho de preferencia por el tanto, ya que debido a las últimas reformas contenidas en materia de arrendamiento se presentan problemas que esta tesis tratará de solucionar. En el mismo capítulo también se realizará una exposición de la anterior Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de inmuebles para el Distrito Federal, ya que si bien no es materia de esta tesis, debido a que esta se aboca, única y exclusivamente al derecho del tanto contenido en el código civil, se tiene que analizar, ya que el legislador al abrogarla y emitir la Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, crea un vacío en materia de derechos de preferencia a nivel de Legislación Positiva, ya que ésta era la única ley en la cual se recogía la acción

de retracto, y al abrogarla la mencionada ley, y derogar expresamente las disposiciones que vayan en contra de la misma, desaparece la mencionada acción.

En el cuarto y último capítulo expondré una serie de reformas necesarias, para evitar todas las posibles confusiones que se presentan en materia del derecho del tanto, para así evitar y prevenir conflictos en materia de derecho del tanto.

Esta obra tratará de ser acorde con la idea de la codificación del siglo pasado, reuniendo en un sólo cuerpo de normas, un sistema jurídico que permita la seguridad jurídica en las relaciones entre los particulares, pero sin hacer una tabula rasa, por lo cual tendrá que recoger la experiencia de diversos juristas, (como fuente viva del derecho) así como la regulación contenida en los diversos códigos civiles y ordenamientos, y todo esto para que este sistema responda a las necesidades de la vida cotidiana del ciudadano.

I.I. - DERECHO PREHISPANICO

Este capítulo contendrá un análisis acerca de la evolución histórica del derecho del tanto, por lo cual determinaremos, a partir de cuándo podemos hablar de la existencia de un derecho, entendiendo por este a un sistema normativo que regula la vida en sociedad y cuando no existe el sistema jurídico que regula la vida en sociedad. En el derecho romano existía una frase que decía:

" *ubi societas ibi ius* ... Pero con esta afirmación no se resuelve el problema, puesto que es lícito seguir preguntando si siempre ha habido sociedad. Por ello la cuestión puede plantearse en estos términos: " el hombre, desde que existe, ha vivido siempre en sociedades regidos por normas jurídicas respaldadas y aplicadas por el titular o titulares del poder político?. Así formulado, el problema del origen del derecho coincide con el del origen de la sociedad y del poder político... Una (línea doctrinal) que tiene su punto de partida en Aristóteles, fue continuada por Santo Tomás y gran número de escolásticos... sostiene que el hombre es por su naturaleza un animal político, esto es, un ente que necesita vivir en sociedad, regida ésta, entre otras, por normas jurídicas y por un poder político cuya existencia se considera también natural, acorde a la naturaleza humana. Según estos pensadores, siempre ha habido sociedad, poder político y Derecho... Pero otros autores... comenzaron a distinguir entre un estado de naturaleza

(*status naturae*) coincidente con el estado de gracia del que hablaban los teólogos y con la vida en el paraíso y un estado individual y colectivo (*status societatis*) posterior y derivado del pecado original y coincidente con lo que teológicamente se denominaba *naturaleza caída* o *perdida de la gracia*. Según estos pensadores entre los cuales podemos destacar a un importantísimo jurista medieval llamado Bartolo, en el *status naturae* los hombres se regían entre sí por la equidad natural, no existía poder político ni derecho positivo y los hombres disfrutaban de modo libre y directo todas las cosas ("*communis omnium possessio*") por que no conocían lo que después fue la propiedad privada. Según esta interpretación, sólo a partir del pecado, sólo en el "*status societatis*", sería necesaria la existencia de la autoridad y del derecho positivo... Dentro de esta línea interpretativa Fernando Vázquez de Menchaca distinguía en la historia de la humanidad tres etapas: "la primera al comienzo del mundo, cuando no había príncipes ni magistrados o jueces, ni leyes escritas; la segunda, en la que comenzaron ya a existir príncipes, pero si que hubiera aún leyes escritas; y la tercera en la que aparecieron las leyes escritas y también usos y costumbres peculiares de las regiones... Para estos pensadores, el poder, la sociedad y el Derecho positivo son posteriores y en cierto modo contrapuestas al primigenio estado de naturaleza... Durante los siglos XVII y XVIII dentro de la corriente filosófica del llamado "iusnaturalismo racionalista"... (para ellos) la sociedad es un remedio necesario para evitar la guerra entre todos los individuos y se considera que el poder político es una creación voluntaria y artificial de los hombres... para lograr un grado máximo de seguridad... Con arreglo a esta interpretación, el

Derecho positivo es una realidad que surge después del estado de naturaleza, dentro de la sociedad... Otros filósofos más recientes, como Marx y más concreto Engels, defendieron el carácter artificial del Estado, de la propiedad privada y del Derecho y coincidiendo con la teoría de un antropólogo norteamericano Morgan, afirmaron que no siempre hubo Derecho ni Estado...”¹

Esto lo cito para sentar la base del capítulo, para determinar si entre los pueblos prehispánicos existían normas que pudieran ser llamadas normas jurídicas o no, y si dentro de ellas existen otras que puedan identificarse como antecedente del derecho del tanto. Pero lo más importante si existía una sociedad como tal plenamente desarrollada en la cual se pudieran aplicar las normas jurídicas antes señaladas y un poder político que las pudiera aplicar y que tuvieran plena vigencia.

De lo anterior podemos decir que existen diversas formas de explicar el surgimiento del poder político, del derecho y de la sociedad, y que sin menospreciar ninguna de las anteriores (ya que todas y cada una de ellas son válidas) tendremos que partir de una que a mi juicio es la más válida y resolverá el problema anteriormente planteado y es la que sustenta Fernando Vázquez de Menchaca y en la cual se dice que son tres los estados por los que pasa la sociedad y el derecho antes de estar claramente delimitados uno del otro, y son los siguientes:

1.GARCÍA GALLO Alfonso, Manual de Historia Del Derecho Español; Editorial Ageda. 6a Edición; Madrid,

A) La primera es una **etapa prejurídica** (la llamaré de este modo para distinguirla de las siguientes etapas) y la cual la define de la siguiente manera: " la primera al comienzo del mundo, cuando no había príncipes ni magistrados o jueces, ni leyes escritas" en la cual por lo tanto no existe un poder público desde la perspectiva moderna como aquél que detenta el poder por voluntad del pueblo, sino que estaríamos hablando de que los dirigentes son los elegidos por dios y esto los legitima en el ejercicio del poder y esto correspondería a la etapa de la humanidad en la que esta se organizaba en forma de tribus o clanes.

El orden jurídico como regulador de la vida en sociedad dependía de la voluntad del líder de la tribu y él dictaba las normas que regirían a la comunidad y al mismo tiempo detentaba las funciones jurisdiccionales siendo él, el que resolvía las controversias que se suscitaban en la comunidad misma. Por lo que se refiere a la escritura esta aún no se configura y las experiencias o la forma en que se resolvían los conflictos era de manera oral.

B) La segunda es una **etapa cuasi-jurídica,**" en la que comenzaron ya ha existir príncipes, pero sin que hubiera aún leyes escritas". Desde la perspectiva de este autor estaríamos hablando de la época anterior, en derecho romano a las doce tablas donde la autoridad recae en el rex, quien era el jefe militar, político y

religioso y era elegido por los dioses según presagios, en donde él constituye el poder político, el rey es el que juzga los casos que le son sometidos a su autoridad.

C)"La tercera en la que aparecieron las leyes escritas y también usos y costumbres peculiares de las regiones". Aquí también tendremos que hacer mención de una época histórica del derecho romano y es la de las Doce Tabas. Si recordamos el párrafo anterior el derecho se transmitía vía oral, se tenía que ir a pedir la fórmula para poder ejercer el derecho que uno alegaba, pero con la llegada de Cneo Flavio empieza ya la transmisión por escrito de las normas jurídicas y la auctoritas y la potestas de las personas los convierte en jueces claramente diferenciados del príncipe y por fin el orden jurídico se plasma por escrito (la escritura como medio de transmisión de la ciencia jurídica) y a esta etapa la podremos llamar como **etapa jurídica**, en la cual el derecho ya es regulador del orden social y lo que nos interesa para la presente tesis es el que por fin esas normas de conducta se escriben y se transmiten a futuras generaciones. Si bien ya dijimos que la ciencia jurídica ya encontró su medio de expresión que es la escritura, que pasa con el poder político o autoridad, esto ahora va a depender del juez o pretor, y su creación la realizan los juristas. A través de sus opiniones.

Lo anterior servirá, a esta tesis que trata acerca del derecho del tanto, para poder apreciar el valor histórico y cultural de la ciencia del derecho y en particular del derecho del tanto y para fundamentar el por que en la cultura azteca (que es la que más nos interesa por ser una de las culturas de las que somos producto) no podemos llegar a decir que exista primero la ciencia del derecho y una autoridad en el sentido que nos interesa. Partiendo de las teorías antes señalas y como fundamento la realizada por Vázquez de Menchaca, tenemos la posibilidad de afirmar que la cultura azteca ya era una sociedad, y por qué, por que existía una jerarquía política, social y cultural, pero que tan desarrollada lo era, es lo que debemos analizar, ya que de eso dependerá su grado de desarrollo juridico que nos interesa, según Vázquez de Menchaca, la cultura azteca estaría en la segunda etapa que yo he llamado cuasi-jurídica, por qué, y es debido a que si bien ya existe un príncipe o rey o tlatoani quien va ha ser el rector de las vidas de la sociedad y, además la sociedad ya esta claramente jerarquizada, con un príncipe o tlatoani, un nivel de sacerdotes, otro de guerreros y otro de orfebres, agricultores etc., hace que afirmemos de una sociedad del tipo de la de Roma anterior a las Doce Tablas; pero carece de la escritura como medio de expresión de las normas jurídicas, no existe aún el medio (la escritura) para poder distinguir las normas jurídicas de la no jurídicas, estas aún se confunden, y esto es debido a que la escritura no ha aparecido para ser el medio diferenciador, no podemos distinguir las normas de reconocimiento de las normas que resuelven los conflictos, y si bien ya existen los códigos como medio de transmisión de la cultura.

Todo lo anterior nos sirve para determinar que en la cultura azteca, si bien existen normas jurídicas, no se pueden asimilar estas a la actual cultura jurídica, ya que sería desproporcionado y fuera de todo contexto tratar de aplicar normas y criterios actuales al derecho azteca, y por lo tanto no existe ningún antecedente del derecho del tanto y no sólo de este sino de ningún derecho en general, en su concepción actual.

Por esto, para el estudio de la institución que nos ocupa tenemos que seguir una línea de investigación orientada y siguiendo los antecedentes españoles, ya que somos herederos de esa cultura jurídica y por los largos tres siglos de su influencia, tenemos una basta y gran fuente de conocimientos que analizar (aunque como más adelante veremos tratamos de romperla a toda costa por la gran ciencia jurídica de mediados del Siglo XIX de México), no sin antes tratar de encontrar otros antecedentes que aunque nada tienen que ver con nuestra cultura jurídica, pero si con los conceptos de derecho, nos ayudarán a comprender el por que de esta institución, por otro lado y para finalizar, podemos pensar por que sólo nos basamos en la azteca y no en otras que existieron en lo que ahora es México, y es de elemental lógica y es que si la cultura azteca era la de mayor desarrollo y esta desde el punto de vista jurídico (que es el que nos interesa) era de escaso de desarrollo, las demás culturas estaban en un atraso

igual o mayor que el azteca y fueron aún más fácilmente absorbidas es lógico que sigan el mismo final que la azteca, su extinción jurídica.

DERECHO HEBREO

I.- Antecedentes del derecho del tanto.

Para entender los orígenes de la institución del derecho del tanto tenemos necesariamente, que analizar las culturas de la antigüedad para determinar si existen antecedentes de la institución (ya que como más adelante veremos la institución en sí aparece hasta la elaboración de las Siete Partidas donde ya se empieza a regular aunque, no tan claramente, ni tan diferenciada de la acción de retracto), no antecedentes próximos ya que al derecho hebreo, se le puede hacer la misma crítica, que se le formuló al derecho azteca, que si bien son normas jurídicas, no pueden ser juzgadas según criterios actuales.

Antes de cualquier cosa debemos entender o tratar de hacerlo la idiosincrasia del pueblo judío, si analizamos el antiguo testamento, ya que en el se da una alianza entre un pueblo "el elegido" y Dios, y que por lo tanto será un pueblo protegido por Dios y esto es lo que le da un carácter divino a este pueblo y que por lo tanto tendrá un estirpe especial.

Por lo tanto hay que entender el contexto histórico, social y cultural en que vivía el pueblo hebreo y entender el por que de la regulación de su propiedad. El pueblo desde su origen tiene un pacto especial que es con su Dios (Yahvé) y por virtud del cual el pueblo judío es el pueblo elegido por Dios, pero el pueblo carece de un territorio en el cual establecerse y Dios guía a Moisés para otorgarles la tierra prometida, y por lo tanto la tierra les es proporcionada Dios les otorga la tierra y por tanto el pueblo judío vivirá agradecido, y la tierra tendrá un carácter especial y el cual esta contenido en el libro Levítico y señala lo siguiente:

" ... Cuando ustedes hayan entrado en la tierra que les voy a dar, la tierra deberá tener reposo en honor del Señor..." levítico capítulo 25 versículo 2²

"La tierra no debe venderse a perpetuidad: La tierra es mía, y ustedes sólo están de paso por ella como huéspedes míos..." (levítico capítulo 25 versículo 23)³

Por lo que toca al primer párrafo esta claro, que en la concepción de propiedad en el pueblo judío, no es una propiedad absoluta sobre los bienes, sino que se simples comodatarios de ésta, ya que sólo Dios la presta a estos para que la cultiven y aprovechen. Y por lo que toca al segunda párrafo, también esta claro que, la propiedad de la tierra prometida es dada a las familias y se remarca el carácter divino de la propiedad.

Si la propiedad es dada por Dios, y Dios sólo se la otorga a determinadas personas (israelitas), que sucede en el caso de una enajenación hecha por esta persona, se resuelve de la siguiente manera"

"...Y santificaras el quincuagésimo, y anunciaras remisión para todos los moradores de tu tierra, pues éste es el año del jubileo. Cada uno recobrará su posesión y cada cual se restituirá a su antigua familia..."

"... El año cincuenta lo declararan ustedes año santo: será un año de liberación... Todo hombre volverá al seno de su familia y a la posesión de sus tierras..." levítico capítulo 25 versículo 8⁴

De lo anterior podemos desprender que, independientemente que la propiedad tiene un carácter eminentemente divino, ya que es dada por Dios, la transmisión que de ella esta sujeta a una término resolutive, en virtud de la cual la enajenación era completamente valida y surtía todos sus efectos legales en el momento que esta se realizaba la misma, pero estaba sujeta al término que era la llegada del jubileo, en el cual toda las enajenaciones realizadas llegaban a su término y la propiedad se revertía a sus antiguos moradores, y por lo tanto la transmisión de la propiedad tiene un carácter lícito, aunque temporal. Pero ¿qué es lo que se enajena?, si como ya vimos las familias judías son las que gozan de

² Biblia de Jerusalén; Editorial GRAFO S.A ; 1a Edición; España ,1975, p. 139

³ Ibidem p.139.

⁴ Ibidem p.139.

esa propiedad y a la llegada del jubileo - del término - se revertirá la propiedad de sus bienes, y por lo tanto lo que se podía enajenar era el usufructo y de un modo temporal.

No podemos equiparar la institución del derecho del tanto, como tal, con la figura de derecho hebreo, pero es un antecedente importante del derecho del tanto o del derecho de preferencia por el tanto, ya que esto será determinado más adelante en el presente estudio. Pero en que nos basamos para asegurar que es un antecedente de esta institución, en la siguiente cita:

"... esto es lo que poseyeron los hijos de Israel en la tierra Chanaán, según la repartición que hicieron el sacerdote Eleazar y Josué hijo de Num y los principales de las familias en cada una de las tribus de Israel..." Josué cap. XIV versículo 1 y 5

"...Por lo tanto, para cualquier terreno que ustedes tengan en propiedad, deben conceder a los dueños anteriores el derecho de volver a comprarlo..." levítico capítulo 25 versículo 24.

Como todo ordenamiento la Biblia debe de ser, estudiada y comprendida de una manera armónica en la cual se busque encontrar, las relaciones que guardan los diferentes conceptos, así tenemos los libros de Josué y Levítico, conceptos que podrían parecer confusos, pero hay que tratar de interpretarlos para encontrar el

sentido, si la tierra es dada por Dios al pueblo de Israel, y por lo tanto estos tienen "la propiedad", pero si Dios les da la tierra a todos, se puede pensar en una "propiedad" de carácter especial, pero no ya que La Biblia más adelante nos resuelve este conflicto al señalar, que la tierra es dividida por los sacerdotes entre las diferentes tribus o clanes y esta ahora tendrá un carácter individual y es a través de la repartición de que fue objeto la tierra dada por Dios.

Ahora esta tierra es repartida, entre las diversas tribus que forman el pueblo de Israel, y así cada familia adquiere "la propiedad", y será transmitida por el padre a sus hijos, y se conservará el orden dado desde la repartición de las tierras, y estos como ya vimos podrán vender a quien deseen, y esta se revertirá al momento de la llegada del año cincuenta. Aquí no se nos presenta problema alguno, ya que si entendemos el sistema hebreo, es claro que la transmisión tiene un carácter temporal y como ya vimos esa enajenación es lícita pero sujeta a una término que es la llegada del quincuagésimo año donde se revierte la propiedad.

El problema se presenta si el que vende, quiere volver a readquirir el bien que ya ha vendido, ya que tendrá derecho a hacerlo, como se señala en el Levítico, y por lo tanto sería ilógico pensar que, en el derecho hebreo se regula la enajenación de los bienes, (aunque con un carácter temporal y limitado, a la llegada de un término - jubileo-) y que de un modo arbitrario, los dueños anteriores, reivindicarán la propiedad que han transmitido, para readquirirla cuando ellos quisieran, de este modo la transmisión de la propiedad, sería

cuando ellos quisieran, de este modo la transmisión de la propiedad, sería insegura, y nadie se hubiera arriesgado a adquirir algún bien, como podría interpretarse de la primera cita, pero por el contrario, yo creo que haciendo una interpretación armónica, del contexto en el que se da, podemos concluir que si existe una seguridad en la transmisión de la propiedad y que para que los dueños anteriores pudieran llegar a adquirir de nuevo, se requiere que exista una intención de transmitir la propiedad, y que en caso de existir ésta, los primeros que tienen derecho a adquirir, son los antiguos dueños, lo que si no señala es si se les tiene que notificar o si la venta no se puede realizar, pero lo que si queda claro es que tienen una **preferencia** a adquirir de nuevo el bien, en caso de una intención de enajenar.

Sería distinto si los dueños anteriores no quisieran adquirir, ya que la venta sería totalmente valida, y solo se revertiría hasta la llegada del jubileo, ahora sino pudieran adquirir por no tener la capacidad para adquirir, estaríamos en los supuestos de la segunda cita en virtud del cual, una pariente podría exhibir el precio y revertir la propiedad para su pariente que ha caído en desgracia.

Y así se cierra el círculo ya que " la propiedad" siempre permanecerá consolidada en una sola familia, y sólo podrá ser transmitida de padres a hijos.

Como derecho del tanto, no esta regulado, ya que como ya veremos, es una institución que aparece propiamente regulada en el derecho antiguo español,

pero si es un antecedente claro ya que quien es **preferido** para readquirir" la propiedad", es el antiguo propietario, y como ya veremos lo que busca el derecho del tanto es consolidar la propiedad en una sola persona, aquí también se consolida ya sea por la llegada del término (jubileo) o por la intención del propietario de readquirir el bien.

Ahora podríamos cuestionar o dudar que esto fuera un antecedente de la institución del derecho del tanto, ya que para que este se de tiene que existir un derecho en común y que una parte propietaria de la cosa en común deseara enajenar, y que otra (parte de ese todo) sea preferida en la venta antes que el extraño, para así poder consolidar la propiedad, ya que éste es el fin de la mencionada institución. Y parecería que en este texto no señala expresamente la institución del derecho del tanto, y claro que no le señala y que por lo tanto no podemos hablar de un derecho del tanto, sino más bien de un **derecho de preferencia** a adquirir antes que otra persona el bien pero eso si so existiera una intención de enajenar como ya antes se resolvió, pero lo que si podemos afirmar es que es un antecedente de la institución, ya que es la primera vez que se le da a una persona un **derecho de preferencia**, para adquirir un bien, pero hay que interpretar, y por lo tanto sería ilógico tratar de equipararla a la institución que hoy conocemos y a ser regulada como lo es hoy o como lo fue en España en un principio, ya que este **derecho de preferencia** es una institución primitiva y que responde a las necesidades de una sociedad primitiva (La sociedad hebrea), y me baso, en las siguientes citas:

"... Por lo tanto, para cualquier terreno que ustedes tengan en propiedad, deben conceder a los dueños anteriores el derecho de volver a comprarlo..." levítico capítulo 25 versículo 24.

II.- Antecedentes de la acción de retracto.

Una institución que esta totalmente ligada al derecho del tanto, es la acción de retracto, y al estar en el derecho antiguo íntimamente ligada al derecho del tanto no podemos dejar de mencionarla y que también esta regulada en el Levítico en la siguiente cita:

"... Si uno de tus compatriotas se queda en la ruina y te vende alguno de sus terrenos, su pariente más cercano podrá venir a rescatar lo que su pariente ha vendido..." levítico capítulo 25 versículo 25.

De un modo general podemos (ya que posteriormente la estudiaremos) decir que la acción de retracto, se ejercita una vez que a un tercero extraño se le ha vendido antes, que a él que tenía derecho al tanto por ella, y aquí de un modo más o menos claro podemos ver el nacimiento de la mencionada, por que más o menos claro, y es en virtud de que al igual que el derecho de preferencia que sirve de precedente al derecho del tanto y que este respondía a las necesidades de una sociedad primitiva la regulación que se da aquí a la acción de retracto es igual

de primitiva ya que sólo se podía ejercitar en un sólo caso que era el realizar una enajenación en estado de ruina y fuera de este caso, y por lo tanto la enajenación no debía propiamente de recaer sobre algún pariente, ni tampoco existía la obligación de avisarle en caso de venta, ya que si no esta en estado de ruina la podría realizar sin ningún problema la enajenación y ésta sería valida y con las características antes señaladas.

No tratemos de encontrar la palabra retracto, sino que se emplea la palabra rescate, para identificar este derecho de revertir la propiedad, con las criticas ya antes señaladas. Y por lo tanto debemos concluir que para el ejercicio de esta acción de retracto, se requiere del estado de ruina y que es en virtud de haber caído en éste estado ruinoso que vende, y por lo tanto, un pariente tendría derecho pedir al que se le vendió la reversión de la propiedad, dando en lo que se enajenó en bien y en ningún otro caso se puede dar este derecho y que también que el titular de este derecho es únicamente el pariente.

Para concluir este capítulo no podemos dejar de hacer mención, del *perjuicio ocasionado por el ejercicio de esta acción en el patrimonio del comprador*, por la reversión de la propiedad a manos del pariente, y por lo tanto al ser un sistema primitivo, no alcanza regular, conceptos como el daño o perjuicio y en consecuencia, el comprador únicamente tiene derecho a que se le devuelva la cantidad que este pago para adquirir la propiedad y no se le da una determinada cantidad por el lucro cesante.

DERECHO ROMANO.

Ya hemos estudiado, por una parte en el llamado derecho prehispánico (donde es claro que no existe una institución, por que no esta configurado un derecho como el que ahora conocemos y por lo tanto no se puede hablar de la institución como hoy la conocemos) y el derecho hebreo (donde claramente se encuentra un antecedente de un derecho de preferencia), ahora siguiendo un orden cronológico, toca el turno al derecho romano.

Tenemos que recordar que al empezar a expandirse el pueblo romano y por lo tanto con el contacto con culturas de oriente, empieza un procedimiento de asimilación de dichas culturas.

Trataremos de encontrar un antecedente de la mencionada institución y para esto analizaremos algunas figuras que podrían parecer antecedentes; para esto analizaremos primero a la copropiedad (hay que señalar que en Roma los jurisconsultos no definían a las instituciones, sino que todo era a través de casos) y esta se entendía como:

“La copropiedad o condominio se produce por la concurrencia de varios propietarios sobre una misma cosa..”⁵

Así el derecho romano reconocía la dificultad que producía la copropiedad y tan es así que permite su fácil división a través de dos acciones divisorias la actio communi dividundo y la actio familiae erciscundae, ahora tenemos que preguntarnos que pasa, si alguno de los copropietarios transmite la parte alicuota que le corresponde del bien, y si existe alguna sanción y si en este caso sería la nulidad, y para esto tenemos que analizar la época en que se regulaba la institución y así en la época arcaica la respuesta esta en que para realizar actos de disposición era libre el copropietario y el límite era el ius prohibendi o también llamado veto entre los copropietario, posteriormente, ya no es libre cada copropietario sino que para los actos de disposición es necesaria la voluntad de todos los copropietarios para poder disponer del bien.

Y por lo tanto en la copropiedad no encontramos un antecedente del derecho del tanto o de la acción de retracto.

Ahora analizaremos otro contrato y que es la compraventa de donde podríamos llegar a encontrar otro antecedente del derecho del tanto y al igual que en la copropiedad no existe una definición, y Alvaro D'Ors nos dice lo siguiente:

⁵ D'ORS Alvaro, Derecho Privado Romano; Editorial EUNSA; 5a, edición; Pamplona; España; 1986; p. 240.

“... La compraventa (emptio venditio)... consiste en el convenio de cambiar una cosa (merx) que se entrega al comprador (emptor) por una cantidad de dinero (pretium) que se pagará al vendedor (venditor)...”⁶

En algunas modalidades de esta institución es donde se ha querido ver un antecedente, pero es falso y para lo cual las mencionaré y haré una crítica; la primera Alvaro D’Ors, la explica de la siguiente manera:

“...Cuando la subasta podía durar varios días, la adjudicación al mejor postor era provisional en tanto no se llegaba al día final de la subasta (in diem addictio)...”⁷.

Primera crítica no existe una compraventa ya que no está perfeccionado el contrato, en el Digesto 18,2 se señala que tiene efectos de condición suspensiva y con Juliano se acerca a un pacto resolutorio, lo importante de señalar es la inexistencia de la compraventa y que si llega a existir es al final de subasta a diferencia del derecho del tanto donde ya existió una enajenación (una compraventa perfecta) y después una enajenación posterior por parte del comprador y donde es preferente para adquirir el primer vendedor.

Otra figura es el pacto de retroventa (“pactum de retroemendo”) y que consistía en:

⁶ Ibidem p 541

“...También puede el vendedor reservarse el derecho de recuperar la cosa vendida devolviendo el precio que cobro...”⁸.

Aquí se presta para otra confusión ya que en cualquier momento el vendedor puede recuperar el bien y en el derecho del tanto se requiere de una enajenación por parte del comprador para poder ejercer el derecho antes que cualquier otro.

Ya hemos analizado la copropiedad (derecho real) y la compraventa (contrato) y no existe un antecedente, pero si existe en la enfitéusis, que Alvaro D'ors la explica de la siguiente manera:

“...El enfitéuta adquiere un derecho dominical, del que puede disponer tanto intervivos como mortis causa, conservándose siempre la obligación de pagar el canon (**salvo canone**)...”⁹

⁷ Ibidem p. 543.

⁸ Ibidem p. 543

⁹ Ibidem p. 557.

Antes tenemos que analizar, en que consiste la enfitéusis; hay que decir que en principio es en derecho real, que deriva de un arrendamiento a perpetuidad, por lo tanto el enfitéuta puede usar, disfrutar y disponer del bien que es sobre un predio rústico, y lo que puede transmitir es el derecho de enfitéusis. —

Al ya saber lo que es la enfitéusis, señalaré los deberes del enfitéuta y para esto me basaré en el maestro Juan Iglesias:

"... pagar el canon anual; no deteriorar el fundo; soportar las cargas o tributos que graven sobre este; notificar al propietario su propósito de enajenar el *ius emphyteuticum*, para que haga uso, si quiere, del derecho de preferencia -- *ius praelationis* -- frente a cualquier tercero adquirente. el incumplimiento de tales deberes- en orden de pago, si se trata de la falta de abono durante tres años- faculta al propietario para despojar al enfitéuta de su derecho.

Cuando el propietario no usa el derecho de preferencia, en caso de enajenación del *ius emphyteuticum*, percibe el dos por 100 del precio pagado por el nuevo enfitéuta. Si la transferencia es a título gratuito, el montante de esta especie de tributo, llamado por lo juristas medievales *laudemium* - de *laudare*, aprobar- se cifra en el valor de la enfitéusis..."¹⁰

¹⁰ IGLESIAS Juan; Derecho Romano (Instituciones de Derecho Privado) Ed. Ariel S.A.; 4a. edición, Barcelona; 1989 p. 366 y 367.

Por fin en el derecho romano encontramos un antecedente del derecho del tanto, y es lógico, ya que es un derecho mucho más complejo que los anteriores, que responde a las necesidades de una sociedad más evolucionada.

La preferencia para adquirir antes de cualquier tercero ajeno a la relación (lo que nos demuestra que el derecho siempre a estado preocupado para romper con la comunidad) y la sanción para el caso de incumplimiento, es el derecho de despojar al enfitéuta por parte del propietario de su derecho a enajenar.

Se empiezan a sentar las bases para, la constitución del derecho del tanto, aunque no reúne todos los elementos de nuestro actual derecho del tanto ya empieza a configurarse como tal, y con el paso el tiempo llegará a ser el derecho del tanto.

DERECHO ESPAÑOL

Ya en el punto I.I. de la presente tesis sentamos las bases del por que, tenemos que referirnos a los ordenamientos españoles por ser, nuestro país heredero directo de la cultura jurídica hispana, los ordenamientos que se analizarán, serán en primer lugar las Siete Partidas, obra de Alfonso X, (cuyas características se fijarán al hablar y tratar el tema), posteriormente se analizarán

las Leyes de Toro, por ser la recopilación posterior de importancia para el tema después de las Siete Partidas, así del mismo modo se analizarán y la Novísima Recopilación y por última el proyecto de ley de García Goyena.

Al igual que el análisis del derecho prehispánico y del derecho hebreo, y romano, el derecho español será materia de análisis de la presente para que está tenga un sustento doctrinal que permita dar sentido y fin, a la institución del Derecho del Tanto.

SIETE PARTIDAS

Son un obra de carácter doctrinal elaborada en el siglo XII, por Alfonso X, y que es la obra que por primera vez trata de una manera concreta la institución del tanto, no tan desarrollada pero nos sirve de base para el análisis de la institución, por ser la primera vez donde se regula, como tal.

Como ya hemos hecho referencia en los puntos anteriores, la institución del derecho del tanto, surge propiamente como tal y es reconocida de este modo en la Partida V, Título V, ley 55.

Lo importante de esta cita (en la mencionada partida) es que la institución ya aparece reconocida en un ordenamiento jurídico, y de la importancia de las

Siete Partidas, importante tanto para el derecho español como para el mundo jurídico posterior, y en la cual se determinan los elementos esenciales de la institución (que ya después serán analizados con mayor claridad y precisión al analizar el Derecho Positivo Mexicano).

Y para su análisis y mejor comprensión se transcribirá la mencionada partida:

"...Dos omnes ó mas, habiendo alguna cosa comunalmente de so uno, decimos que cualquier de ellos puede vender la su parte, manguer la cosa non sea partida. E puédela vender a cualquier de los que han en ella parte ó á otro extraño. Pero si alguno de los que han parte en la cosa, quisiesen dar tanto por ella como el extraño. E la vendida del extraño se debe entender que puede ser fecha, ante que sean entrados en pleito de la parte. Casi el pleito fuere ya comenzado el juicio para partirla, entonce non la podría vender al extraño fasta que fuese partida, fueras ende con otorgamiento de los otros compañeros..."¹¹

La cita mencionada nos señala de un modo claro los elementos de la institución, en la mencionada partida y son:

¹¹ SIETE PARTIDAS; España Leyes decretos; Los Códigos Españoles Concordados y Anotados; Editorial La Publicidad; Madrid.

1) Que exista copropiedad del bien" alguna cosa comunalmente de so uno, decimos que cualquier de ellos..." es básico y fundamental para el surgimiento de la institución que exista la figura de la copropiedad.

2) Que exista una intención de enajenar a un tercero extraño, pero hay que destacar la necesidad que sea a un tercero extraño a la relación de propiedad que existe; cabe hacer un crítica personal al maestro José Arce y Cervantes el cual señala en su obra "De los Bienes" que la cita al hablar de "... a cualquier de los que han en ella parte..." señala al extraño incluyendo en este concepto a los otros copropietarios a los que se les quisiera enajenar y así se resolvería el problema que más adelante se señala ya que al equipararlo a un tercero extraño, con que ofreciera lo que el tercero extraño ofrece "el tanto" se le tendría que enajenar a éste, pero la crítica se basa en que enseguida la partida señala "... en ella parte ó á otro extraño..." distinguiendo claramente al tercero extraño y a otro de los condueños o a otro de los miembros de la relación jurídica al que se le quiera enajenar, y se reafirma esto al mencionar la cita "Pero si alguno de los que han parte en la cosa, quisiesen dar tanto por ella como el extraño."

3) Ahora tampoco menciona la cita si el derecho debe de recaer sobre bienes muebles o inmuebles, por lo tanto debe concluirse que se da sobre cualquier tipo de bien en el cual exista una relación de propiedad entre varias personas,

4) Lo que tampoco se menciona es que si es a otro miembro de la relación es al que se le quiere enajenar, y existieran varios copropietarios; si se tendría que atender al porcentaje de propiedad de cada miembro ya sea otorgándolo al de mayor porcentaje o al que el enajenante quisiera, o si se tuviera que decidir a través de juicio o que se le enajenará al que él deseara, ya sea que hubiera sido al primero en ofrecer "el tanto" o a quien más ofreciera, etcétera;

5) También señala y hay que mencionar es que si el condueño quiere ejercer el **derecho del tanto** tendrá que ofrecer lo que el extraño esta ofreciendo *para poder ser preferido antes que a éste*.

6) Lo que también olvida la menciona la ley es la forma de resolver este conflicto (lo que más adelante se analizará), ya que hay que recordar que lo que el derecho busca en la consolidación de la propiedad en un sólo sujeto, para evitar lo conflictos que produce la propiedad en común de un mismo bien. Esto demuestra claramente la imperfección de la regulación de la institución, y es lógico debido a que es la primera vez que se regula.

Por otro lado lo que también la cita señala y es de suma importancia para el presente estudio, es que ya distingue dos instituciones totalmente diferentes como lo son "el derecho del tanto" al mencionar que "Pero si alguno de los que han parte en la cosa, quisiesen dar tanto por ella como el extraño. E la vendita del

extraño se debe entender que puede ser fecha, ante que sean entrados en pleito de la parte...” y por tanto este se ejerce antes de la venta y lo distingue de la acción de retracto que esta se da una vez que ha sido hecha la enajenación y no ha sido respetado el derecho del tanto de uno de los condueños, la falta de técnica jurídica llevará a producir una confusión de ambas instituciones al grado de llegar a equipararlas, siendo que tiene distinta naturaleza.

En la copropiedad no es la única institución de derecho español antiguo en la cual se regula el derecho del tanto, sino que también existe este derecho para el censo enfiteúatico, para esto sólo recordaremos cual es el concepto de enfiteúaticis y así el código civil de España en el artículo 1, 605 la define de la siguiente manera:” ... Es enfiteúatico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteúata una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio...”

LEYES DE TORO

Las Siete Partidas no son el único ordenamiento jurídico de la antigüedad que regulaba el derecho del tanto, también estaba regulado en Las Leyes de Toro, pero tenemos que recordar, lo que eran las Leyes de Toro, para poder entender así el por que lo regula.

Después de las Siete Partidas, se creó un sin número de ordenamientos y de interpretaciones a los ordenamientos que crearon inseguridad jurídica y por lo tanto en 1805, se ordena una recopilación oficial, y que daría a conocer o determinaría el marco jurídico aplicable y así de esta forma nacen las leyes de Toro, para dar seguridad jurídica, y en su orden de prelación (las Leyes de Toro) establecen que lo primero que se va a aplicar para la resolución de un conflicto será las mismas Leyes de Toro y si esto no resolviera, se tendría que acudir al orden de prelación del Ordenamiento de Alcalá que es donde esta contenidas las Siete Partidas. Ya que conocemos y relacionamos a ambos ordenamientos jurídicos, estudiaremos a las leyes de Toro.

Lo recogía en dos leyes la 74 y la 75, empezaremos por analizar la ley 75, la cual establecía lo siguiente:

"...Si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene en común con otro, en caso que según la Ley de la Partida pudiere el comunero sacar por el tanto, sea obligado el que la quiere sacar, á, consignar el precio é término é con las diligencias é solemnidades y de la manera que la pudiera sacar el pariente mas pronpigo, quando fuera de su patrimonio y abolengo; de suerte que lo contenido en la dicha ley del fuero y ordenamiento de Nieva, y en estas nuestras leyes haya

lugar, y se platique en caso que el comunero quisiere sacar la cosa vendida por él tanto¹²

Nos volvemos a encontrar con los mismos problemas de las Siete Partidas en tanto, que la regulación sigue siendo muy limitada e insuficiente, y que por lo tanto trae inseguridad jurídica a las relaciones, ya que lo único que establece la ley es que el obligado a dar el tanto debe consignar el precio en el cual este quiere enajenar y en el plazo que se esta dando para adquirir la cosa y con las diligencias y solemnidades que fueran necesarias para el negocio jurídico que se fuera a realizar, pero olvida mencionar si existe sanción por el incumplimiento, si al que se le va a vender condueño y este tiene un porcentaje menor que otro que se interesaría por la cosa objeto de la venta y que es condueño que sucedería en caso de que ambos quisieran adquirir esto no lo regula.

Para confirmar la opinión antes señalada se presenta la siguiente cita:

"... de acuerdo con esta ley, el retracto establecido por la misma debía considerarse limitado al caso de comunidad de bienes inmuebles y que no hacia diferencia entre el condueño que tiene más o que tiene menos parte de la cosa..."¹³

¹² NOVISIMA RECOPIACIÓN; Los Códigos Españoles concordados y anotados; Libro X; Título XII, ley VIII; Editorial La Publicidad; Madrid 1850 p. 350

¹³ DICCIONARIO DE DERECHO ESPAÑOL

Queda claro que la ley 75 se esta regulando el derecho del tanto, ya que se tienen que cumplir ciertos requisitos para enajenar, claro que la regulación sigue siendo limitada como ya se pudo apreciar y por lo tanto al no dejarlo claro se presta a confusiones y a la inseguridad jurídica.

En la ley 74, se regula el retracto, que para el presente estudio del derecho del tanto nos servirá para posteriormente distinguirla del derecho del tanto y que a continuación se cita:

" Quando concurren en sacar la cosa vendida por el tanto el pariente mas propinquo con el señor directo dominio, ó con el superficiario, ó con el que tiene parte ella, por que era comun, preferase en el dicho retracto el señor del directo dominio, y el superficiario, y el que tiene parte de ella al pariente mas propinquo..."¹⁴ .

Pero lo que si tenemos que saber es que ya esta regulada la institución y que un ordenamiento tan importante como lo son las Leyes de Toro lo recoge, (importante desde el punto de vista tanto jurídico como histórico) para seguir siendo una institución de enorme importancia social y jurídica.

NOVISIMA RECOPIACIÓN

¹⁴ NOVISIMA RECOPIACIÓN; Los Códigos Españoles conncordados y anotados; Libro X; Título XII; ley VIII; Editorial La Publicidad; Madrid 1850

Al igual que los dos antecedentes legislativos (Las Siete Partidas y las Leyes de Toro) es una recopilación de los anteriores antecedentes, por ejemplo la ley de Toro 74 y 75 están comprendidos en el título XIII en las leyes VIII y IX respectivamente.

En la Novísima Recopilación están contenidas las disposiciones referentes al derecho del Tanto y de la acción del retracto en el Libro X, título XIII, existen diversas disposiciones relacionadas a las instituciones antes señaladas, desde las que hacen referencia al derecho del tanto en la venta de bienes de una heredad hasta las que hacen mención del derecho del tanto para comprar seda, pero únicamente señalaré aquellas que sean de mayor utilidad para nuestro estudio.

La primera ley que tomaremos en cuenta será la Ley I, que señala lo siguiente:

"Ley I.- Modo de retraer la heredad vendida de patrimonio, ó abolengo.

Todo hombre que heredad de patrimonio ó abolengo quisiere vender, y alguno de aquel abolengo la quisiere comprar tanto por tanto, háyala el que antes que otro alguno: si dos y si dos ó mas la quisieren, si son en igual grado de parentes, pártanlo entre si; y si no fueren en igual grado, háyala el mas propinquo: mas^o si antes que la heredad fuere vendida, no viniere el mas propinquo á la retraer, y después que fuere vendida, hasta nueve días viniere, si diere el precio porque es

vendida la heredad, háyala; y si el pariente mas propinquo no la quisiere demanda, otro pariente no la pueda demandar: y si el mas propinquo no fuere en el lugar, puédala demandar otro de su linaje: mas si la quisiere por otra heredad trocar, no le pueda ningún pariente contradecir: y aquel pariente que quiere la heredad que es á otro vendida, dé el precio que costo, y jure que la quier para sí, y que no lo hace por otro engaño.¹⁵

Los elementos del derecho del tanto poco a poco se empiezan a diferenciar, así en la ley anteriormente citada, ya encontramos elementos de suma importancia para el estudio de la presente institución: en primer lugar señala el derecho que tiene algún pariente próximo a reclamar la adquisición de una propiedad antes de que cualquier otra persona lo pueda hacer, en segundo lugar y relacionado con el punto anterior señala la manera de resolver el conflicto que se suscita entre personas que tienen el mismo grado de preferencia para adquirir y lo resuelve al decir que si son del mismo grado adquirirán en partes iguales y si es de grado distinto lo adquirirá el del grado más cercano; un tercer punto de importancia es el relacionado al plazo que se otorga es de nueve días para ejercitar el derecho para adquirir antes de cualquier otra persona, además de señalar que tiene que exhibir el precio de la cosa que se esta adquiriendo o mejor dicho que se pretende adquirir; ahora el no ejercicio del derecho por parte del

¹⁵ Ibidem p. 348.

pariente más cercano para adquirir la propiedad, hace imposible el ejercicio de este derecho por parte de otro pariente, lo cual en principio podría llegar a ser injusto para el pariente al que se le está negando el derecho, y si partimos de que la función de esta institución es la consolidar la propiedad y no dispersarla es todavía más injusto, pero yo creo que el espíritu de esta ley no es el caso para parientes cercanos ya que la misma ley nos resuelve el problema en líneas anteriores al señalar la manera en que se soluciona el conflicto en caso de que parientes cercanos concurren a ejercitar el derecho y en caso de que uno de estos no lo quisiera ejercitar es lógico que el otro lo haga valer; desde mi punto de vista se refiere al caso de ser parientes lejanos y en este caso daría lo mismo que lo ejercitará este o cualquier otro extraño, y lo anterior lo confirmamos con las líneas siguientes al señalar que si el pariente que tiene derecho no es del lugar puede ejercitarlo para sí cualquier otra persona (pariente) del lugar del conflicto.

La ley siguiente trata de aclarar algunos puntos de la ley anteriormente citada y de ahí el encabezado de la misma ley, y que únicamente transcribiré en los puntos que sea necesario para terminar de aclarar la ley anterior:

"Ley II.- Declaración de lo dispuesto en la ley precedente ... por ende declaramos, y ordenamos y mandamos, que los nueve días contenidos en la dicha ley del fuero, para que el mas propinquo saque la heredad vendida, que fué de su patrimonio ó abolengo, corran los menores de veinte y cinco años, quier sea en edad pupilar o adulta, y eso mismo contra los ausentes; y que los unos ni los otros

no se puedan ayudar de su menor de edad, ni de la ausencia; y que haya lugar contra ellos la precripción de los dichos nueve días y que no les sea otorgado sobre esto restitución, ni rescisión del tiempo, salvo que á la letra se guarde la dicha ley del fuero contra los unos y los otros...¹⁶

La anterior cita confirma el plazo de nueve días señalado en la ley anterior y que es improrrogable el término para hacer valer el derecho de que es titular.

La siguiente ley que nos interesa es la tercera que dice:

"LEY III.- El retracto haya lugar en los bienes heredados y no en los adquiridos por el vendedor en contrato entre vivos... las heredades que venden sus parientes ó sus padres, no las habiendo heredado los vendedores de su linaje, ni de sus parientes, sino las habiendolas comprado, ó habido por troque, ó por donacion ó en otra manera: por ende mandamos que no se puedan poner ni seguir los tales pleytos, ni hayan lugar de se pedir, ni sacar tanto por tanto los bienes que así fueron vendidos; salvo cuando los tales bienes fueron vendidos por personas, que los heredados de su abolenço ó de su patrimonio, y los vendiesen los que los así hubiesen heredado; y los que por tales razones los quisieran demandar, que los demanden desde el día que la vendida fuere fecha hasta nueve días."¹⁷

¹⁶ Ibidem p. 349.

¹⁷ Ibidem p. 349.

Esta disposición claramente trata de preservar el patrimonio de abolengo en tanto, que no se pueden vender los bienes que se hubieren heredado, al señalar que: "salvo cuando los tales bienes fueron vendidos por personas, que los heredados de su abolengo ó de su patrimonio, y los vendiesen los que los ansi hubiesen heredado; y los que por tales razones los quisieran demandar, que los demanden desde el día que la vendida fuere fecha hasta nueve dias." y también se vuelve a señalar el plazo de nueve días para el ejercicio del mencionado derecho y se podrán llegar a vender siempre y cuando se renuncie al derecho del tanto ya sea por no ejercitarlo o renunciarlo expresamente, pero lo que no se prohíbe es realizar actos jurídicos (la venta) de bienes que no fueron heredados, y si adquiridos por acto jurídico distinto, como lo puede ser la donación, permuta etc. ya que aquí el patrimonio abolengo no se ve afectado.

La siguiente ley que citaremos es de suma importancia ya que señala el orden en que se va a ejercitar el mencionado derecho, ya sea que no lo pueda ejercitar o no lo quiera llegar a ejercitar, y que es del tenor siguiente:

"LEY VII.- Derecho del pariente inmediato á retraer la cosa vendida, quando el mas propinquo no quiera sacarla... Quando el pariente mas propinquo no quisiere, ó no pudiere sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinquo siguiente en grado la pueda sacar, y así vayan de grado en grado por todos los parientes dentro del quarto grado, con tanto que sea dentro de los dichos nueve

días, y con las otras diligencias contenidas en la dicha ley del Fuero y ordenamiento.¹⁸

Esta disposición no es una innovación de la Novísima Recopilación sino que esta contenida en la Ley de Toro número 73. El patrimonio de abolengo y el patrimonio adquirido recientemente se ven protegidos, se puede llegar a objetar esta observación, poniendo como explicación la ley anterior, pero si la ley no distingue entre algún tipo de patrimonio como lo hace la ley anterior, por tanto podemos concluir que para ejercitar el derecho basta con que lo ejercite cualquiera y para cualquier clase de bien, con las excepciones que la misma ley señale.

Las demás disposiciones relativas al derecho del tanto señaladas en la Novísima Recopilación, ya no serán objeto del presente trabajo, ya que a mi juicio son de menor importancia o ya han sido analizadas en el punto anterior (Leyes de Toro 74 y 75) o que son una serie de casos concretos y que si tratáramos de analizar todos y cada uno de ellos nos llevaría mucho tiempo y creo que con las leyes ya citadas esta comprendido el material suficiente para sentar las bases históricas y jurídicas, que servirán para nuestro estudio.

PROYECTO GARCÍA GOYENA

¹⁸ *Ibidem* p. 350.

Este proyecto sirvió de base para la elaboración de la codificación en nuestro derecho; la legislación mexicana del siglo pasado se ve claramente influida por el primer gran proyecto de codificación español, ya que nos encontraremos con las ideas vertidas en el mencionado proyecto en los códigos mexicanos, bástenos señalar una pequeña síntesis de la obra y de su proceso de creación y los artículos tomados de esta codificación y que nos sirvieron de base en materia del derecho del tanto.

Para poder entender el por que de la presente obra tenemos que entender el contexto histórico en el cual se esta desarrollando, en primer lugar tenemos que analizar que existe una gran dispersión de normas y de recopilaciones de derecho entre las cuales se encuentran las obras antes citadas (Siete Partidas, Leyes de Toro y Novísima Recopilación) y una gran cantidad de literatura jurídica, entre la que se encuentran las opiniones de juristas por ejemplo, ya casi un siglo de emisión de normas sin sistema nos lleva lógicamente a tal dispersión y por lo tanto es lógico que traiga una gran inseguridad en la vida jurídica de una nación.

El pensamiento político es otro punto de gran importancia para la vida social y que también a cambiado, las grandes transformaciones políticas en Europa y América, el más claro ejemplo la Revolución Francesa trae consigo un cambio en las ideas y en las estructuras sociales v. gr. la ilustración y la división de poderes son claro ejemplo de este fenómeno; y en América lo que nos interesa, la independencia de nuestro país, de la que más adelante haremos un

comentario, bástenos señalar que es sólo un claro ejemplo de lo que esta pasando en Europa, todo esto ha llevado a romper con el Antiguo Régimen encabezado y ejemplificado por las diversas monarquías para dar lugar al nuevo símbolo de esta revolución que es la República; y en el aspecto jurídico un claro rompimiento con las instituciones del Antiguo Régimen, por considerarlas asistemáticas y atécnicas y lo principal por no ir con los nuevos modelos de la cultura jurídica como fue el francés y para concretarlo en la codificación Napoleónica.

Con estos antecedentes podemos llegar a afirmar que realmente los nuevos juristas están formados bajo estas características sociales, políticas y jurídicas, y que es totalmente distinta a la de la tradición jurídica que hasta ahora habíamos analizado y lleva por lo tanto a una nueva forma de entender la ciencia jurídica.

Ahora realizaremos una breve síntesis de como se encargo el proyecto y del por que no se logro:

"Los trabajos de la codificación civil de España no toman aspecto política y científicamente serio hasta la creación de la Comisión general de Código, por Real Decreto de 19 de agosto de 1843. Los ensayos anteriores eran, en verdad, inmaduros y personales. Es a partir de la mencionada fecha cuando una comisión de 17 juristas - G. G. entre ellos -, bajo la presencia de don Manuel Cortina, se

divide en secciones una de las cuales redacta los libros primero, segundo y parte del tercero de un proyecto de Código Civil...La paternidad de proyecto de Código Civil corresponde solo a cuatro de los miembros de esta comisión a saber, García Goyena, Claudio Antón de Luzuriaga, Bravo Murillo y Sánchez Puig. Tan reducido grupo supone una aportación personal considerable de cada uno de los presentes, o bien, como es prácticamente seguro, que fuera García Goyena quien llevará la voz cantante y lo verdaderamente arduo del trabajo, quedando para Luzuriaga las cuestiones hipotecarias y actuando de coriferos y árbitros Bravo Murillo y Sánchez Puig.

A los cuatro años y medio del proyecto estaba acabado y fue mandado publicar...Emplea como guía al código francés. Lo imita, con notable fidelidad, en su sistema y orden de materias (los cambios más notables pueden ser, ya el desplazamiento de la disciplina de la donación o del registro civil, siquiera dentro del mismo libro; ya la anteposición de las obligaciones convencionales a las extracontractuales. Pero sobre todo le sigue en una transcripción literal o casi literal de un buen número de preceptos, y en la clara inspiración de muchos otros que representan, en la mente de la comisión, una mejora sobre el original extranjero...Pero el texto de 1851 no es una recopilación del Derecho Vigente, aun cuando recoja buena parte de los institutos históricos castellano, debidamente adobados con especia extranjera, a veces oportuna y otras no. Su falta de inspiración nacional, y - cuando la tiene su exclusivismo castellanista, constituyen

sus dos defectos esenciales que lo mantuvieron siempre afortunadamente nonato en la legislación.¹⁹

Como podemos observar, la anterior cita reafirma lo dicho en el sentido de tener una clara influencia francesa (al querer realizar códigos para diversas materias como lo son la civil, procesal y penal) que lo lleva romper con gran cantidad de sus antecedentes jurídicos (hispanos), como lo son el uso de la costumbre como fuente viva del derecho para dejarla de lado, así como dejar sin valor las opiniones emitidas por la autoritas de los juristas para poner a la ley como máximo exponente del derecho. Podría llegar a parecer contradictorio que en España, no se tomará en cuenta tanta tradición jurídica existente, pero tenemos que recordar que estos nuevos juristas ya están formados bajo los ideas de la revolución francesa y en particular en España de las Cortes de Cádiz de 1812.

Al ser la primera gran obra recopiladora del mundo jurídico hispano tuvo que ser tomada en cuenta en todos los países que pertenecieron en alguno momento a la corona española, y al ser nuestro país parte de ello no pudo librar tal influencia y por que además eran las ideas más avanzadas en el mundo jurídico. Bueno dije que no me iba desviar y ya lo hice, ahora sólo tocaremos los puntos que toma el proyecto y que son recogidos por nuestra legislación.

¹⁹ GARCÍA GOYENA; D. Florencio; Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español; reimpresión de la edición de Madrid 1852; Universidad de Zaragoza. (preliminar del prof. Lacruz Berdejo) Zaragoza 1974.p. IV yV.

ART.- 1450 El retracto legal es el derecho que tiene alguno por la ley de subrogarse en lugar del que adquiere una cosa por compra ó dación en pago, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato" ²⁰

Esto no es más que el pacto de retroventa, que ya ha sido prohibido por las legislaciones modernas.

"ART.- El co-propietario de una cosa común que no puede dividirse cómodamente ó sin menoscabo, puede usar el retracto, en el caso de venderse á un extraño la parte de alguno ó de todos los demás condueños.

En el caso que dos ó mas co-propietarios quieran usar el retracto, sólo podrán hacerlo á prorrata de la porción que tengan en la cosa común."²¹

Es claro que esto fue tomado de la partida V, título V, ley 55 de las Siete Partidas, y de sus sucesivas recopilaciones, al hablar anteriormente de que rompe con la tradición jurídica, no queremos decir que no se pueda tomar puntos de importancia como el que hemos citado.

Y por último el artículo 1452 regula el plazo de los nueve días para el ejercicio del mencionado derecho. El artículo 1563 fracción séptima nos habla del

derecho del tanto en la enfitéusis y el artículo 916 nos habla del derecho en materia de sucesiones.

El proyecto de García Goyena, aún no distingue entre derecho del tanto y retracto (instituciones claramente diferentes que serán analizadas posteriormente) al igual que las obras anteriormente citadas no lo hacen, lo que puede hablar de que el proyecto lo que en principio buscó ser sólo una recopilación de las leyes anteriores, lo que no les resta mérito al ser la primer gran obra recopiladora del mundo hispano y que trajo consigo un sistema y una técnica jurídica nueva y mayor seguridad jurídica a la sociedad.

²⁰ IBIDEM p. 767.

DERECHO FRANCÉS

CODIFICACIÓN FRANCESA

Siguiendo un orden lógico, tenemos que hacer mención del derecho francés en virtud de que dicho derecho, influyó la vida jurídica de Europa y de América y será la primer obra codificadora del derecho y servirá como base para la codificación realizada en México en 1870.

Para poder entender la codificación francesa, se tiene que analizar el contexto histórico en el que se da, ya que las condiciones sociales políticas y económicas en Europa han cambiado, el antiguo régimen dio paso a la República Francesa, y con ella la idea codificadora al derecho moderno, de esta manera con Napoleón se cumple esta idea de codificar y regular y se expresa de la siguiente manera:

“El movimiento por la codificación en Francia, y principalmente y de modo más señalado, dentro de él, el proceso codificador del derecho civil, surgen con la Revolución, siguen el curso y las vicisitudes de ésta, y culminan y se logran a su

²¹ IBIDEM p. 767

término. Con razón, pues, ha podido decir Geny, "que el Código Civil, sobre todo y desde su nacimiento, ha aparecido como una de las obras capitales de la Revolución...

...la Asamblea constituyente declaró, por decreto de 5 de julio de 1790, que" las leyes civiles se revisarán y se reformarán por los legisladores, y se hará un Código General de leyes simples, claras y apropiadas a la Constitución", idea que, con expresión más concreta, se repite en el artículo 19 de la Ley de 16 de agosto siguiente sobre organización judicial, de donde la toma literalmente la disposición que se encuentra en el título primero de la Constitución del 3-14 de septiembre de 1791:" se hará un Código de leyes civiles comunes a todo el reino... la insistencia de Cambacérés en conservar el Derecho romano como fuente subsidiaria haría dudar hasta el último momento acerca del logro de la codificación los tribunos... se opusieron elocuente y vivamente a los tres primeros título del proyecto de Código, por considerar que hacían retroceder, el espíritu de la legislación civil, al del antiguo régimen"...

Restablecido el orden, Bonaparte hizo que se re-emprendiera la discusión del Código, tomando la precaución de que, antes de remitir los respectivos proyectos de ley al cuerpo Legislativo, el Consejo de Estado comunicara oficiosamente cada título a la correspondiente Sección del Tribunado, para que, puestos de acuerdo estos dos organismos, no surgieran inconvenientes." De esta manera, la comunicación oficial se convertiría en pura fórmula", pero se aseguró la sucesiva

aprobación de treinta y seis leyes particulares, de todo el proyecto, que a continuación fue unificado en un sólo cuerpo legal por la célebre ley de 30 de ventoso del año XII, o sea, 21 de marzo de 1804...²²

De la anterior cita se puede llegar a afirmar que la idea codificadora del siglo XIX, llevaba un tabula rasa, así la ley sería la máxima expresión de la revolución, romper con el pasado, con todo lo que tuviera que ver con el antiguo régimen y si se considera la gran cantidad de sistemas locales que existían en Francia antes de la llegada de la revolución, que llevaban implícitos privilegios para las regiones, contrarios a la idea de unificación de la codificación y del Imperio, se entiende la necesidad de terminar con ellos, por otra parte si bien estos sistemas locales, si bien respondían a las necesidades de la región, podían llegar a ser rebasados por el derecho romano de ahí la necesidad también de evitar su aparición, y como contrarrestarlo dando a la ley, la máxima expresión del derecho y restándole autoridad a la expresión de los juristas, como fuente viva del derecho.

Aún así el derecho francés nos presenta varios tipos de retractos (persiste la confusión entre derecho del tanto y la acción de retracto), que nos pueden servir para tener un análisis más amplio y profundo del derecho del tanto.

²² PORTALIS, Jean-Etienne-Marie; “Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés”, Tr. por Manuel de Rivacoba y Rivacoba; Editorial Edeval; Valparaíso: Chile; 1978; pp. 7, 12 y 13.

Para efectos del presente estudio, es necesario señalar que existían tres tipos de retractos, (no hay que hacer mucho caso a la mención de retracto ya que después distinguiremos si es retracto o derecho del tanto el que se está mencionando), el primero Señorial o Feudal, el segundo el Convencional y el tercero el Gentilicio o de Consanguíneo.

Analicemos el primer tipo que es el Señorial o Feudal y que el Lic. Martín Bernardo Rodríguez Fernández, define de la siguiente manera:

“...es aquel que le asistía al Señor Feudal, sobre un feudo movédizo que lo dio a su siervo, y este lo vende, opera entonces el mencionado retracto señorial, recuperando dicho feudo e incorporándolo al feudo dominante, con la obligación de restituir el precio al comprador y los gastos que hubiere hecho por dicha compra.”²³

Al igual que en los anteriores puntos, las instituciones del tanto y del retracto no están definidas y se llegan a confundir. Ya en el mismo concepto se confunde el derecho a ser preferido (derecho del tanto) y a la acción de retracto.

²³ RODRIGUEZ HERNANDEZ, Martín Bernardo, “El Derecho del Tanto”; Universidad Panamericana; Tesis, México D F ; 1989, p 17

Para poder entender este tipo de retracto tenemos que entender la sociedad de la época, donde el pacto feudovasallático impera. Este derecho de retracto tiene ciertos requisitos como es el tener que pertenecer al reino de Castilla, así también el clero por el sólo este hecho (de forma una congregación especial) gozaba de este derecho, y a su vez el señor feudal también gozaba del mismo y por obvias razones el Rey.

Tenemos que hacer una distinción, y es que al señor feudal lógicamente y en virtud del pacto feudo-vasallático puede retraer a sus siervos de las propiedades que se encuentren en su feudo y así este (el señor feudal) puede ser retraído por el rey; pero al rey, no le puede retraer nadie, ya que el poder del rey es absoluto.

Por otra parte existen ciertos tipos de contratos que dan origen al retracto y se ejercitaban en forma especial, y en palabras de Pothier son:

“Los contratos que daban origen al retracto eran la venta, la dación en pago, las donaciones remunerativas y las onerosas y el arrendamiento a renta redimible...El plazo para ejercitar el retracto variaba según las costumbres, concediéndose un plazo de veinte a sesenta 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 fe

y homenaje, la acción del señor prescribía en treinta años... El retrayente gozaba de un plazo de cuarenta días para pagar el precio.”²⁴

Otro tipo de retracto es el Retracto Gentilicio o de Consanguinidad: que” 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 las obras de Pothier, se hace un análisis amplio acerca de este tipo de retracto y para lo cual citaré lo siguiente:

“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 sobre una finca estaban comprendidos bajo la palabra” heredad” ... Este derecho recaía sobre bienes raíces, no sobre muebles...Los contratos que daban origen al retracto eran los de compraventa y los actos equivalentes a la misma, así como aquellos en que predomina la naturaleza de dicho contrato...Se consideraba 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

²⁴ Pothier citado por RODRIGUEZ HERNANDEZ; Martín Bernardo; p. 19.

de una por cosas muebles; c) la insolutundación que consistía en que el deudor diera al acreedor una heredad, en pago de cierta cantidad de dinero o de otras cosas muebles que debiera; d) la donaciones remuneratorias u onerosas; y e) el arrendamiento a renta redimible.

No se equiparaba a la compraventa y por consiguiente no estaban sujetos a retracto: a) permuta de una finca por otro inmueble; b) el arrendamiento a renta irredimible; c) la aportación que se hiciere de una finca a una sociedad; d) la donaciones puras y simples; e) la transacción por virtud de la cual una de las partes que se disputaba la propiedad de una finca, la dejaba a la otra parte mediante una cierta cantidad; y f) la licitación entre copropietarios cuando una finca correspondía en común y en virtud de un título también común, a dos propietarios de diferente familia, y por virtud de la licitación uno de ellos se volvía propietario de la totalidad.²⁵

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

²⁵ Pothier citado por RODRIGUEZ HERNANDEZ, Martin Bernardo; p. 19.

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.”²⁶

Desde mi punto de vista, este es un derecho de preferencia, para adquirir el bien, ya que tal como se expone, no goza de las características de un derecho del tanto o de un derecho de preferencia por el tanto.

Tenemos que recordar la diversidad jurídica que impera en lo que actualmente es Francia, y que toda esta diversidad con Napoleón se trata de consolidar, así en el Código de Napoleón, se recoge en parte, la enseñanza del derecho francés antiguo (recordando que es en Francia con la Revolución francesa y con las ideas de la ilustración donde se crea el concepto de tabula rasa, que es romper con el antiguo régimen, tan buscado en el mencionado siglo.), así se reconocen tres clases de retractos:

“Los redactores del Código sólo conservaron tres de los retractos conocidos en por el antiguo derecho francés: el retracto litigioso, el de coherederos y el de comuneros...

Artículo 841. Toda persona, incluso pariente del difunto, que no sea sucesible y a la cual hubiere cedido un coheredero su derecho a la sucesión,

²⁶ Pothier citado por RODRIGUEZ HERNANDEZ; Martín Bernardo; p. 20.

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

Artículo 1408. ... En el caso que el marido llegare por si solo y en nombre personal, a ser adquirente o adjudicatario de una parte o de la totalidad de un inmueble perteneciente pro-indiviso a la mujer, ésta, al disolver la comunidad, tiene la elección de abandonar el efecto de la comunidad, la cual se convertirá entonces en deudora para con la mujer de la parte perteneciente a ésta en el precio, o retraer el inmueble, reembolsándole a la comunidad el precio de la adquisición.

Art. 1699. Aquel contra el cual se haya cedido un derecho litigioso puede hacer que el cesionario le de recibo reembolsándole el precio real de la cesión con los gastos del 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 1702. La disposición incluida en el artículo 1699 son:

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.

3. Cuando haya sido hecha al poseedor de la herencia sujeta al derecho litigioso.²⁷

CÓDIGO CIVIL DE 1870

Antes de empezar a tratar y analizar las disposiciones de Código Civil de 1870, tenemos que hacer, una serie de consideraciones de carácter histórico para poder entender el por que de las siguientes disposiciones.

México logra su independencia de España, en el año de 1821, pero es más bien una independencia política más no jurídica ya que hasta esta fecha, sigue siendo fuente del derecho la legislación española vigente durante la época en que fuimos la Nueva España, y así las Siete Partidas, las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación siguieron siendo usadas en nuestra legislación.

²⁷ RODRIGUEZ HERNANDEZ; Martín Bernardo; op. cit. p. 25 y 26.

Las ideas de la codificación llegan tarde a nuestro país, ya que el Código de Napoleón ya tiene casi setenta años y en nuestro país, es cuando se realiza el primer gran código. El proyecto de ley de García Goyena del que ya hemos hablado, sirve de base para la creación de nuestro código, y con él llega la idea de un sistema, que regulará la vida jurídica del país.

Y en cierto punto ya era necesaria una codificación ya que la realidad del siglo diecinueve ya era mucho más compleja que la de los siglos anteriores y por lo tanto ya tendía a ser superada y así se señala en la siguiente cita:

“Nuestra legislación es la de España, que si bien en alguna época pudo considerarse más adelantada que la de otras naciones de Europa, con el curso de los siglos, son el cambio de dinastías y con el malestar que hace tanto tiempo aceja a la nación, ha venido a tal estado de confusión y desorden, que los más ilustrados jurisconsultos españoles se admiran, y con razón, de cómo ha podido administrarse la justicia bajo el imperio de leyes inadecuadas ya unas, contradictorias otras casi todas torpemente complicadas...apenas contendrá el proyecto uno u otro artículo exclusivo de la comisión; por que su principio fue innovar lo menos posible; aun en este caso prefiero casi siempre á su propio

juicio, el formado sobre la materia por los expertos jurisconsultos a quienes se deben las obras referidas.²⁸

El código civil o mejor dicho en la exposición de motivos del mismo señala, que existía un desorden y confusión, y es lógico que lo haga, por que es el pensamiento de una persona decimonónica y que por lo tanto quiere cortar con todo lo que sea parte del antiguo régimen, y por lo tanto ve lo negativo del siglo pasado, que es una gran dispersión jurídica, contraria la codificación del siglo pasado.

Entrando al análisis de la mencionada institución, encontramos el derecho del tanto regulado en el artículo 2973 del Código Civil del 1870, que a la letra dice:

"2973: Los copropietarios de cosa indivisible no pueden vender á extraños su parte respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del tanto"²⁹

Como podemos observar en el mencionado artículo claramente se menciona la institución del derecho del tanto, y se hace una prohibición al enajenante ya que si el titular del derecho del tanto lo ejercita no podrá enajenar,

²⁸ C"DIGO CIVIL DE 1870, Exposición de Motivos

²⁹ CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA DE 1870. IMPRENTA DIRIGIDA POR JOSE BATIZA.

pero tampoco señala si esta obligado a vender o si se subrogara en los derechos del comprador.

Analizando en artículo en cuestión podemos señalar lo siguiente: uno se encuentra contenida en el título Décimo Octavo. De la compraventa, Capítulo III pero parece existir una contradicción en la misma exposición al señalar que se busca innovar lo menos posible. Pero el código empieza innovando de una manera importante y sabiendo el retracto gentilicio y así se señala en la siguiente cita:

"Abolido ya por el no uso el retracto gentilicio, pues han dejado de existir las razones políticas por las que se introdujo, solo se ha reglamentado el convencional cuyos inconvenientes se ha procurado disminuir...

Es lógica la abolición, ya que las transformaciones que ha sufrido la sociedad han llevado a buscar más seguridad jurídica.

En efecto, el artículo 3035 del Código Civil, el cual denota una clara influencia directa de artículo 1659 del Código Napoleónico, trata de hacer menos odioso el retracto que no se atrevió a desterrar y que tuvo que dejar subsistente en su parte contractual y así limita la voluntad de los contratantes, obligándolos a fijar un plazo de duración del pacto de retroventa, el cual, de acuerdo con el artículo 3037, no puede exceder de cinco años. Por otra parte con este precepto,

se resuelve la duda acerca de si el retracto tenía lugar tanto en los muebles como en los inmuebles, al restringir el campo de acción del retracto a los bienes raíces. Fuera del retracto anterior, parece que no se deja vestigio alguno de la variedad hasta entonces conocida, y de ahí que se pueda sostener que en la legislación civil de 1870 se marca muy claramente la etapa de decadencia del retracto. En cambio, se puede apreciar que en su lugar es ocupado por el derecho del tanto, el cual resurge como el sustituto que la evolución jurídica, requería.³⁰

La confusión entre el derecho del tanto y la acción de retracto es obvia en el anterior código civil ya que trata de ver como sustituto al derecho del tanto de la acción de retracto cuando son complementos el uno del otro; pero sí bien es cierto que se logra una seguridad jurídica al tratar de regular la institución aunque todavía con inexactitudes, que se empezarán a solucionar en el código civil de 1884.

“El derecho del tanto aparece dentro de varias instituciones y figuras jurídicas que pueden agruparse de la siguiente manera: a) aquellas en las cuales existe un derecho de propiedad que corresponde proindiviso a varios y titulares; y b) aquellas que son resultado de la división de facultades inminentes al derecho de propiedad, entre dos o más sujetos; en donde un desmembramiento del derecho de propiedad.

³⁰ Moya Palecia Op. Cit. p.

Al igual que la legislación española, el código civil de 1870 parte del supuesto de que el derecho del tanto no requiere de la definición de su concepto y se limita a esparcir, en varias instituciones, diversas reglas por las cuales se establece el derecho tal derecho. Estos es, dicta una serie de disposiciones relativas a figuras jurídicas diversas, dentro de las cuales queda establecido el derecho del tanto para casos en particular y deja a la interpretación jurídica la tarea de entresacar dicho concepto de tal conjunto de disposiciones, de las que se puede decir que, a pesar de que carecen de un orden y sistematización en torno a la idea del derecho del tanto, como fuera de desearse, no por ello dejan de formar un todo unitario en lo que se contienen preceptos supletorios y complementarios, además de las disposiciones que pueden considerarse propiamente excepcionales.

Esto se ve apoyado por el texto mismo de código civil de que se trata y, sobre todo, en la exposición de motivos que dice lo siguiente: "inclinóse alguna vez la comisión a establecer una serie de medios supletorios, proviniendo: que a falta de ley expresara un caso, se aplicara a la que hubiere dictado otro semejante"³¹

Esto rompe desde mi punto de vista con la razón de ser de un código y más aun del siglo pasado ya que la labor codificado y sistematizadora es evidente en todas las legislaciones del siglo pasado, ya que no es suficiente que este recogido

³¹ Moya Palecia Op. Cit. p.

todo en un código si no que se necesita un orden que permita evitar la confusiones propias de una materia que se presenta a problemas.

Por otro lado en este análisis se puede encontrar el origen del derecho del tanto que es evitar ese estado de división de derechos para consolidar la propiedad en una sola persona.

“En el caso del derecho del tanto establecido en favor del usufructuario y de los contratantes dichas personas gozan del derecho, de acuerdo con los artículos 2472 y 2473. En el derecho del tanto en favor de copropietarios y, coherederos y socios por acciones existe, además, un conjunto de disposiciones que norman todo lo relativo al ejercicio del derecho y sus efectos: el artículo 2430 dispone que el derecho del tanto puede ser ejercitado conjunta o separadamente; el 2973, que los copropietarios no pueden vender a extraños su parte, si el copartícipe quiere hacer uso del derecho del tanto, esto es, establece la nulidad del contrato celebrado sin oportunidad para el ejercicio del derecho del tanto y, por último, el artículo 4106 dispone que el heredero o legatario que quisiere enajenar su porción deberá instruir a los demás de las condiciones que haya pactado.

El artículo 2341 aclara que los socios, en la sociedad por acciones, para el evento de que sean varios los que quisieren hacer uso del derecho del tanto, pueden ejercitarlo en la proporción que representan y establece un plazo para su

ejercicio, que debe considerarse especial para el caso, y que viene a ser de quince días desde la fecha del aviso.

El artículo 2974, por su parte, señala el camino a seguir en caso de contravención del derecho del tanto, en que "podrá el copropietario preferido pedir la rescisión del contrato; pero solamente dentro de seis meses contados desde la celebración de la venta", conviene aclarar que el término utilizado por el legislador debió haber sido el de nulidad, en vez de rescisión, puesto que el artículo que precede, al disponer que no podía enajenarse sin preferir al titular del derecho tanto coloca al contrato en la categoría de acto contrario al tenor de leyes prohibitivas, por lo que resulta nulo, y consecuentemente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1770 del mismo ordenamiento, no podía darse la rescisión, ya que faltaba el supuesto de que la obligación fuera válida. Sin embargo, se puede sostener que se trata de caso de excepción previsto por el artículo 7 del código civil en cuestión. Es decir, el artículo 2973 constituye una norma de carácter prohibitivo cuyo incumplimiento trae consigo la nulidad del acto; empero por disposición, expresa de la ley, dicha nulidades sólo causal de rescisión.

El artículo 4107 establece un plazo de carácter excepcional para el ejercicio del derecho del tanto entre coherederos, que se limita a tres días y confirma la obligación, a cargo del titular del derecho, de cumplir con las condiciones dispuestas al comprador. Por último, el artículo 4108 aclara que no da lugar el

derecho del tanto cuando la enajenación se hace a un coheredero ni cuando se hace a un extraño por donación

Con esto hemos terminado un breve análisis en el código de 1870, en el cual podemos observar que el derecho del tanto cobra fuerza frente al retracto y ya se empieza a distinguir claramente el uno del otro, ya que en las anteriores legislaciones, el derecho del tanto y la acción de retracto, se entendían como sinónimos, siendo instituciones que claramente podemos diferenciar.

... Gozan del derecho del tanto el usufructuario, los contratantes en la aparcería de ganado, los copropietarios, los coherederos y los accionistas en la sociedad por acciones; 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 preferido a un extraño; en general, el plazo para el ejercicio del derecho del tanto es de nueve días; cuando existen varios titulares, el derecho del tanto se puede ejercitar por todos y cada uno de ellos, en las posiciones que les correspondan; quien ejercite el derecho del tanto, debe cumplir con las condiciones impuestas al comprador, no tienen lugar el derecho del tanto cuando la enajenación se hace en favor de quien es titular del derecho del tanto sobre la misma cosa que va a ser objeto de la enajenación, ni en los casos de donación; la contravención del derecho del tanto importa la nulidad del contrato, excepción hecha del que se da entre copropietarios, pues, en tal caso, la ley señala que sólo es causal de rescisión ; y el plazo para demandar la rescisión del contrato, en el

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

Del análisis del código civil y de la lectura del mismo podemos desprender que la legislación actual ha sufrido pocas variaciones en materia del derecho del tanto, pero en relación con la acción de retracto si ha sufrido reformas desproporcionadas al grado de ya no tener fundamento en el código civil actual, siendo como bien cita el autor instituciones claramente diferentes.

CÓDIGO CIVIL

DE 1884

Ahora analizaré y me apoyare en el mismo autor que me sirvió de base para el análisis del código civil de 1870. Menciona en su obra:

“Este ordenamiento sigue el criterio del que le precedió, en lo relativo a la tolerancia del derecho del retracto y las limitaciones tratadas en este capítulo. En efecto, los artículos 2091 y siguientes de este código, los cuales son una reproducción de los artículos 3035 y siguientes de la legislación anterior, mantienen el status quo del retracto convencional.

Por su parte, el derecho del tanto adquiere en el nuevo código civil, un perfeccionamiento y auge cada vez mayor, determinando, quizá, por la necesidad de hacerlo sustituto eficaz del retracto.

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

En el derecho del tanto en la copropiedad, se advierte una innovación motivada posiblemente por las experiencias que demostraban la frecuente violación o la comisión de actos en fraude del derecho, y así el artículo 2843, después de mantener subsistentes los principios contenidos en el artículo 2973 de la legislación anterior, deroga el 2974, al agregar al texto anterior lo siguiente:

“a este efecto, el copropietario que enajene, notificará a los demás por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días 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.”³²

En primer lugar mi crítica al análisis realizado es que si bien el derecho del tanto se perfecciona, no se debe confundir con la acción de retracto que si será

el medio procesal adecuado para poder hacer valer el derecho del tanto, pero no la sanción para el incumplimiento del derecho del tanto. Por otro lado como podemos observar el código civil de 1928 mantiene en idénticos términos la regulación contenida en el código civil de 1884.

“Es fácilmente apreciable el adelanto contenido en esta disposición, pues establece un requisito de forma que servirá de elemento de prueba para el caso de suscitares alguna controversia, además de que se corrobora expresamente que el plazo para el ejercicio del derecho está dentro de la categoría fatal.”³³

Como podemos observar el código civil contiene en este punto normas preventivas que permiten solucionar problemas procesales, ya se tiene que realizar la notificación por notario o judicialmente, como un medio de prueba eficaz.

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

32 Moya Palecia Op. Cit p.

33 Moya Palecia Op. Cit p

derecho del tanto en la enajenación de la vía pública, pues señaló que su contravención era causa de rescisión.³⁴

Es correcta esta crítica realizada al código civil de 1870 ya que, no es posible exigir la rescisión de contrato en el que yo soy parte, pero sí puede exigirse la nulidad del acto para que se tenga que realizar conforme a la ley y poder adquirir el bien. Además el código civil de 1928 en este punto mantiene el error cometido desde el código civil de 1870 al seguir otorgando la rescisión del contrato y no la nulidad del mismo.

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

Esta reforma, considero que no constituye una derogación de la regla general y prueba de ello es que el artículo 3804 claramente se refiere a todos coherederos como titulares del derecho e inclusive, al referirse a su ejercicio, pues dice que los coherederos serán preferidos si usan el derecho, sin que haya distinción como en el caso de la copropiedad.

³⁴ Moya Palecia Op. Cit. p.

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

Con respecto al usufructo, estimamos que la ley, al conceder el derecho del tanto al usufructuario, se ha referido a una o varias personas colocadas en la situación de titulares del derecho de disfrutar un bien ajeno y al concederles el derecho del tanto, lo ha hecho en atención a la situación que guardan frente al que tiene derecho sobre la nuda propiedad, de donde debe concluirse que el establecimiento del derecho del tanto obedece o persigue la finalidad, en este caso, de fundir las dos situaciones (nuda propiedad y usufructo) en una sola, esto es, volver la propiedad a su estado natural y de ahí que sería incongruente que de haber varios usufructuarios, solo uno de ellos sea el que se convierta, parcialmente, en propietario y que siga prevaleciendo la misma situación irregular, al subsistir el usufructo respecto de los demás.

En el caso de aparcería de ganados, la ley prevé que este contrato se da entre un copropietario y un mediero, es decir hay dos partes en el contrato sin que se dé un contrato multilateral; ahora bien, puede darse el caso de que haya varios copropietarios, pero aún así, estos solamente constituyen una parte, sin que se modifique la naturaleza del contrato, sin que exista distinción individual de persona; o bien puede suceder que sean varios los medieros, y entonces lo que

sucede es que éstos forman conjuntamente una sola parte. El derecho del tanto en este caso se da a favor de la contra-parte en la aparcería de ganados y debe concluirse que, si dicha parte esta formada por varios individuos, a estos les corresponde el derecho del tanto por igual, dado que la ley prevé un beneficio en favor de los contratantes.

En suma consideramos que la reforma del artículo 2844 es excepcional y aplicable sólo al derecho del tanto en favor de los copropietarios y, respecto de los demás titulares del derecho, se mantienen vigentes los principios de la mancomunidad de los titulares en el ejercicio del derecho...³⁵

Como podemos observar del análisis realizado el código civil de 1928, mantiene intacta la regulación contenida en el código civil de 1884, salvedad realizada del caso de la sociedad por acciones y de la aparcería ya que en el actual código se concede tanto en la aparcería agrícola como en la ganadera.

³⁵ Moya Palecia Op. Cit. p.

TEORIAS DE LOS DERECHOS REALES

1. Teorías de los derechos reales.
2. Sistema de los "numerus clausus" y "numerus apertus".
3. ¿El derecho del tanto es un derecho real?
4. El Derecho del Tanto como una limitación o restricción o modalidad a la propiedad.

1. Teorías de los derechos reales.

En esta parte del capítulo sentaré las bases para determinar la naturaleza del derecho del tanto, esto es, si es un derecho real o un derecho personal, ya que la doctrina contiene puntos encontrados acerca de la naturaleza del derecho del tanto, para esto tengo que analizar lo que para la doctrina primeramente se entiende por derecho real.

Se analizarán las teorías clásica, personalista, ecléctica, etcétera, que exponen lo que es un derecho real, estableciendo sus elementos y características.

a) Teoría Clásica: "El derecho real es relación entre persona y cosa y el derecho personal es relación entre persona y persona. (Giorgi Tomo I, número tres) Hay derecho real cuando una cosa se encuentra sometida completa o

parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata oponible a cualquier otra persona. (Aubry et Rau, T II, párrafo 172, Colin et Capitant, T. 1, número 88) En este concepto el criterio diferencial entre las dos categorías de derechos patrimoniales es suministrado por lo inmediato de la relación en que se encuentra el sujeto del derecho con el objeto mismo. Esta relación inmediata se encuentra en el derecho real, mientras que en la obligación el deudor funge de intermediario entre el titular del derecho y el objeto (Polacco, t. 1, número 5.) En otros términos, en el derecho real no se encuentran sino dos elementos, una persona, sujeto activo de derecho, y una cosa objeto de derecho. No hay intermediario entre el titular del derecho y la cosa que es su objeto. (Baudry-Lacantinière, Précis, t. 1 número 1228.) En el derecho personal hay tres elementos, sujeto activo, sujeto pasivo, y objeto del derecho (Baudry-Lacantinière, Précis, t. 1 número 1229) El código de 1884 acepta la teoría clásica cuando dice: "obligación real es la que afecta a la cosa y obra contra cualquier poseedor de esta" (artículo 1327). En el código de 1928 no se establece expresamente criterio alguno." ³⁶ "El derecho real supone una relación inmediata entre la persona y la cosa (o lo que es igual, una potestad directa sobre la cosa, que no necesita de intermediario alguno)" ³⁷ "La definición clásica comete el error de suprimir al sujeto pasivo y limitarse a los otros términos, al declarar que el derecho real es

³⁶ BORJA SORIANO Manuel; Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa; 15 a. Edición; México: 1997, p. 76.

³⁷ CASTAN TOBEÑAS; José, Derecho Civil Español; Común y Foral; Editorial REUS S.A., 10a. ed., Tomo Segundo, Vol. Primero, Madrid, 1971.

solamente la relación entre sujeto activo y el objeto de un derecho la cosa poseída”³⁸.

Es bueno hacer las observaciones pertinentes y las críticas necesarias entre las cuales se encuentran las siguientes: que entre una persona (sujeto de derechos y obligaciones) y una cosa (objeto de derechos y obligaciones) no puede existir relación jurídica alguna, ya que las relaciones jurídicas únicamente se pueden dar entre los sujetos de derecho y que al contrario de lo que señala la escuela clásica si existe un sujeto pasivo y que tiene el carácter universal, o sea un deber de respeto de la comunidad para el derecho real erga omnes. Así existen teorías que critican a esta teoría entre las cuales se encuentra la personalista, que afirma la crítica realizada:

“Se critica la teoría tradicional diciéndose que todo derecho es una relación entre personas, que no puede existir una relación de un orden jurídico entre una persona y una cosa”³⁹

b) Obligacionista o personalista:” ...Se ha dicho que es una ilusión y un error creer que es posible un relación de derecho entre una persona y una cosa. No existen derechos sino de persona a persona. Todo derecho implica facultades

³⁸ Ibidem 372.

³⁹ Op. Cit. p. 77.

en el sujeto activo de exigir algo del sujeto pasivo, y, de consiguiente, todo derecho lo es de obligación”⁴⁰.

“...La teoría personalista. En todo derecho hay siempre, por una parte, el sujeto activo al que es atribuido el derecho, y, por otra parte, la masa de todos los hombres, de todas las personas, obligadas a dejar obrar a quien pertenece el derecho. Pero si esta obligación general y colectiva existe en todo derecho, hay casos en que es la única, en que el sujeto activo tiene facultad de sacar directamente de una cosa una utilidad, sin otra obligación que la impuesto a todos de dejarlo obrar, de abstenerse de poner cualquier obstáculo. Hay casos, al contrario, en los cuales, además de esta obligación general, el derecho confiere al sujeto activo la facultad de exigir individualmente a un persona una acción o una inacción. En el primer caso, los derechos son reales; en el segundo, personales, y ambos tienen la misma naturaleza, la de obligación. En esta nueva teoría, la antítesis fundamental entre los derechos reales y los obligatorios consiste en que mientras los primeros son derechos patrimoniales absolutos, los otros son derechos patrimoniales relativos. El derecho real importa un deber general negativo del respeto hacia el titular: el derecho de obligación, por el contrario, importa el deber particular de una persona de procurar una utilidad al acreedor.”⁴¹

⁴⁰ Op. Cit p 20.

⁴¹ BORJA SORIANO Manuel; op. cit. p. 76

Es claro que esta teoría, define al derecho real desde un punto de vista negativo. La obligación de respeto de un sujeto pasivo indeterminado de respetar un derecho de un sujeto activo (concreto y determinado).

Por su parte el maestro Rojina Villegas nos señala lo siguiente al tocar el tema de la Tesis Personalista:

“En la tesis monista existen dos variantes: la primera representada por la escuela personalista de Ortolán, Planiol y Demogue. En la segunda, Jallu y Gazin, constituyen la teoría objetivista o realista. La primera tendencia afirma que el derecho real tiene la misma naturaleza que el personal...Sostienen dichos autores que no es exacto que haya una relación jurídica directa e inmediata entre la persona y la cosa...Acepta la escuela personalista que la relación debe ser esencialmente idéntica a la de crédito, aún cuando presenta características específicas distintas, pero en sus atributos esenciales... se constituye y funciona la relación jurídica, es idéntica por que toda relación jurídica, tanto en el derecho real como en el personal, supone un sujeto activo y un pasivo.. La propia escuela clásica nos habla de las acciones persecutorias y de preferencia. Su fundamento descansa en la oponibilidad a todo mundo. Reconoce que los derechos reales son valederos erga omnes... Afirma Planiol que se trata de un sujeto pasivo universal no en sentido figurado, sino verdadero, pues puede cualquier habitante de el globo ser sujeto pasivo, con relación a un derecho real determinado...Demogue dirá que este sujeto pasivo universal es simplemente potencial, por que hay una

posibilidad de que cualquiera llegue a ser sujeto pasivo respecto de un derecho real determinado."⁴²

Esta teoría ha sido criticada y discutida, así lo menciona el maestro Rojina Villegas en su obra, de la siguiente manera:

"La primera forma de crítica sería la ya expuesta: el derecho de crédito es una facultad de exigir, lo que implica necesariamente un sujeto. La deuda es un deber de pagar, una limitación a la conducta de alguien, no es una afectación patrimonial. Esta limitación necesita un sujeto pasivo por que no puede haber deuda sin deudor...Patrimonio deudor significa que existe un sujeto pasivo responsable y, patrimonio activo, quiere decir que hay un sujeto activo o acreedor... Si el patrimonio es un conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero, no se conciben los derechos y obligaciones sin imputarlos a un titular."⁴³

c) Ecléctica: Siguiendo al licenciado Rojina Villegas y al licenciado Manuel Borja Soriano en sus obras, exponen a la teoría ecléctica de la siguiente manera:

"7. Teoría ecléctica entre la clásica y la personalista. Planiol y Ripert en su "Tratado Practico de Derecho Civil Francés" sostienen una posición ecléctica, conforme a la cual podría definirse el derecho real diciendo que es un poder

42 ROJINA VILLEGAS Rafael; "Compendio de Derecho Civil" Bienes; Derechos Reales y Sucesiones, Ed. Porrúa; 6a. edición; Tomo II; p. 25 y 26.

43 Ibidem p. 33; 34.

jurídico que de manera directa e inmediata ejerce una persona sobre un bien determinado, para aprovecharlo total o parcialmente, siendo oponible dicho poder a un sujeto indeterminado, que tiene la obligación de abstenerse de perturbar al primero en el ejercicio de su derecho.

Así porque admite las conclusiones de la escuela personalista y de los exégetas al definir a los derechos reales como poderes jurídicos que en forma directa e inmediata ejerce una persona sobre bienes determinados, para su aprovechamiento económico total o parcial. Este aspecto ha sido llamado interno, por cuanto que revela la verdadera naturaleza intrínseca de los derechos reales, caracterizándolos en sentido positivo o sea atendiendo a la clase de poder jurídico que ejerce el titular a efecto de diferenciar dicho poder de aquellos otros que se ejercen en los demás derechos subjetivos, públicos o privados, patrimoniales o no patrimoniales.

En cuanto al "aspecto externo" de los derechos reales la tesis ecléctica considera que la caracterización clásica resulta insuficiente, dado que omite determinar la naturaleza de la relación jurídica que necesariamente existe en todos los derechos reales, entre un sujeto activo y un sujeto pasivo. Por este motivo considera que, además del aspecto interno, existe el aspecto externo de tales derechos, reconociendo la existencia de un sujeto pasivo indeterminado, al cual es oponible el derecho real por virtud de una relación jurídica que se crea

entre el titular v todo el mundo. como sujeto pasivo universal.”⁴⁴

“...La teoría ecléctica. En conclusión: para definir el derecho real es preciso considerar los dos aspectos bajo los cuales se presenta. Bajo su aspecto interno el derecho real representa un poder jurídico directo sobre la cosa. Bajo su aspecto externo lo que aparece es la obligación general que tiene por fin hacer respetar la situación del titular respecto de la cosa; obligación pasiva que es distinta de la individual que caracteriza al derecho personal.”⁴⁵

Un análisis jurídico, mientras más puro se pretenda realizar debe de hacerse desde un punto de vista eminentemente jurídico, (para poder llegar a entender la naturaleza de la institución a estudiar) olvidando otros puntos de vista que puedan llegar a influir, así en esta tesis los autores tratan de dar como una característica esencial del derecho real se aprovechamiento económico sobre la cosa olvidando o no ponderando, que lo que realmente definen a esta institución es el poder directo e inmediato sobre la cosa.

Ahora esta teoría, nos señala que es un deber de abstención de carácter general sobre la cosa, pero no hay que olvidar que el derecho en si es una relación bilateral en la cual se encuentra a todo derecho una obligación correlativa y viceversa a toda obligación un derecho correlativo, y esta relación debe ser de carácter proporcional, esto es que no sea inequitativa, así si hablamos de una

⁴⁴ Ibidem p 35 y 35.

obligación de carácter general, no debemos de olvidar que todo derecho tiene esta característica, así lo encontramos tanto en el derecho de crédito como en el derecho real, el maestro Rojina Villegas en su obra en este punto señala lo siguiente:

"8. Crítica a la teoría ecléctica.- No obstante que en esta doctrina se evita el error en que incurre la escuela de la exégesis al omitir precisar la naturaleza de la relación jurídica que se crea entre el titular de un derecho real y todos los terceros como sujetos pasivos indeterminados, pensamos que a pesar de ese adelanto, se continua cometiendo el error de considerar que el aspecto interno o contenido de los derechos reales, es un poder económico de aprovechamiento o en funciones de garantía.

Toda facultad jurídica en su manifestación normativa pura es decir, despojándola de todo contenido, presenta dos manifestaciones fundamentales: a) como facultad de interferir en la conducta o esfera jurídica ajenas; por virtud de una expresa autorización normativa y b) como facultad para impedir que otro interfiera en la conducta o esfera jurídica propias, si no existe dicha autorización.

Podría objetarse que si es cierto que el derecho real existe aun cuando no haya un aprovechamiento económico realizado basta la posibilidad de que el mismo pueda realizarse.

45 Op Cit. p. 77

Siendo los derechos reales, facultades jurídicas de carácter absoluto, o sea, oponibles erga omnes, lógicamente se manifiestan en forma positiva y negativa, es decir como facultades de interferir en la esfera del sujeto pasivo universal, a efecto de que restrinja su conducta y se abstengan de ejecutar actos que impidan el ejercicio eficaz e íntegro del derecho, y, como posibilidad de impedir a los terceros indeterminados que forman ese sujeto universal, que interfieran en la esfera jurídica que constituye el derecho real.

No es exacto que el deber general de respeto o abstención sea el que corresponda como deber correlativo de la facultad que en este aspecto caracteriza a los derechos reales. En efecto todo deber, ha de ser correlativo en su contenido y aspecto, a la facultad jurídica a la cual está vinculado por virtud de la estructura bilateral del derecho.

Con absoluta claridad se desprende de los párrafos que anteceden que el deber general de respeto como obligación pasiva universal, que se traduce en la abstención de todo mundo para no perturbar el derecho ajeno, no es ni puede ser el deber correlativo específico de los derechos reales, pues esa obligación general y negativa existe no solo en los derechos absolutos -como hemos dicho con anterioridad, sino también en los derechos relativos, ya que, en definitiva, no expresa otra cosa que la necesidad indiscutible de respetar el derecho ajeno.

En atención a lo expuesto debe desecharse ese deber jurídico que por ser tan general, no logra caracterizar la relación específica que existe en los derechos reales aun cuando se admita su existencia conforme a las explicaciones de Ortolán y Rocco. Nuestra tarea debe concretarse a definir el verdadero deber jurídico correlativo de los derechos reales. Ahora bien, si el derecho real se caracteriza como la facultad jurídica de su sujeto activo para interferir en la esfera jurídica de un sujeto pasivo determinado o de un sujeto indeterminado, lógicamente el deber correlativo consistirá en sufrir la interferencia específica y en grado determinado que se dirija contra el sujeto individualizado, o la interferencia general de abstención y tolerancia que se enderece contra el sujeto indeterminado.

Ya hemos indicado que los derechos reales distintos de la propiedad y de los derechos de autor, se caracterizan como absoluto-relativos en tanto que los últimos como absolutos en forma integral. En tal virtud, en los absolutos-relativos existe un sujeto pasivo determinado con obligaciones positivas y negativas de carácter patrimonial, en tanto que en los derechos simplemente absolutos existe solo el sujeto pasivo indeterminado. Por esta razón consideramos que en los absolutos relativos el sujeto activo interfiere en la esfera jurídica del sujeto pasivo para restringir esta en cierto grado y exigirle tanto abstenciones como prestaciones. Tal cosa ocurre en todos los casos en que el propietario de una cosa constituye un gravamen o derecho real sobre la misma. El titular de esta en

cierto grado y exigirle tanto abstenciones como prestaciones. Tal cosa ocurre en todos los casos en que el propietario de una cosa constituye un gravamen o derecho real sobre la misma. El titular de este, evidentemente que está jurídicamente facultado para interferir en la esfera de propiedad, restringiendo o limitando este derecho en mayor o menor grado, según sea la naturaleza del gravamen. La forma de interferencia es indiscutible, pues llega al grado de mermar la esfera del propietario, privándolo del uso o del goce o bien, sujetando la cosa gravada a una garantía real, para responder del cumplimiento de una obligación.

En los derechos simplemente absolutos, la interferencia del sujeto activo en las esferas de los sujetos pasivos indeterminados, consiste solo en la facultad normativa de exigirles que se abstengan de perturbarlo en el ejercicio de su derecho...⁴⁶

c) Unitarias u objetivista: Niegan toda oposición entre el derecho real y de crédito, entre sus principales exponentes encontramos a Saleilles, Gaudemet, Jallu y Gazin.

Estos autores basan su teoría, en afirmar que al despersonalizarse la obligación se ha patrimonializado (esto es el deudor ya no responde con su persona, sino que únicamente responde con sus bienes y por lo tanto el derecho

de crédito es un derecho sobre bienes) un patrimonio debe a otro patrimonio y la única diferencia radica en el sujeto pasivo al decir que tanto en el derecho personal tanto como en el personal existe un sujeto pasivo determinado.

41. Crítica de las ideas de Gaudemet de que el derecho de crédito se ha despersonalizado. No es exacto que el cambio de acreedor o de deudor implique una despersonalización del derecho de crédito no es exacto que haya una relación jurídica entre patrimonios, siendo secundarios los sujetos. Cuando la doctrina clásica afirma que el derecho personal es una relación jurídica entre acreedor y deudor admite la posibilidad de que el acreedor y el deudor puedan cambiar; pero lo que no admite es que la relación jurídica pueda existir aunque sea un instante, sin acreedor o sin deudor. La obligación no se despersonaliza cuando se cambia el deudor o el acreedor; porque hablamos de relación entre personas en sentido jurídico entre las entidades acreedor y deudor...

Cuando decimos que es una relación personal, poco importa que cambie el sujeto inicial, lo esencial es que la categoría jurídica acreedor o deudor persista siempre y que no haya un lapso en el cual la obligación quede sin sujeto activo o pasivo.

2. Al afirmar Jallu y Gazin que es el patrimonio el que debe al patrimonio y que puede haber obligación sin sujeto pasivo, o sin sujeto activo, desconocen la

46 Op Cit. p. 35, 36, 37 y 38

naturaleza de la personalidad jurídica. Desde diferentes puntos de vista podemos demostrar que es un absurdo hablar de la deuda de patrimonio a patrimonio: la primera forma de crítica sería la ya expuesta el derecho de crédito es una facultad de exigir, lo que implica necesariamente un sujeto. La deuda es de un deber de pagar, una limitación a la conducta de alguien, no es una afectación patrimonial. Esta limitación necesita un sujeto pasivo porque no puede haber deuda sin deudor; sería tanto como hablar de una limitación de conducta de nadie.

Patrimonio deudor significa que existe un sujeto pasivo responsable y patrimonio activo, quiere decir que hay un sujeto activo o acreedor.

Si el patrimonio es un conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero, no se conciben los derechos y obligaciones sin imputarlos a un titular.

Refiriéndose Bonnetcase a la crítica que Planiol hace a las ideas de Gaudemet, se expresa así:

"Puedo concebir -dice Planiol - el cambio de personas en una relación jurídica, sin necesidad de afirmar que la persona representa a sus bienes y el deudor es su patrimonio: para ello no hace falta dejar de ver en la obligación un vínculo jurídico entre dos personas; basta con admitir la sustitución de un sujeto por otro, y declarar, como Salpius, que la personalidad del deudor es indiferente lo que hace de la deuda algo impersonal.

Una obligación sin deudor: he aquí el resultado a que conducen semejantes exageraciones de lenguaje. Se parte de la idea, correcta por lo demás, de que la obligación da un derecho sobre los bienes, sobre el patrimonio del deudor e insensiblemente se llega a afirmar que la obligación es "derecho real indeterminado en lo que respecta al objeto material en que recae".⁴⁷

2. Sistema de los numerus clausus y numerus apertus.

En este capítulo lo que se tratará es el sistema conocido como de los numerus clausus y de los numerus apertus, (en esta parte de la obra seguiremos al licenciado Ibarrola en su obra de "Cosas y Sucesiones"), para dejar en claro que la afirmación de que el derecho del tanto es un derecho real es en base a la doctrina, ya que la regulación que establece el código civil no lo menciona como tal.

El sistema de los numerus clausus y de los numerus apertus se expone de la siguiente manera:

"En derecho romano el número de los derechos reales limitativos del dominio era cerrado" numerus clausus. En cambio el germánico concede la posibilidad de dar efecto real, mediante la GEWERE, a cualquier obligación

referida a una cosa determinada...el sistema del NUMERUS CLAUSUS, que mantiene a disposición de las partes sólo un número limitado de tipos de derechos reales, sin permitir la creación de otros regulados por la ley... el NUMERUS APERTUS, que admite la posibilidad de crear derechos reales fuera de la lista legal, Planiol critica esta tendencia, por que las leyes que fijan el derecho de propiedad y su extensión son de orden público, y no pueden ser abandonadas a la libertad de las convenciones...el sistema limitativo es más conforme a la naturaleza del derecho real y de los intereses de terceros: del derecho real dice EHRLICH se ha de servir el individuo tal y como esta moldeado por las necesidades colectivas; el derecho personal, en cambio, puede moldearse según la voluntad de los contratantes, de las partes⁴⁸.

“...Para nosotros la solución de todo el problema la da el artículo 6º la voluntad de las partes no puede ir contra disposiciones de orden público de la ley. Por ello aceptamos la teoría de los NUMERUS CLAUSUS...”⁴⁹

Este sistema lo expongo con el fin, de dejar en claro, que estoy de acuerdo, con el sistema que mantiene el código civil de numerus clausus, ya que sería inseguro que se dejare en manos de los particulares la creación de derechos reales, y que para una mayor seguridad jurídica, la ley es la que debe de determinar el número de derechos reales a existir.

47 Ibidem p. 32; 33 y 34

48 IBARROLA ; Antonio de, Cosas y Sucesiones; Editorial Porrúa; 8a edición; México; 1997; p. 631.

49 Ibidem p. 631 y 634

Mi propuesta por otro lado es que en código civil se reconozca al derecho del tanto como un derecho real, que tenga un regulación uniforme y clara, que existán unas normas que rijan a la institución y que no dependa de la institución el tratamiento que se le dé.

3. ¿El derecho del tanto es un derecho real?

Con base en las teorías antes expuestas, puedo emitir un juicio crítico, de la naturaleza del derecho del tanto como un derecho real. Descartando las teorías clásica, unitarias u objetivista, obligacionista o personalista, y la ecléctica por las críticas antes señaladas, creo que la más acertada es la teoría que expone el maestro Rojina Villegas al criticar la teoría ecléctica, al hacer una serie de consideraciones que me permiten afirmar que el derecho del tanto es un derecho real y esto es debido a que reúne las características fundamentales del derecho real que son la facultad de interferir en la esfera jurídica de un sujeto pasivo universal ya sea por ejemplo el derecho real de propiedad (derecho real absoluto) o del bien o de usufructo (derecho real absoluto-relativo).

¿Por qué el derecho del tanto es un derecho real, si únicamente el obligado a respetar el derecho del tanto es el copropietario, usufructuario, socio, coheredero, y por lo tanto no responde a una de las características fundamentales de los derechos reales, que es la facultad de ser oponible a un sujeto pasivo

universal" erga omnes"?. Esto se resuelve tomando como fundamento la teoría antes citada y tomando en cuenta que el deber general de respeto en los derechos reales, sólo se aplica al derecho real absoluto, que es la propiedad y que en los demás derechos reales absolutos-relativos existe un sujeto pasivo determinado con deber de respeto para con el derecho del titular derecho del tanto, pero que también, y al igual que en todos los derechos reales absolutos existe un deber de respeto por la generalidad (erga omnes), entonces podemos llegar a afirmar que el derecho del tanto es un derecho real, ya que el comunero titular podrá interferir en la esfera jurídica del sujeto pasivo; y llegará a tal grado la afectación en su esfera jurídica, que lo obligará a realizar una serie de actos, antes de poder realizar la enajenación, esto no quiere decir que se prohíba la enajenación sino que por la finalidad que persigue el derecho en general de consolidar la propiedad, es preferido en la venta del bien. Así según la crítica expuesta por el licenciado podemos afirmar que se cumplen los dos requisitos, que son: la oponibilidad ante todo el mundo (pero también ante un sujeto pasivo determinado) y la facultad de ejercer un dominio directo sobre el bien o derecho.

"... los derechos reales, facultades jurídicas de carácter absoluto, o sea, oponibles erga omnes, lógicamente se manifiestan en forma positiva y negativa, es decir, como facultades de interferir en la esfera del sujeto pasivo universal, a efecto de que restrinja su conducta y se abstenga de ejecutar actos que impidan el ejercicio pacífico, eficaz e íntegro del derecho, y, como posibilidad normativa de

impedir a los terceros indeterminados... que interfieran en la esfera jurídica que constituye el derecho real."⁵⁰

Esto se matiza con la crítica, de que, es desproporcionado un deber general de respeto que rebasa la bilateralidad del derecho, y por lo tanto, sería inequitativa la facultad.

Ahora en los derechos reales relativos si responden a esta bilateralidad, ya que existe un la facultad general de respeto correspondiente a todo derecho absoluto, ejemplificado en que a nadie se le puede enajenar antes que al comunero y que si se le enajena la venta será nula, pero también existe un sujeto pasivo determinado, y si no existiera este sujeto pasivo determinado se haría nugatoria la posibilidad de exigir el cumplimiento del derecho v. gr. en la copropiedad si no existiera ese copropietario individual, a quien se le exigiría el derecho del tanto ¿ a la generalidad?, quien sería el responsable, además el derecho real como señala la crítica, obliga al sujeto pasivo determinado o a la colectividad a abstenerse de realizar actos que impidan el ejercicio de su derecho y que mejor ejemplo de esto, que en el derecho del tanto, ya que en el derecho del tanto, se tendrá que abstener de enajenar el comunero, hasta que se ejercite o no el derecho del tanto.

⁵⁰ Ibidem p. 36

Por otro lado, no podemos dejar de lado el punto de vista del maestro Rojina Villegas, que expresa acerca de la naturaleza jurídica de los derechos reales de la siguiente manera:

*"...el derecho real se caracteriza no por un poder económico sobre el bien, sino por un poder jurídico que se integra por un conjunto de posibilidades normativas para realizar actos de dominio o de administración sobre la cosa, pero sin necesidad de que tales facultades se ejerzan, bastando la posibilidad reconocida en el derecho objetivo para que se hagan valer, aún cuando jamás lleguen a tener ejecución... En todos los derechos reales se reconoce al pretensor la acción persecutoria del bien o cosa y un derecho de preferencia... Por virtud del carácter absoluto de los derechos reales se reconoce en el titular la posibilidad jurídica de ejecutar validamente actos de administración según la naturaleza de su derecho, en relación con los bienes, siendo oponibles a todo el mundo."*⁵¹

Otra crítica que se puede hacer es, si bien es un derecho real, ¿qué actos de dominio o administración puedo realizar sobre el bien?, esta crítica, la respondo, basándome en el comentario antes señalado en virtud del cual, puede existir un derecho real como mera facultad, sin que se necesite ejercitar actos directos de dominio o administración, sobre el bien, y es más en el derecho del tanto claro, que existen, pero se van a actualizar en el momento en que el

comunero del bien decida enajenar su parte alicuota, en ese momento los actos de administración o dominio se actualizan

Lo anterior se reafirma con lo expresado por el licenciado Ramón Sánchez Medal en su obra "Contratos Civiles", en lo términos siguientes:

"... derecho que puede ejercitarse sólo en el caso de venta o de dación en pago, incluyendo la venta judicial o remate..."⁵².

El derecho del tanto sólo nace" en el caso", sino el derecho del tanto no surge es únicamente potencia, hasta la venta se actualiza.

Por otro lado en los derechos reales existe la acción persecutoria y la preferencia, la preferencia la da la ley al permitir ser preferido antes que el extraño para la adquisición del bien, y la acción persecutoria la tenemos en la llamada acción de retracto.

Luis Fernando Mena Toriz en su obra expone en base a distintos autores que el derecho del tanto es un derecho real y lo expone de la siguiente manera:

"...Claro es erga omnes en virtud de que si se enajena el bien puedo hacer valer ese derecho contra cualquier individuo. Ahora la que para hacer valer el

⁵¹ Ibidem p. 45; 46.

Derecho del tanto es la de retracto así como para retraer la propiedad se encuentra la reivindicatoria.

Para el Lic. Enrique Zepeda Trujillo se trata de un derecho personal, (hay que recordar que para el citado autor el objeto del derecho del tanto es un deber de abstención: no contratar con terceros extraños), por lo que considera que el derecho del tanto es de naturaleza personal, al exigir al sujeto pasivo se abstenga de enajenar a terceros; lo expone en estos términos: " Si se analiza el derecho del tanto sobre las bases expuestas, se concluirá que, si bien existe un deber universal de respeto del derecho, consistente en la prohibición a terceros de contratar con el obligado, no por ello se puede considerar como derecho real, pues dicha característica no es exclusiva de los derechos reales.

"No existe este derecho; en el caso de que la enajenación sea una donación dado el elemento" *intuitu personae*" que la integra; en el caso de que la porción se aporte a una persona moral recibiendo el aportante como contraprestación, la calidad de socio; en los casos de remisión de duda que también está compuesta del elemento" *intuitu personae*" y en el caso de la transacción por la que el enajenante obtendrá el beneficio de evitar una controversia futura o concluir una presente".

“Retracto es el derecho concedido a ciertas personas por la ley, costumbre o pacto, para redimir o comprar la cosa que había sido vendida a otro, pagando el mismo precio en que se vendió al primero. Derecho de tanteo es el que compete a ciertas personas para ser preferidas en la venta a cualquier otro comprador, pagando el precio estipulado.”⁵³

Por otra parte Eduardo Serrano Alonso también (citado por Luis Fernando Mena Toriz)⁵⁴ clasifica a los derechos reales en plenos o limitados (entendiendo por estos en los que el poder que se atribuye a los titulares representa solamente una o varias de las facultades que integran al derecho real en su formulación plena, encuadrando a los derechos de adquisición dentro de este grupo... b) A través de los derechos reales de adquisición que atribuyen a su titular la facultad de adquirir una cosa que pertenece a otra persona, faculta aquel se protege” erga omnes”, en los que la facultad dispositiva se condiciona a la voluntad adquisitiva de otra persona, con preferencia de terceros adquirentes, ya sea que el titular haya decidido vender o haya vendido, lo que da lugar a tres derechos distintos: derechos de opción, derecho de tanteo y derecho de retracto.”

Otra clasificación, que sirve para demostrar la naturaleza de derecho real del derecho del tanto la encontramos, en lo que la doctrina española (influida por

⁵³ MENA TORIZ; Luis Fernando, El Derecho del Tanto, Escuela Libre de Derecho; México, 1989; p. 53.

⁵⁴ SERRANO ALONSO Eduardo; Notas sobre el Derecho de Opción, Revista de Derecho Privado; Madrid España, 1979; p. 1131

la doctrina alemana) considera como derechos reales de adquisición, y que se expone de la siguiente manera:

“Derechos reales de adquisición permanente son los que permiten hacer la adquisición derivativa de una cosa excluyendo o desplazando a cualquier otro posible adquirente . Antes de adquirirse el derecho real sobre la cosa, ya que existe el derecho a realizar esta adquisición con carácter preferente.

Un propietario puede simplemente obligarse con una persona a preferirla a otra cuando decida enajenar su propiedad . Con ello el posible adquirente sólo tendrá un derecho personal a realizar la adquisición. Los derechos que ahora nos interesan son los que conceden dicha preferencia con eficacia legal; esto es, los que son gravámenes sobre una cosa afectando a quien sea su propietario y con eficacia frente a terceros... como dicen Wolff y Raiser” los gravámenes de una cosa, que dan al titular el derecho de convertirse en propietarios”...”⁵⁵

Por otro lado basándonos en las ideas de Manuel Antonio Laquis (en su obra” Derechos Reales”⁵⁶) que se expresan de la siguiente forma:

“... Nuestro jurista antes citado, Salvat extrajo del carácter real atribuido a las restricciones y límites del dominio, consecuencias prácticas, en las que

⁵⁵ PUIG BRUTAU José; *“Fundamentos de Derecho Civil”* Editorial Bosch. Casa Editorial; S.A.; 3a. edición: Barcelona; 1983, p. 393 y 394.

estableció:....2) las demandas que versen sobre restricciones y límites de la propiedad, son de la competencia del juez del lugar donde éste situado el inmueble, en tanto que si se tratará de derechos y obligaciones de carácter personal, como algunas veces se ha sostenido, entre ellas tendrían que ser deducidas ante el juez del domicilio del demandado...⁵⁷.

Nuestro código civil también reconoce esta posibilidad y así en su artículo trece fracción tercera, lo expone de la siguiente manera:

"Art. 13.- La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas...

III.- La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se registrarán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros..."⁵⁸

Esta tesis podrá parecer ilógica, en el sentido de que ¿cómo una norma para resolver conflictos puede determinar la naturaleza de un derecho ?. Pero si entendemos al derecho como un sistema, donde todas sus ramas y normas están interconectadas y en donde la historia debiera ocupar u papel de importancia, podríamos entender el sentido de este razonamiento.

⁵⁶ LAQUIS Manuel Antonio; DERECHOS REALES; Tomo IV, Restricciones y Límites del Dominio, Editorial De Palma; Buenos Aires, Argentina, 1984; p. 16 y 17.

⁵⁷ Ibidem p. 17.

Por otra parte si recordamos lo analizado, al principio de esta tesis es fácil de comprender lo ahora expuesto, ya que si al principio de la historia del derecho no existían normas jurídicas que determinaran la naturaleza de las normas de esta manera no se distinguían las distintas normas (y así en una misma persona o institución se reunían diversas facultades). Con el paso del tiempo, se fue definiendo claramente esto, hasta llegar a una etapa de plena diferenciación jurídica, en donde esta diferenciación, se realiza a través de normas de procedimiento, y estas normas determinan cuando se aplica una norma adjetiva o una norma sustantivas.

El Código Civil desde mi punto de vista es claro y resuelve este problema en el artículo antes citado

4. El Derecho del Tanto como una limitación o restricción o modalidad a la propiedad.

El siguiente tema, a tratar es sobre si el derecho del tanto es una restricción o limitación o modalidad al derecho real de propiedad.

⁵⁸ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL; Ed. Porrúa; 65a. Edición; México 1996; p. 43 y 44.

Tenemos que analizar y determinar primero si existe alguna diferencia entre los términos antes señalados ya que en la ley y en la doctrina se utilizan indistintamente a los dos primeros conceptos, y primero a la limitación se le define como :” ... Fijar la mayor extensión que puede tener la jurisdicción, las autoridades o los derechos y facultades de uno.”⁵⁹ y a la restricción se le define como” ...Limitación o modificación.”⁶⁰

Como se ve el concepto de restricción incluye al de limitación y por lo cual podemos decir que la limitación es una especie de restricción que es el género.

Con lo antes expuesto es difícil o prácticamente imposible determinar si el derecho del tanto es una limitación o una restricción, por lo tanto cito al licenciado Luis Alberto Peña Guzmán para dejar definido este punto:

“...el ser una institución jurídica de tipo real que entra dentro del ámbito de los derechos reales, por que en ellas se trata de medir la extensión que debe darse a las facultades de todo propietario de un bien inmueble o, como expresa Ihering, por ser la garantía de lo que es generalmente necesario e indispensable para el uso económico de la propiedad...”⁶¹

59 PALOMAR DE MIGUEL, Juan ; Diccionario para Juristas; Editorial Mayo; 1 a. Edición; México; 1981; p. 796.

60 *Ibidem* p. 797.

Las características del derecho del tanto, nos permiten determinar que encaja perfectamente en la anterior definición, ya que, ¿qué es el derecho del tanto? sino una facultad que tiene el copropietario, coheredero, usufructuario o un socio para ser preferido en la enajenación de un bien y que por lo tanto limita las facultades y fija como se cita la extensión del derecho del tanto en cuestión al dar una serie de requisitos para poder disponer del bien.

Y es una restricción ya que el derecho no puede ser utilizado plenamente si se esta en el supuesto jurídico. Y para reafirmar lo anterior esta le siguiente cita:

“... las restricciones del dominio exigen actos positivos que puede crear obligaciones de hacer a cargo del dueño del fundo, en tanto en las servidumbres reales consisten siempre en un patiendo, que obliga a soportar determinados actos del propietario del fundo dominante o en un in non faciendo, por el que debe abstenerse de realizar algunos actos en interés de aquél, a lo que debe agregarse que la reciprocidad, que en forma particular se impone en las relaciones entre vecinos...”⁶²

Esto refuerza aún más la teoría que el derecho del tanto es una restricción a la propiedad, ya que en primer lugar en el derecho del tanto tiene el propietario que hacer del conocimiento del copropietario, usufructuario, socio, etc., de que va

⁶¹ PEÑA GUZMAN, Luis Alberto “Derechos Reales”; Editorial Tea; 2 a Edición; Buenos Aires; 1975 p 292

a ejercitar su derecho de disponer del bien, se crea una obligación a cargo del propietario y no del titular del derecho del tanto y en segundo lugar es recíproca esta obligación, y que quiere decir, que por ejemplo en el derecho del tanto entre copropietarios, cualquiera que quiera enajenar, tendrá que avisar a los demás copropietarios de que va a disponer del bien.

Y por último cabe agregar que las restricciones pueden ser de carácter o interés público o de carácter o interés particular, punto de vista de la doctrina argentina y desde mi punto de vista la restricción en el caso del derecho del tanto que se trata en esta tesis siempre será de interés privado, ya que las obligaciones siempre recaerán entre particulares, pero afectando indirectamente el interés de la colectividad, ya que lo que trata de evitar el derecho es conflictos que se lleguen a suscitar.

Por último y para no dejar duda a cerca del carácter restrictivo del derecho del tanto, lo distinguiremos de las modalidades de la propiedad.

Empezaremos por definir lo que es una modalidad:

El concepto de modalidad significa el modo de ser o de manifestarse de una cosa...La modalidad es una medida legal que modifica la figura jurídica de la propiedad, a diferencia de la expropiación que se concreta a un caso particular,

62 Ibidem p 292.

las modalidades deben de ser expresadas en ley. Ellas no extinguen la propiedad, sino que la restringen o limitan.⁶³

Se puede confundir y pensar según esta definición que el derecho del tanto es una modalidad a la propiedad ya que la misma definición nos esta señalando el concepto de limitación antes indicado, pero como veremos más adelante no es así.

Al hablar de modalidad necesariamente tenemos que referirnos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para esto citaré al maestro Ignacio Burgoa:

“Es obvio que la imposición de modalidades a dicha propiedad (la privada) no equivale a la abolición absoluta de la misma en detrimento de su titular, pues ello significaría el egreso definitivo del bien de que se trate de la esfera jurídica de una persona, lo cual configuraría la expropiación como fenómeno diferente de aquél. Por lo tanto, la imposición de modalidades a la propiedad privada se traduce necesariamente en la supresión de algunos derechos reales inherentes y consustanciales a ella, a saber, el derecho de usar de la cosa, el de disfrutar de la misma y el de disposición respectiva. En consecuencia, sólo cuando afecta

⁶³ SERRA ROJAS Andrés; Derecho Administrativo; Editorial Porrúa; 15 a. Edición; Torno Segundo; México 1992, p. 382 y 383.

supresiva o limitativamente algunos de tales derechos puede hablarse de imposición de modalidades a la propiedad.”⁶⁴

Burgoa aclara los términos y me da la idea para la distinción; y es que en el derecho del tanto no estamos, ni privando al sujeto del derecho de disfrutar o de usar o de disponer, del bien simple y sencillamente se le señalan reglas para su ejercicio y las cumpla o no podrá disponer del bien, ya sea enajenándolo al titular del derecho del tanto o al tercero al cual se lo desea enajenar y citando las palabras del maestro Burgoa no estamos” suprimiendo” ningún elemento del derecho de propiedad sino que simple y sencillamente le estamos dando unas reglas que este debe cumplir (el propietario).

El maestro Serra Rojas define de la siguiente manera a la modalidad y a la limitación:

“Las modalidades se precisan en la ley por medio de situaciones jurídicas generales que afectan la forma original de la propiedad. Al establecer unas modalidades al régimen de propiedad, se crea una figura jurídica de la propiedad, a la cual se le han reducido o transformando algunas de sus características.

⁶⁴ BURGOA Ignacio: Las Garantías Individuales: Editorial Porrúa; 2a Edición; México 1954. p 362.

La limitación alude a la acción y efecto de acortar, limitar o limitarse. En estos casos se señala hasta donde debe llegar el régimen de propiedad... Las limitaciones quieren decir prohibiciones impuestas por el legislador respecto de determinada facultad del derecho de propiedad... En las limitaciones la ley señala ciertas restricciones que no alteran el régimen de la propiedad, es decir se mantiene, en su concepto original de propiedad. Caso diferente a la modalidad que si modifica o altera el régimen de la propiedad.⁶⁵

Así tenemos como ejemplo de lo anterior y del primero de los casos (la modalidad) al usufructo figura jurídica en la cual existen dos titulares de derechos y obligaciones, que son por una parte el nudo propietario quien goza de la facultad de disponer del bien y el usufructuario quien a su vez tiene las facultades de usar y disfrutar del bien, y aquí sí como dicen acertadamente los autores ya citados se esta en presencia de una figura nueva y derivada de la propiedad (el usufructo) y en cambio en el derecho del tanto no estamos ni dividiendo, ni transformando o modificando a la figura jurídica de la propiedad, sino que únicamente se le esta fijando una serie de normas para su ejercicio, pero conservando su esencia, y así el que quiera enajenar tendrá primero que avisar a los demás los requisitos de la venta y otros elementos que más adelante determinaremos con claridad, pero no se transforma el régimen de copropiedad, usufructo, arrendatario etcétera

65 Serra Rojas Op. Cit. p 386 y 387.

CAPÍTULO TERCERO
ANÁLISIS DEL DERECHO DEL TANTO

TERMINOLOGÍA

1. Definición de "derecho del tanto".

Este punto del capítulo definirá el llamado "derecho del tanto", para esto y considerando al derecho como una ciencia integral, se analizarán a diversos autores, entre los cuales encontramos Miguel Zamora y Valencia, Ramón Sánchez Medal entre otros, así como también a distintos textos que ayudarán a dar una visión más amplia del derecho del tanto. Para de esta manera al concluir esta tesis estar en condición de poder emitir una definición del llamado Derecho del Tanto.

Empezaré por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que define así al tanto:

"tanto, ta. (Del latín *tantus*) adj. aplicase a la cantidad, número o porción de una cosa indeterminada o indefinida..." tantear. (De tanto) ... II Der. Dar por una cosa el mismo precio en que ha sido rematada en favor de otro, por la preferencia que concede el derecho en algunos casos, como en el del condominio. II r. Der. Convenirse o allanarse a pagar aquella misma cantidad en que una renta o alhaja está arrendada o se ha rematado en venta puja... 9. Com. Cantidad proporcional respecto de otra, según lo previamente estipulado o con sujeción al precio corriente...al tanto. loc. adv. Por el mismo precio, coste o trabajo; y se usa cuando se explica la voluntad de uno de tomar o lograr al

precio que a otro le ha costado... al tanto m. adv. Por el mismo precio, coste o trabajo (se usa al explicar la voluntad de uno de tomar o lograr una cosa al precio que al otro le ha costado)... por el tanto loc. adv. o al tanto U. en lo material de las compras, ventas u otras semejantes enajenaciones...⁶⁶

Por otro lado el Diccionario Jurídico de Derecho Mexicano contiene dos conceptos que me sirven de análisis y que en capítulos posteriores será bueno tener en consideración:

"DERECHO DEL TANTO. I. Facultad que tiene una persona para adquirir con preferencia a otro..."⁶⁷

El licenciado Miguel Zamora y Valencia en su obra, "Contratos: Civiles" lo define de la siguiente manera:

"El derecho del tanto es la posibilidad jurídica que le da la ley a un copropietario para adquirir, en igualdad de circunstancias, respecto de cualquier tercero, la parte indivisa del bien sobre el que recae la copropiedad, que pretenda vender otro copropietario..."⁶⁸

El Licenciado Ramón Sánchez Medal lo define de la siguiente manera:

⁶⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.; Editorial Espasa Calpe; 20 a. Edición; Madrid; 1984; p.1376.

⁶⁷ Diccionario Jurídico de Derecho Mexicano Editorial Porrúa; ; 2a. Edición; México; 1988; p. 944.

"... El derecho del tanto es considerado en doctrina como un derecho real (Ennecerus) consistente en un gravamen sobre la cosa..."⁶⁹

De Diego lo define de la siguiente manera:

"...es un derecho real que otorga a su titular preferencia para la adquisición de un inmueble..."⁷⁰

Y Moya Palencia en estos términos:" ... es contratación preferente..."⁷¹

El Licenciado Cuevas Senties lo explica:

"... derecho de adquisición preferente corresponde el deber jurídico de respeto del mismo derecho de los demás integrantes de esa comunidad; es oponible a todo el mundo..."⁷²

2. Definición de "preferencia"

68 ZAMORA Y VALENCIA Miguel, " Contratos Civiles"; Editorial Porrúa; 5a. edición; México; 1994; p 378.

69 SÁNCHEZ MEDAL Ramón; Contratos Civiles; Editorial Porrúa; 12a. edición; México; 1993; p. 182 y 183

70 De Diego citado por Mario Moya Palencia.

71 MOYA PALENCIA Mario; Expropiación Privada. Los retractos. Las Preferencias por el Tanto; Tesis; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales; México, 1955.

De la misma manera que lo hicimos con el concepto de del Derecho del Tanto, ahora lo haremos con el derecho de preferencia por el tanto. Y empezaremos con lo que expone la Real Academia de la Lengua Española en su diccionario:

"preferencia: (Del latín *preaferens*, entis p. a. de *praefere*, *preferir*) F. primacía, ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya en el valor, ya en el merecimiento..."⁷³

El diccionario de Juan Palomar lo define de la siguiente manera:

"preferencia ...Elección de una persona o cosa entre varias; predilección o inclinación o inclinación favorable hacia ella..."⁷⁴

El *Diccionario Jurídico de Derecho Mexicano*, define la preferencia de la siguiente manera:

"PREFERENCIA: ... El derecho de preferencia es la primacía que se otorga a una persona por disposición de la ley, por declaración unilateral de la voluntad o por acuerdo de voluntades, para hacer efectivos ciertos derechos o con el fin de su elegibilidad para ser titular de un derecho en relación con otras personas que pudieran tener expectativas sobre ese mismo derecho...II. Se puede decir

72 Circular 34 "C" /89. Ponencia presentada por el licenciado Carlos Cuevas Senties; Titular de la Notaría número 8 del distrito federal; el día 6 de abril de 1989.

73 Palomar de Miguel, Juan Op. Cit. p 792

que en un primer derecho de preferencia descansa en la premisa” el primero en tiempo, primero en derecho ” ⁷⁵

3. Definición de” retracto”.

Por último definiremos al retracto y también empezaremos con la definición de la Real Academia de la Lengua Española

“retraer. (Del lat. retrahere.) tr. Volver a traer....retracto. (Del Latín retractus) m. Der. Derecho que compete a ciertas personas para quedarse, por el tanto de su precio, con la cosa vendida a otro...”⁷⁶

El Diccionario Jurídico de Derecho Mexicano, lo define de la siguiente manera:

“RETRACTO. | Facultad de la cual gozan determinadas personas de subrogarse en los derechos y obligaciones del comprador en circunstancias especiales...”⁷⁷

Moya y Palencia lo define de la siguiente manera:” ... retracto es la subrogación contractual..”⁷⁸

74 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española Op. Cit p 1174.

75 Diccionario Jurídico de Derecho Mexicano Op Cit p 3055.

76 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Op Cit p. 1269.

Antonio de Ibarrola lo define en los términos que ahora se detallan:

“Consiste éste en el derecho que tiene cualquiera de los copartícipes, ya realizado el contrato mediante el cual su copartícipe vendió su parte a un extraño a sustituirse a este en cuanto a los derechos y obligaciones asumidos en el contrato...”⁷⁹.

Pothier en su obra lo define así:

“... el derecho de hacer suya la compra de otro y constituirse comprador en su lugar. El retracto no tiende nunca a rescindir ni a destruir el contrato sino a subrogar en todos los derechos resultantes del mismo, la persona del retrayente a la del comprador sobre quien el retracto ejerce...”⁸⁰.

Y Escriche, con las siguientes palabras:

“... derecho que compete a ciertas personas para retraer o quedarse por el tanto con la cosa vendida a otro, o bien, el derecho que por ley, costumbre o

77 Diccionario Jurídico de Derecho Mexicano Op. Cit p. 2850.

78 MOYA PALENCIA Mario; Op. Cit.

79 IBARROLA Antonio de; Op. Cit. p.

80 Pothier citado por Mario Moya Planecia.

pacto compete a alguno para anular alguna venta y tomar para sí por el mismo precio la cosa vendida a otro...⁸¹

Naturaleza Jurídica, Bien Jurídico Tutelado

y Origen del Derecho del Tanto.

En base a los capítulos anteriores, desarrollaré lo que desde mi punto de vista es la naturaleza jurídica del derecho del tanto.

Primero, partiendo de la idea de que la "esencia" y la "naturaleza" son conceptos equívocos (ya que la naturaleza es la esencia en cuanto a principio de operaciones, lo que determina a una cosa y que la esencia es lo que el objeto sea lo que es y no otra cosa distinta). Se puede llegar a confundir a la esencia y a la naturaleza y decir (en cuanto a que la esencia trae la existencia, así es de esencia en la Compraventa el precio y la cosa, sin los cuales sería inexistente y de naturaleza que se realice en escrito privado o en escritura pública que traería como consecuencia la nulidad) que son conceptos distintos, la esencia y la naturaleza. Llego a la conclusión de que la naturaleza del derecho del tanto es la siguiente:

A) Es un derecho sustantivo.

⁸¹ ESCRICHE; Jaime: Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia; Editorial Temis; 1a. Edición;

B) Es un derecho real, ya que como en el capítulo anterior se analizó, cumple con los elementos de un derecho real que son la oponibilidad ante todo el mundo o un sujeto determinado y que se ejerce un dominio directo sobre la cosa.

Desde mi punto de vista, lo que se está confundiendo son los términos y así a los elementos de un contrato, ya sea de esenciales (o naturales) o accidentales, si hay lugar a distinción, pero para no confundir, yo llamaría a estos conceptos de la siguiente manera:

A) Los esenciales o naturales lo seguirían siendo, que traerían la inexistencia en caso de su incumplimiento.

B) Los accidentales próximos.

C) Los accidentales remotos.

B) y C) Acarrearían la nulidad.

Ahora, la esencia de una institución de derecho es lo que esa cosa sea eso y no otra cosa, de esta manera, en el derecho del tanto lo que podemos considerar como su esencia y que a su vez lo distingue de los demás derechos de preferencia, *es la comunidad en la titularidad un derecho real y como consecuencia de esa comunidad (y al reconocer el derecho lo difícil de esta situación) se permite el adquirir antes que cualquier otro, para romper con ese*

estado de división o que por disposición de la ley tenga la titularidad en un contrato de arrendamiento, así al ser inquilino de un inmueble destinado a casa habitación antes del 19 de octubre de 1993 o en un inmueble sujeto al régimen de propiedad en condominio (antes de las reformas del 31 de diciembre de 1998).

Entonces y como consecuencia de lo anterior podemos decir que la esencia del derecho del tanto es la de ser un derecho real de preferencia.

Por otro lado el bien jurídico tutelado por el derecho del tanto será romper ese estado de división que existe y que se da por la dinámica de la vida en la sociedad, así v. gr. tenemos que desde Roma se buscaba romper ese estado de división.

Si partimos de la idea de la propiedad tiene un fin social, la comunidad de bienes sería el estado perfecto para dar una mayor función social a la propiedad, pero desgraciadamente no ocurre así, ya que se presta a conflictos y por lo tanto es mejor terminarla. Y por lo tanto dar reglas claras si precisas para su ejercicio ayudarán a facilitar el romper con ese estado de división.

El origen del derecho del tanto.

El origen del derecho del tanto siempre será la ley, sólo la ley puede conceder el derecho del tanto, ahora la ley reconoce dos situaciones para el

surgimiento del derecho del tanto: 1) el derecho del tanto que nace de la cotitularidad sobre un bien o derecho, para dar fin a un estado de división, indeseado por el derecho y 2) el derecho del tanto que nace de un derecho personal y esto es para evitar o tratar de solucionar el problema de la vivienda que impera; y por lógica en ambos casos, será la nulidad su sanción para el caso de incumplimiento.

A diferencia con el derecho de preferencia por el tanto donde su origen es la voluntad de las partes (pero regulado por la ley) y que esta voluntad se encamina a preferir a otra persona en la celebración de un nuevo contrato, el Licenciado Carlos Cuevas Senties lo expone de la siguiente forma:

"... facultad pactada en un contrato traslativo de dominio para que el enajenante adquiriera la misma cosa que enajenó con preferencia, que un tercero, si fuera 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 para que adquiriera, si lo desea, con preferencia a cualquier persona..."⁸².

Aquí no existe un estado de comunidad incómodo, ni un interés general de adquirir y en consecuencia su violación acarrea el pago de daños y perjuicios.

Este capítulo dará los lineamientos generales sobre los cuales se regirá la adquisición, ejercicio, sanción del Derecho del Tanto ya que en nuestro Código Civil, está totalmente disperso.

Para el análisis en el derecho positivo del derecho del tanto tenemos que tomar en cuenta al Derecho del tanto como tal y después irlo adecuando a cada una de las figuras jurídicas que lo regulan en el Código Civil, así para su análisis lo divido en la siguiente manera:

A) Ejercicio:

i) Adquisición del Derecho.

ii) Notificación:

- a) Administrador del inmueble,
- b) Por medio de testigos,
- c) Judicialmente,
- d) Notarialmente.

iii) Preferencia para ejercitarlo por:

- Convenio

- Porcentaje en la comunidad.

- Suerte

iv) Modo de ejercitarlo:

A. Obligaciones del enajenante.

- Notificar

- Vender

B. Obligaciones del comunero.

- Ejercitarlo.

v) Concurrencia de derechos del tanto.

vi) A quien se le notifica.

vii) Renuncia.

I. ADQUISICIÓN DEL DERECHO DEL TANTO.

Se adquiere este derecho cuando el sujeto cumple con los elementos previstos, en el supuesto normativo así se puede adquirir v. gr. a título particular como lo es a través de una compraventa o donación o por transmisión mortis causa (a título universal o particular).

Para este análisis es necesario tomar en cuenta como base el término de comunidad ya sea que se aplique a la copropiedad, sociedad, condominio, aparcería, a las sucesiones, y usufructos, ya que por esta comunidad es que nace el derecho del tanto, así la comunidad es el género y las demás figuras las especies.

Ahora al adquirir o ser titular de la cosa o derecho se adquiere una parte alícuota (porcentaje ideal de un bien o derecho), ya que la norma positiva sólo exige este requisito y dependerá de la figura jurídica el modo de adquirirla, así se establece en los artículos 938, 939, 951, 953, 983, 1288, 1289, 2688, 2689, 2705, 2741, 2752 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal y en el artículo 18 de la anterior Ley de Régimen de Propiedad en Condominio para Bienes Inmuebles en el Distrito Federal.

¿ Y cómo se acredita la titularidad del derecho ?

La adquisición del derecho se acredita fácilmente del título de propiedad, ya que en el se hace constar como se adquiere la propiedad y así fácilmente se detecta y justifica la titularidad

II. NOTIFICACIÓN.

Es un instrumento procesal por virtud del cual se le avisa a una parte que tiene que ejercitar un derecho y además se le da un lapso de tiempo para ejercitar el mismo, la doctrina distingue entre dos tipos de notificación : la judicial y la extrajudicial, la primera de ellas es la realizada por el órgano jurisdiccional y la segunda por medio de los particulares (administrador de edificio) o por medio de notario.

Existen en la ley distintos modos de notificar el derecho del tanto, así encontramos los siguientes:

i) Administración del condominio:

Esta figura presentaba dificultades para proponerla como una regla general para llevar a cabo las notificaciones, así v. gr. en la aparcería sólo existen 2 partes, quien notificaría sería el propietario del bien y no hay un representante común, en la sucesión podría ser el albacea, en la sociedad el Socio administrador o la junta de socios, así en la copropiedad el artículo 946 nos señala que para la administración se requiere acuerdo, esto implica que se nombre un representante común para el cumplimiento de las obligaciones y que sea este quien tuviera la obligación de llevar a cabo la notificación y en las demás instituciones nos remiten al derecho del tanto regulado en la copropiedad.

Hasta ahora podría parecer ideal, pero tenemos que tomar en cuenta que en algunas de las instituciones se confundiría la calidad de representante común y la de comunero, lo cual podría llegar a ocasionar un mal manejo de la institución. Por otro lado, no existe de esta forma una manera fehaciente de comprobar y por lo tanto dar seguridad jurídica de que la notificación se hizo conforme lo establece la ley, si bien es cierto que en la ley se regula que el administrador del edificio deberá hacer constar de manera fehaciente la notificación, se nos presenta de

nuevo un problema de pruebas que con la notificación por medio de notario se puede evitar.

ii) Mediante dos testigos:

En 1928 época en la cual fue redactado el Código Civil, existía la posibilidad de contar con una mayor seguridad en el testimonio de la gente, pero ahora, no, ya que la pérdida de valores a provocado una grave descomposición en la sociedad y desgraciadamente en la práctica, el uso de testigos ha sido desprestigiado y por lo tanto, no brinda, al igual que la anterior forma de notificación una seguridad jurídica para el ejercicio del derecho del tanto, ya que estos (los testigos) pueden ser manipulados a tal grado que, el testimonio pierda toda su correspondencia con la realidad.

¿Cómo comprobar de una manera fehaciente que la notificación hecha por dos testigos fue realmente realizada y que no fueron aleccionados para rendir tal testimonio?. Este es el problema a superar, y ya que el derecho del tanto requiere de una seguridad jurídica, es difícil que por medio de testigos se pueda conseguir.

Es indudable que la rapidez y facilidad de esta forma de notificación, ayudaría para evitar tiempo y dinero en la notificación, pero el derecho lo que busca es la seguridad jurídica y de esta forma no se puede realizar.

iii) Judicialmente:

La notificación judicial es aquella que practica el órgano jurisdiccional, por medio de un notificador.

Esta forma de notificación presenta una serie de ventajas:

- 1) Que es realizada por un funcionario ajeno a la relación de comunidad existente.
- 2) Que tiene fe pública y por lo tanto se le da certidumbre a ese acto por el cual se está notificando.
- 3) Seguridad jurídica. Como consecuencia de la fe pública, en el sentido de que la notificación fue hecha conforme a derecho.
- 4) Al ser la justicia gratuita, es una forma barata de realizar la notificación.

Críticas.

La tramitación se tendría que hacer por medio de una jurisdicción voluntaria y ya que el sistema judicial está tan saturado de trabajo provocaría un retraso en la forma de notificación, así si la enajenación se quiere realizar en un lapso corto, para que el término empiece a correr, esto no se podrá lograr.

Por otro lado la corrupción en el sistema judicial no permite tener una seguridad acerca de si la notificación se realizó conforme a Derecho o no, ya que las partes por el interés de adquirir pueden influir en la manera de notificar y provocar violaciones al derecho del tanto.

iv) Notarialmente:

Es aquella que es realizada por un notario, que es el licenciado en derecho investido de fe pública facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los actos jurídicos que se hagan constar bajo se fe.

Ventajas:

A) Al ser el notario un perito en derecho y no depender de ninguna autoridad para el ejercicio de su función, presenta un modo ideal de realizar la notificación, ya que difícilmente podrá caer en algunos de los vicios antes mencionados.

B) Al ser titular de la fe pública, da, al igual que la notificación judicial una certidumbre de la realización de la misma, y a través del acta notarial (instrumento en el cual se plasma la notificación) se deja constancia de que se está realizando conforme a derecho y más aún es un documento público (artículo

327 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) que tiene pleno valor probatorio.

Puede llegar el caso en que la respuesta y ejercicio del derecho del tanto se puedan realizar en la misma acta ahorrando tiempo y dinero, y la ley del notariado así lo establece en su artículo 85 II, ya que se tienen cinco días hábiles para hacer cualquier tipo de observación en el acta, y así también lo señala el Licenciado Francisco Lozano Noriega:

“... Debería haberse establecido que al notificar las condiciones de la venta se avisara que la venta se llevaría a cabo ante un notario determinado y que la notificación del inquilino al propietario deberá hacerse por conducto de dicho notario, y así este tendría necesariamente conocimiento del ejercicio del derecho...máxime cuando el caso esta contemplado en el artículo 85 fracción II de la ley del Notariado...Es de recomendar que al hacer la notificación, el notario manifieste que el que desee hacer uso de su derecho, tiene que hacerlo constar precisamente al propio notario dentro de los quince días siguientes a la notificación aclarando que son días naturales y exhibiendo cheque certificado o de caja a favor del arrendador, por que de otra suerte el arrendador sufriría unos perjuicios muy grandes al no poder disponer del bien esperando el ejercicio del derecho cuando lo impida la celebración del contrato...”⁸³

Desventajas:

La única desventaja posible es el costo de la elaboración del acta.

Para concluir el tema, el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal debe de recoger únicamente una forma de notificar y que debe ser la notarial, por la seguridad jurídica que trae como consecuencia al realizarse de esta manera. Ahora el costo de la acta se puede pactar y seguir la regla de cincuenta por ciento y cincuenta por ciento o pactar que alguna de las partes lo cubra todo.

Y en el supuesto de ser una persona de escasos recursos la que pretenda ejercitar el derecho del tanto y no tenga los recursos económicos para hacer frente a ese gasto, la ley del notariado para el Distrito Federal, puede ser reformada y establecer un arancel mínimo para la notificación.

III. PORCENTAJE EN LA COMUNIDAD.

Partiendo de la base que el derecho del tanto nace de la comunidad de bienes o derechos o por contrato, es de lógica que esos derechos o cosa,

83 LOZANO NORIEGA Francisco; Cuarto Curso de Derecho Civil " Contratos ",Asociación Nacional del

pertenezcan en un porcentaje a excepción del condominio. La ley o la voluntad de las partes serán las que determinen ese porcentaje así en la copropiedad el artículo 942, 2º párrafo lo señala, y en sucesiones se determina ya sea a través del testamento o la sucesión legítima según sea el caso.

¿Para qué es importante determinar el porcentaje de la comunidad?, la importancia radica en que, el que representa el mayor porcentaje será quien tenga derecho de ejercitar en primer lugar el derecho del tanto así el 974, 1293, y 2706 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal lo establecen.

Ya se analizó como nace esa co-titularidad de un bien o derecho, el siguiente paso es determinar quién es el que va a ejercitar el derecho en primer instancia, el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal señala 3 supuestos:

1) Convenio: Si existe convenio entre las partes, el conflicto de quien lo va a ejercitar ya quedó resuelto, ya que la voluntad de las partes solucionarán según sus intereses.

2) El que represente el mayor porcentaje: Es lógico y tiende al fin que busca el derecho que es la consolidación de la propiedad, ya que si existe un 10% y 40% y un 5% es preferible que el 40% sea el que ejercite la preferencia:

¿Habrá casos como el de la aparcería rural, en lo que no exista la co-titularidad?, pero no importa, ya que sólo es uno el titular y por lo tanto no existe conflicto de intereses.

Por lo tanto esta primera forma me parece apropiada para determinar quien ejercerá, ya que como mencioné la voluntad de las partes será la que determinará el orden de preferencia y en forma supletoria estoy de acuerdo con el sistema que consiste en preferir al que reúna un mayor porcentaje, ya que así una misma persona detendrá un mayor porcentaje y por lo cual tenderá a finalizar en un momento dado la división.

3) La suerte; este sistema es ilógico e inconcebible que el legislador haya usado una forma tan arbitraria para consolidar la propiedad, (tomando en consideración que esto es tomado de los códigos de 1870 y 1884) aunque si partimos de la base en que en los casos que se usa la suerte es para el supuesto en que exista igualdad en las porciones, podría llegar a parecer lógico que si A quiere enajenar da igual en quien se consolide, sea B o C. Desde mi punto de vista, sería mejor acudir al principio de derecho: "Primero en tiempo primero en derecho", como primer instancia para resolver el conflicto de igualdad en el

porcentaje de la comunidad. Partiendo de la base de que la notificación ya fue realizada a todos por el notario y que en el acta se asentaría que se les notificó a todos y cada uno de ellos y si se dio un plazo para ejercitar el derecho y que en esa misma acta se les pudo avisar de la junta para exhibir el precio, se obtiene un criterio imparcial de como resolver el conflicto, a través de una junta a la cual concurrieran todos y cada uno de los co-titulares.

Y por lo tanto el primero que ofrezca el dinero y en caso de ser al mismo tiempo será el que primero haya consignado ante una institución autorizada para tal fin y así el orden de entrada lo determinara.

IV. MODO DE EJERCITARLO.

Las obligaciones para el ejercicio las podemos dividir en 2 clases, la del enajenante y las del comunero que desea adquirir.

A) Existen 2 obligaciones para el comunero que va a enajenar reguladas por el código civil y son:

- I. Notificar.
- II. Vender.

I. NOTIFICAR.

Al analizar la notificación tenemos que considerar varios puntos de vista de importancia, como lo es ¿a quién se le notifica? ¿qué se notifica? ¿cuál es la naturaleza y sanción de la notificación?

La primera pregunta la contesta claramente el código civil en el artículo 973° a los demás” y el artículo 1292° a sus coherederos” y en el artículo 19 de la anterior Ley del Régimen de Propiedad en Condominio de Bienes Inmuebles del Distrito Federal en la cual se “notificará al inquilino o institución oficial” en cambio en los artículos 771, 2706 y 2750 es omisa la ley y en el artículo 1004 nos remite al artículo 973 (en cuanto a la manera que se debe de notificar), y por lo tanto la ley señala que será a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad a los que se tendrá que notificar, no importando el porcentaje que representen en la comunidad; y por otro lado en el artículo 19 de la anterior Ley del Régimen de Propiedad en Condominio de Bienes Inmuebles del Distrito Federal venía a incluir a la institución oficial, en consecuencia se nos presenta un pregunta, ¿a quien se tendrá que notificar dentro de la institución?, lo cual se solucionará notificando al titular de institución el cual es el que actúa a nombre de la institución y este sería el encargado de ejercitar o no el derecho del tanto.

¿ Y qué se notifica ?

Se le notificarán todas y cada una de las condiciones y elementos de la venta propalada como lo son lugar, fecha de pago, precio, condiciones, plazos, etc., bajo los cuales se realizará la enajenación y tendrá que cumplir con todos y cada uno de los elementos o condiciones; en consecuencia debe dar el "tanto", sino se tendrá por no ejercitado el derecho del tanto.

Por lo que se refiere a la naturaleza de la notificación, independientemente de ser un medio procesal por virtud del cual se da conocimiento de un acto y se da un plazo para su cumplimiento, es una formalidad que establece la ley, y su falta de forma (a través de notario) o su incumplimiento traerá como consecuencia la nulidad relativa de la notificación y por lo tanto se tendrá que volver a realizar la notificación según lo establezca la ley.

Esta obligación tiene una doble implicación:

- I. Dar a conocer la intención de enajenar por parte del comunero y por lo tanto se le debe de notificar todos y cada uno de los elementos de la enajenación y si llegará a variar uno de ellos, se tendrá que volver a realizar la notificación.
- II. Y se le da un plazo para su ejercicio, en el cual tendrá que cumplir con todos los requisitos de la posible enajenación.

Naturaleza y sanción de la notificación.

La naturaleza como ya se dijo es la de ser un medio procesal por virtud del cual se otorga un término para hacer valer un derecho y se le avisa de la realización de un acto jurídico, y que la ley otorga el carácter de formalidad, al ser la notificación el elemento necesario para el ejercicio del derecho del tanto (ya que sin él, el titular del derecho del tanto no se entera de la enajenación y por lo tanto no puede hacerlo valer).

La sanción para su incumplimiento esto es la falta de notificación, es la nulidad de la enajenación realizada y por ende se tendrá que realizar en la forma que establece la ley para que tenga validez la enajenación realizada o para el ejercicio del derecho del tanto.

VENDER

La primera pregunta que nos tenemos que hacer es ¿ a quién se le debe de enajenar ?, ya al analizar el tema del porcentaje concluí que tendrá que ser preferido salvo convenio que exista el comunero que represente el mayor porcentaje.

Ahora ¿qué pasa si el comunero desea enajenar a otro comunero? ¿es necesario notificar a los otros comuneros la enajenación? ¿se viola el derecho del tanto si no se realiza esta notificación?. Este punto se podría discutir, al pensar que si en la comunidad existen diferentes porcentajes sería preferible para consolidar la propiedad que adquiriera el que mayor porcentaje para que llegare a representar un mayor porcentaje en la comunidad y así se consolidaría la propiedad y de la lectura del artículo 974 se podría deducir este derecho:

“ARTÍCULO 974. Si varios propietarios de cosa indivisa 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”

Siguiendo el comentario de Arce y Cervantes, este artículo se aplica para el caso de que el derecho del tanto llegue a ser ejercitado por varios comuneros y así se decidirá quien tiene derecho para adquirir primero, y no para el caso de que se le quiera enajenar a alguno de ellos y los otros quieran ejercitar el derecho y más aún el artículo 1294 establece lo siguiente:

“Artículo 1294. El derecho concedido en el artículo 1292 cesa si la enajenación se hace a un coheredero.”

Si aplicamos el principio de que, a razones iguales disposiciones iguales, llegaremos a la conclusión de que si es a un coheredero al que se le pretende enajenar, igual razón corresponderá a la enajenación que se realice al copropietario, socio, usufructuario etcétera.

Por otro lado el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal no tiene una regulación clara en este punto, ya que las bases para el ejercicio de este derecho se encuentran en 2 artículos, que no son uniformes ya que uno es el 973, sólo habla que notificará de la venta convenida y el 1292 habla que el vendedor estará obligado a consumar la venta, conforme a las bases concertadas, si se aplican estos artículos literalmente, en el caso de copropiedad (artículo 973), la obligación del enajenante terminará con el notificar a los comuneros y teóricamente se podría negar a enajenar al que ejerce el derecho de tanto y en el artículo 1292 estaría obligado a consumar la venta en favor del comunero, en las demás figuras en donde se puede ejercitar el derecho del tanto no se regulan o simplemente nos remiten al artículo 973.

Detallando un poco más el punto anterior y para dejar en claro el conflicto, el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal señala lo siguiente el artículo 973 habla de que la venta este convenida y en el artículo 1292 de que la venta este propalada, desde mi punto de

vista es falta de técnica jurídica y se necesita distinguir entre estos dos conceptos, para dejar en claro si existe o no la obligación de enajenar y si es así en que caso existe está, la corte lo analiza, en la siguiente jurisprudencia:

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

Así al hablar de propalar la venta no ha nacido (es una policitación) y en consecuencia el derecho del tanto nace a favor del copropietario, en el momento de declarar su intención de enajenar, y por otro lado si ya se consumo la venta para con un extraño, podrá el comunero no preferido pedir la nulidad de la enajenación y nacerá la acción de retracto y podrá subrogarse en los mismos términos y condiciones que el comprador; por lo tanto son conceptos distintos ya que si se ejercita el derecho del tanto estará obligado a enajenar al comunero que lo haya ejercitado, sea cual fuera su título copropietario, coheredero, etc., y si ya

se violó el derecho del tanto gozará de la acción de retracto para subrogarse en los derechos del comprador, tal como se establece en la jurisprudencia anteriormente citada, y que debido a la derogar la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de inmuebles para el Distrito Federal, y por consecuencia el artículo 20 de la misma es para la acción de retracto el único fundamento existente

Por último existe un principio general del derecho que señala que a razones iguales disposiciones iguales y en consecuencia, si el artículo 1292 señala que estará obligado a consumir la venta a favor del comunero, esta disposición se tendrá que aplicar a todas las demás instituciones en donde se conceda el derecho del tanto, lo mencioné o no el artículo a aplicar y así debe de existir la obligación de enajenar al comunero siempre que haya ejercitado el derecho del tanto.

Y por último, tendrá todas las obligaciones que tiene el vendedor que se establecen en el artículo 2283 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

B) Ejercicio.

Tres puntos analizaré en el ejercicio del derecho del tanto que efectúe un comunero, así el primero será en lo referente al objeto del derecho del tanto (sobre que tipo de bienes recae), el segundo será en que casos se puede ejercitar y por último el tercero tratará de manera en que se ejercitará .

Primer Punto.

¿Por qué es importante determinar sobre que tipo de bienes recae el derecho del tanto? ¿Qué no existe un principio que establece que donde la ley no distingue no tenemos por que distinguir?. Desde mi punto de vista es hasta cierto punto irrelevante distinguir, ya que el derecho del tanto recaerá sobre cualquier clase de bienes en los que exista una comunidad de bienes y así lo señala el Lic. José Arce y Cervantes:

“Para conceder el derecho el código no distingue si se trata de bienes muebles e inmuebles, de bienes corpóreos o incorpóreos, ni en la proporción que se tiene en la copropiedad. Emplea simplemente la palabra” cosa” y el significado que esta expresión tiene en varias disposiciones... no permite limitar el derecho a una de esas categorías de bienes, por lo que se puede afirmar que el derecho es susceptible de nacer en todos esos casos...”¹⁸⁴.

Y por ejemplo la regulación contenida en los artículos 2303 y siguientes, (derecho de preferencia por el tanto) es para tratar de dar mayor agilidad a las enajenaciones dependiendo del tipo de bien de que se trate, pero considero que no es conveniente ya que se prestaría a confusiones, y es mejor otorgar un mismo plazo y un mismo método, para su ejercicio.

En relación al segundo punto, que se refiere a los casos en se podrá ejercitar el derecho del tanto (entiéndase en este tema el tipo de enajenación se podrá ejercitar el derecho del tanto), el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal vuelve a caer en imprecisiones v. gr. En el artículo 973 habla en principio de enajenar y posteriormente utiliza el término venta, ¿ el derecho del tanto se ejercita en los casos de venta - como especie - o en cualquier tipo de enajenación -género- ?, en el código de 84, se establecía que nacía únicamente en los casos de venta y ahora lo regula en el artículo 973 como venta y enajenación, nos encontramos ante un nuevo error al legislar, ya que al reformar el artículo para el artículo del actual código sólo reformó la primera parte del artículo, y quería dar este derecho para cualquier tipo de enajenación, así el derecho del tanto no solo se ejercitará para el caso de venta, sino para cualquier tipo de enajenación, así por ejemplo en el supuesto de permuta o dación en pago (siempre y cuando el adquirente pueda dar la misma cosa).

84 ARCE CERVANTES José; " De los Bienes "; Editorial Porrúa; 1a. edición; México; 1990; p. 107.

Pero en qué tipo de enajenación no se podrá ejercitar el derecho del tanto, pues será en toda aquella en que no pueda dar el tanto en la enajenación, ya que debe de cumplir con todos y cada uno de los requisitos de la enajenación concertada o realizada, y si no lo puede cumplir quedará sin efecto su ejercicio del derecho, v. gr. en todos aquellos casos en los que se le confiera una calidad especial al comunero enajenante como puede ser la de socio al aportar su parte alicuota a una sociedad o en los casos de donación ya que los elementos de gratuidad y de ser por las características de la persona (*intuitu personae*) no permiten ofrecer el tanto, el maestro Arce y Cervantes en su obra ya citada señala lo siguiente:

“... No puede existir en casos de donación, sea ésta pura, condicional, onerosa y - menos aun - remuneratoria, por que en todos ellos hay un elemento esencial” *intuitu personae*” junto con el elemento de liberalidad que nadie puede proporcionar, excepto el donatario... el derecho tampoco nacerá ...cuando por aportación a título oneroso, se trate de enajenar la parte alicuota a una persona moral (a cambio de la cual recibirá el enajenante la calidad de socio y una parte social, acciones, participación social) ni por transacción... de remisiones de deuda... y otros elementos semejantes, en los que el tanteador no podrá proporcionar al que enajena lo que éste tiene derecho a recibir...”⁸⁵

⁸⁵ *Ibidem* p. 109

Y esto es lógico ya que difícilmente el comunero podrá dar la misma calidad que con la que se está realizando la enajenación, ya que los dos elementos ya mencionados la liberalidad y la característica de ser "intuitu personae" determinan la enajenación y como consecuencia no podrá dar el tanto.

Y por lo que se refiere al tercer caso el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal no señala una forma en la que se tenga que ejercitar el derecho del tanto, sólo señala un término para su ejercicio, y deja abierta la posibilidad de que libremente exprese su voluntad.

Si recordamos el punto anterior, veremos que la Ley del Notariado para el Distrito Federal permite que dentro de los 5 días siguientes a la notificación, el destinatario de la notificación haga las observaciones, al "acta" y sería ideal que dentro de este término realice su ejercicio de esta forma, ya que el costo se divida entre el solicitante y el destinatario de la notificación y de esta manera se da una seguridad jurídica de que el ejercicio se está haciendo conforme a Derecho (en el caso de notificación por medio de notario) o hacerlo en una nueva acta ante el notario.

Además la fe pública del notario permitiría a su vez en caso de igualdad en condiciones (porcentaje) determinar quien lo ejercita primero y consignándolo esto en el acta.

Y por lo tanto no se necesita una nueva escritura para que se ejercite el derecho del tanto, bastará con que se haga ese ejercicio en la misma acta de notificación ya que la ley del notariado en el artículo 85 II lo permite.

Por otro lado el término para la notificación depende de la figura jurídica, así en unas será de 8 días y en otros 10 días, si mi propuesta fuera aceptada el término para su ejercicio se reduce a 5 días, es de advertir que por lo tanto, desde mi punto de vista con 5 días hábiles es mas que suficientes para ejercitar el Derecho del tanto, si nos apoyamos en que los medios de comunicación han avanzado, en tal grado que antes en 1928 sí eran necesarios más días pero hoy, 5 días son más que suficientes.

Por otro lado, la notificación desde mi punto de vista no es un elemento de existencia del ejercicio del derecho del tanto, pero si de validez, debido a que el 1795 en su fracción IV nos señala que para la validez de un contrato se requiere la forma que establece la ley y el artículo 1832 en su última parte señala:" Art. 1832.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente consignados por la ley."⁸⁶

Por lo tanto, la notificación sería una formalidad que establece la ley para validez de la venta y del ejercicio o renuncia en su caso del derecho del tanto.

Por otro lado ¿bastará que se entere el comunero de la enajenación? Yo opino que no, ya que la ley impone la obligación de notificar y si falta la notificación la misma ley no otorga validez a la enajenación.

V. CONCURRENCIA DE DERECHOS DEL TANTO.

Esto está relacionado con el bien jurídico tutelado, si como ya analizamos, el bien jurídico a tutelar es la consolidación de la propiedad en un solo titular, o bien la adquisición de la vivienda por un mayor número de personas, existe un problema que sucede en el supuesto de que existan dos titulares de derecho de tanto v. gr. un co-heredero desea enajenar su parte alícuota en un bien en copropiedad o viceversa quien tiene preferencia para adquirir el copropietario o el coheredero.

Desde mi punto de vista, si el fin buscado por el derecho del tanto es consolidar la propiedad sobre un bien, en un menor número de personas se tiene que saber en quien se puede consolidar en mayor grado la propiedad, y bajo este criterio se debe determinar quien es preferente.

⁸⁶ Op. Cit. p. 330.

Ahora en materia de arrendamiento se presenta un problema y es el siguiente: si bien la reformas del 19 de octubre de 1993 otorgan un derecho de preferencia y ya no del tanto (como ya lo analizaremos) ¿qué sucede si yo copropietario deseo enajenar parte del bien sujeto a un contrato de arrendamiento ya sea de un bien destinado a casa habitación u otro fin distinto? o ¿de bien es un arrendamiento todavía sujeto a la antigua regulación?, según la antigua regulación se tendrían dos derechos de preferencia y por virtud de ambos podría llegar a parecer que existe un conflicto de preferencia, por lo cual el criterio para otorgar la preferencia será el ya señalado, que establece que de debe ser preferido en quien se pueda llegar a consolidar la propiedad, la actual regulación establece en los artículos 2447 y 2448 J el derecho de preferencia por el tanto para ambos casos y el artículo 973 otorga el derecho del tanto (1292, 1005, 2750); si yo ejercito el derecho contenido en los artículo 2447 y 2448 J y fuera preferido sobre el copropietario caigo en un estado de división tan criticado y poco deseado por el derecho, así lo confirma la siguiente cita:

“...el o los inquilinos no gozan del derecho del tanto, en virtud de que; ni es la vivienda la que se esta enajenando, ni con esta venta se modificaría su situación jurídica, en efecto, si el inquilino adquiere esa porción indivisa, esta no le da derecho a ocupar parte determinada del inmueble y si la ocupa seguirá siendo a título de arrendatario, independientemente de que como copropietario queda sujeto a la acción divisoria que pueda ejercitar cualquiera de los condueños, que puede llegar incluso a la venta del inmueble, quedando así el inquilino, en la

*misma situación en que se encontraba antes de la adquisición de la porción indivisa; en cambio si adquiere el copropietario, si se logra la finalidad buscada por la Ley al establecer el derecho del tanto de comunero, de ir liquidando esa copropiedad. En síntesis, tal adquisición no es el camino para que el inquilino adquiera su vivienda ..*⁸⁷.

Por lo que debe de prevalecer el derecho del tanto para los copropietarios a fin de consolidar la propiedad, ya que como se menciona no cambiará la situación jurídica del inquilino, y seguirá siendo arrendatario y la comunidad prevalecerá. Ahora, si bien es cierto que la situación jurídica de arrendatario no cambia y seguirá siendo arrendatario, al pedir la división de la cosa común podrá adquirir la vivienda deseada, pero la ley no busca esto, por lo tanto yo creo que la propiedad y el derecho del tanto pertenecen a quien puede consolidar la propiedad.

Por otro lado la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de una jurisprudencia a emitido el siguiente concepto:

“...Es indudable que el derecho del tanto se concede a las 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 sucederá igual cosa, entre los usufructuarios, cuando existan co-

⁸⁷ Carlos Cuevas Senties; Op Cit.

usufructuarios, por que entonces, esto significaría que entre si tienen el mismo interés, pero tal situación no surge entre los copropietarios de la nuda propiedad y el usufructuario, pues entre aquellas y este no existe identidad de interés, ni derechos ya que la copropiedad y el usufructo suponen derechos de diversa naturaleza, aunque verse sobre la misma cosa de lo que se sigue que nudo propietario y 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. En apoyo de esta conclusión, puede invocarse que en nuestra tradición jurídica se ha negado el derecho del retracto al usufructuario no es dueño ni casi dueño directo ni útil de la cosa. De esta manera se ve con claridad de que aun 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 de derecho del tanto, debe ser preferente el derecho del copropietario...⁸⁸.

Estoy de acuerdo con la tesis antes expuesta en el sentido de que deberá ser preferido el copropietario sobre el usufructuario, gozando ambos del derecho del tanto, pero no por las razones expuestas en la misma, ya que son copropietarios en la nuda propiedad y no en un copropiedad ordinaria, ya que son instituciones aunque iguales en su regulación (entiéndase en que se le aplicarán

⁸⁸ Amparo Directo 1752/60. Josefina Ceballos de Lamadrid. 5 de octubre de 1961. Mayoría de tres votos.

las mismas reglas que a la copropiedad normal para regular sus relaciones) pero distintas en cuanto a su origen (ya que si bien las dos nacen de una comunidad de bienes, una nace de propiedad pura y simple y la otra del derecho real de usufructo, que tiene dos partes nudo propietario y usufructuario, y que forman parte de un mismo derecho real y no son distintos derechos reales, ya que el uno si el otro no tienen razón de existir) y por lo tanto se debe atender, como ya lo mencione, en quien se puede llegar a consolidar en mayor grado o porcentaje la propiedad; y esto se logrará si es preferido el nudo propietario sobre el usufructuario.

VI. A QUIEN SE LE NOTIFICA.

En materia de notificación, según se establece en la Ley del Notariado para el Distrito Federal debe de hacerse personalmente, ya que esto beneficia al titular del derecho del tanto ya que así en ese mismo momento, puede este ejercitar el derecho.

El problema se presenta, ya que la Ley del Notariado para el Distrito Federal, presenta la posibilidad de notificar mediante instructivo (es importante distinguir en este punto entre el notificado y el destinatario de la diligencia de notificación ya que en principio pueden coincidir, pero que existe la posibilidad, de que no coincidan) y en este supuesto el término empezará a correr al día

siguiente de la notificación, a partir del cual gozará de cinco días para ejercer el derecho del tanto.

RENUNCIA.

La renuncia en el derecho del tanto es un problema que se ha planteado en la doctrina, ya que la Ley, como en otros conceptos no es clara o es inexistente su regulación, y se puede tomar las teorías y defenderlas, la primera expuesta por el maestro Arce y Cervantes.

"... Si el derecho queda sujeto a la voluntad del titular puede ser renunciando anticipadamente, es decir, antes haya avisos de alguna enajenación de la parte alicuota?. En vista de lo expuesto con anterioridad y de conformidad con el artículo 6o. del Código Civil, esto es, como la renuncia no afecta directamente al interés público, ni perjudica derechos de terceros, se debe concluir que la renuncia es válida".⁸⁹

Y el artículo sexto del Código Civil señala lo siguiente:

"Artículo 6. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la Ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden reunirse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la

renuncia no perjudique derechos de tercero".⁹⁰

La tesis contraria la expone el Licenciado Jorge Alfredo Domínguez Martínez, en su obra, "Derecho Civil" en los siguientes términos:

"...Primera. Porque como comentamos antes, la copropiedad resulta ser una institución no favorable para la ley. El mayor gusto del orden legal sería que no existiera aquella; esto se pone claramente de manifiesto en la regulación del ejercicio del derecho del tanto; si son dos o mas los copropietarios que hacen uso del mismo, según dijimos, la porción objeto de la venta no se divide entre ellos; en última instancia termina por aplicarse sólo a uno de los interesados, sea quien tiene la mayor porción, o bien el favorable por la suerte. Consecuencia de ese procedimiento es que el derecho de propiedad se va concentrando en una persona al ir teniendo ésta una mayor participación en la cosa hasta abarcar la totalidad y desaparecer así la copropiedad.

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

⁸⁹ Citado por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ; Jorge Alfredo "Derecho Civil, parte general, personas, cosas; negocio jurídico e invalidez"; Editorial Porrúa; 1a Edición; México; 1994;

⁹⁰ Código Civil Op. Cit. p. 6.

Segunda. El derecho del tanto no es renunciable anticipadamente por la sencilla razón de que ese derecho no existe mientras las condiciones de la venta propalada no se conocen; es decir, su existencia se inicia precisamente con la pretensión que el copropietario tiene de vender su parte alícuota en ciertas condiciones. Antes de ello no hay derecho del tanto alguno pues no hay cantidad para tantear. Por ello no puede renunciarse un derecho que no se tiene...⁹¹

En base a lo expuesto en el capítulo de derechos reales de esta obra se expuso que existe el derecho del tanto como potencia y en acto hasta la realización del supuesto de la enajenación por lo cual, no estoy de acuerdo con la segunda crítica ya que podría llegar a renunciar esa expectativa de derecho, por lo que si se podría renunciar ese derecho.

La primera exposición es acertada en el sentido de que este lo que busca es la consolidación de la propiedad en un mayor número de personas y con la renuncia anticipada de derecho del tanto, la reunión de la propiedad en un menor número de personas sería prácticamente imposible.

Yo me inclino a pensar en base a las teorías expuestas, que si se pueda

permitir la renuncia anticipada del derecho del tanto ya que, las normas que lo regulan no son de orden público y por ende su renuncia no afecta a derechos de la colectividad y tampoco de terceros (opinión de Arce) y además son derechos entre particulares que su renuncia solo afecta a ellos, pero si bien es cierto que la renuncia afecta a la finalidad del derecho del tanto como lo expone el Licenciado Domínguez Martínez, una renuncia parcial, en el sentido de que no todos renuncien a este derecho si se puede permitir ya que quedar para otros comuneros que lo podrán ejercitar y se podrá ejercitar y consolidar la propiedad.

VIOLACIÓN.

Para exponer el tema de la nulidad en la violación del derecho del tanto, es necesario considerar ambas posturas las que consideran que la violación al derecho del tanto, trae aparejada la nulidad absoluta o la nulidad relativa, y para lo cual me basaré en la siguiente crítica:

“Se razona para fundar la nulidad absoluta en que la venta se ha efectuado violado normas prohibitivas, por lo que el acto cae dentro de la nulidad virtual del artículo 8o. del Código Civil y además se fundan en que el artículo 1292, al tratar de la indivisión hereditaria, si dice expresamente que es nula la venta.

91 DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo “Derecho Civil: parte general; personas; cosas; negocio jurídico e

Estimo que esta teoría podría reforzarse con el siguiente razonamiento: si examinamos la legislación mexicana que tiende a la desamortización de bienes, se llega a la conclusión de que el legislador ha elevado a la categoría de disposiciones de orden público, las encaminadas a la desaparición de los bienes de manos muertas y una de las fuentes de ellos era precisamente la copropiedad; como consecuencia, en aplicación del artículo 2225 y 80. del Código Civil, la nulidad que establece el artículo 1292 debe catalogarse entre las nulidades absolutas. Ahora bien, el artículo 2226 estatuye, como regla general, que los actos nulos, con nulidad absoluta, producen provisionalmente efectos, que serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie la nulidad; pero al lado de la regla general establece la excepción, o sea, que habrá ocasiones en que no pueda producir efectos provisionales, y el caso se presentará cuando el legislador lo disponga expresamente, como acontece en la parte final del artículo 973, disposición que tantas discusiones ha suscitado, pues ha llegado hasta afirmarse que se trata de una inexistencia, en contra de los principios que norman esta invalidez. Esta conclusión nos permite explicar la disposición del artículo 1992, que el vendedor está obligado a consumar la venta en favor del copropietario preterido, bajo las bases concertadas, solución que no podrá admitirse si el acto fuere inexistente o nulo con nulidad absoluta y se necesitaría de una sentencia que la declarase. Se explica perfectamente la voluntad del legislador de privar de efectos

provisionales al acto, con la finalidad de que no sea necesario la substanciación de un juicio para declarar la nulidad y hasta entonces celebrar la venta con el copropietario.

En efecto: según estudiamos en la Teoría General, al analizar el concepto de legitimación para contratar, la legitimación es un dato exterior al sujeto, que consiste en el hecho de encontrarse el sujeto en determinada posición, respecto de otros sujetos o con relación al bien materia del contrato" y que la sanción no es la nulidad, sino un grado de invalidez semejante a la inoponibilidad del contrato, de tal manera que al celebrarse es inoponible al copropietario preterido, pero no nulo y tan pronto como se celebra con otro copropietario, será perfectamente válido, utilizando el anterior - lo que supone su validez y su inoponibilidad - los elementos esenciales. Este resultado es posible debido a que existiendo ya la legitimación para contratar, deja de ser inválido, para convertirse un contrato válido".⁹²

Y también en la siguiente cita:

"Por el texto del precepto transcrito, bien podríamos afirmar que se trata de una nulidad absoluta y de pleno derecho, aquella nulidad que el acto celebrado padece por ilicitud en un objeto y por la que la propia ley le priva de efectos. Para una mayor claridad en nuestra exposición, parece

recomendable consultar más adelante la nulidad absoluta; por ahora, tengamos presente que por regla general dicha nulidad absoluta no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, por excepción en consecuencia, según opinión de la doctrina, hay ocasiones en las cuales la ley priva directamente de efectos.

Sin embargo la nulidad considerada así aisladamente, no satisface plenamente la aplicación, de las reglas de las nulidades, pues como veremos la nulidad absoluta es rígida para estar ante ella se requiere de la participación de todas sus características, como son el que es imprescriptible e inconfirmable; por esto, a su vez, el acto no llega a convalidarse. En el caso que nos ocupa en cambio, la posible renuncia a posteriori del partícipe preterido trae como consecuencia la convalidación de la venta en la que aquel no fue oído, lo que es característica de la nulidad relativa”.⁹³

Si bien es cierto que la ley señala que la “venta” es nula, no por esto podemos afirmar que la ley establezca a la nulidad absoluta como la indicada, por el solo hecho de mencionar la palabra “nula”, ya que el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal no hace expreso que tipo de nulidad es. Yo opino que la nulidad será la relativa ya que el acto podrá ser convalidado si se realizara notificación y sólo podrá ser pedida por el interesado, y así se señala en la doctrina:

⁹² Aguilar Carvajal Leopoldo; “CONTRATOS CIVILES”; Editorial Porrúa; 3a. edición; México; 1982; p. 92.

“.. la nulidad ataca al acto, por que este se ha realizado imperfectamente, carece de alguno de los requisitos que la ley exige... la nulidad es absoluta cuando reúne todos estos caracteres: a) puede ser invocada por cualquier interesado; b) la nulidad no desaparece por confirmación; c) la acción de nulidad no se extingue por prescripción.

La nulidad es relativa: a) cuando solo puede ser invocada por determinadas personas; b) si la nulidad puede desaparecer por confirmación o c) cuando la acción de nulidad se extingue por prescripción.”⁹⁴

Por otro lado el supuesto para que se de el derecho del tanto, es que exista una intención de enajenar, (por lo cual aquí el derecho del tanto deja de ser potencia y se actualiza), y además debe ser hecho a un extraño ya que si no, no nace el Derecho.

Ya antes dije, que la ley señala a la notificación como elemento que de no existir sería nula la “venta” y me apoye en los artículos relativos del Código Civil, ahora lo hago en el siguiente artículo 2228 que establece:

“Artículo 2228. La falta de forma establecida por la ley si no se trata de actos solemnes, produce la nulidad relativa del mismo”.

⁹³ Op. Cit. Pág. 384 y 385.

Si la forma es el conjunto de signos exteriores mediante los cuales se exterioriza el consentimiento de una persona, tenemos que analizar que la notificación es un elemento de validez y que su falta produce la nulidad relativa y en consecuencia la "venta" de un bien sujeto a la régimen de comunidad, es nula.

Por lo tanto la "venta" realizada en contravención del derecho del tanto nace afectada de una nulidad relativa.

Después de analizar lo anterior podemos concluir que la contravención a la norma y la falta de notificación produce la nulidad relativa de la venta y que este nace afectada de una nulidad y que por otro lado se podrá perfeccionar en el supuesto del que el Derecho del Tanto sea notificado y no ejercitado o prescriba o sea renunciado.

Las conclusiones de este tema son las siguientes:

A) La notificación es un formalidad establecida por la ley para el ejercicio del derecho del tanto que tiene una doble consecuencia; la primera que permite dar publicidad a la intención de enajenar y al segunda, permite dar inicio al plazo para ejercitar el derecho del tanto y que de no hacerlo produce la nulidad relativa del acto.

⁹⁴ GALINDO GARFIAS Ignacio; DERECHO CIVIL; Editorial Porrúa; 10a. edición; México; 1990; p. 261 y 262.

B) Ahora no hay que confundir la forma en que se debe de ejercitar el derecho del tanto que será por medio de notario, con la formalidad para realizar la notificación ya que la falta del primero, traerá la nulidad del derecho del tanto y la segunda, la nulidad de la "venta".

Para concluir este tema en líneas anteriores establecí que si bien el derecho del tanto carece de un medio procesal para hacer valer su incumplimiento, pero que si tiene una sanción y que es la nulidad, pero no podemos confundir la sanción con el medio procesal efectivo para ejercitar el derecho del tanto ya que el primero es un elemento de la norma y el segundo es un institución independiente pero relacionada con el derecho del tanto, para poder entender lo anterior tenemos que analizar el concepto de sanción y para eso citaré lo siguiente:

"La sanción jurídica, que estrictamente consiste en la consecuencia que atribuye la norma a la observancia o inobservancia de lo preceptuado por ella .. Y si decimos que generalmente la sanción jurídica consagra una forma de coercitividad, es por que tal cosa ocurre en todos casos de ejecución forzosa y de penas corporales y pecuniarios; pero no consideramos que esto mismo sucede en los casos de sanciones como la nulidad y la rescisión pues si bien se requiere en estos

supuestos la intervención de la autoridad judicial, su actividad no implica propiamente una función coercitiva, si no más bien declarativa” .⁹⁵

Por lo tanto la sanción en el derecho del tanto del tanto es una nulidad que deberá ser declarada por un juez y que hará que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de su ejercicio.

Y que el retracto no es una sanción es una acción y será el medio procesal mas eficaz para cumplir con el derecho violado.

Y por lo tanto podemos decir que *la sanción es la nulidad relativa y la forma de ejercitarlo es el retracto.*

Ahora cual es el origen de cada uno, la de la primera (la nulidad) es la falta de notificación y cuando me entero yo puedo ejercitar la nulidad y la acción de retracto su origen es será la realización de la “venta” habiendo notificado y no esperado a que se ejercitará el derecho del tanto.

Y desde un punto de vista práctico lo que conviene ejercitar es la acción de retracto, ya que directamente retraigo el bien y si ejercito la nulidad tendrá que ser declarada para que posteriormente se notifique y se ejercite el derecho del tanto.

⁹⁵ PRECIADO HERNÁNDEZ Rafael; LECCIONES DE FILOSOFÍA DE DERECHO; Editorial Textos

El Código Civil no establece nada sobre la acción de retracto como ya bien dijimos y es la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que solucionaba el problema al regular la acción del retracto. Esto se solucionaba con la Ley de Régimen de Propiedad en Condominio de Bienes Inmuebles del Distrito Federal que establecía y otorgaba tanto el derecho del tanto, como la acción de retracto a los inquilinos y a las instituciones oficiales que hubieren participado en la construcción del inmueble (abrogada el 31 de diciembre de 1998).

Diferencia con la acción del retracto :

Es importante dejar en claro la diferencia que existe entre el derecho del tanto y la acción de retracto, ya que como hemos observado a través del análisis de la presente obra en las distintas regulaciones de México, ha existido esta confusión, así en el código civil de 1870 se le confunde.

Las diferencias a tratar son las siguientes : la primera de ellas es referente a la naturaleza de la acción de retracto ya que esta tiene un carácter netamente procesal y por lo cual tenemos que distinguir entre dos supuestos, uno, el derecho del tanto que es un derecho sustantivo y dos, la acción de retracto que es un derecho adjetivo y como tal sirve para ejercitar o hacer valer un derecho ante los

tribunales. Por lo tanto la acción del derecho retracto es un derecho procesal para, hacer valer un derecho sustantivo, el derecho del tanto.

Es importante señalar que la finalidad que persigue el derecho en esta institución, es la consolidación de la propiedad en una sola persona y que si el mismo derecho no da una forma clara y segura de consolidar la propiedad es por lo tanto ilógica la regulación contenida en el Código Civil; ya que el Derecho del tanto no tiene una forma jurídica, reconocida para hacer valer, más no quiere decir que no exista una sanción.

Así nuestro Código Civil se ve suplido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que en la jurisprudencia otorga esta sanción para hacer valer el derecho.

Por lo tanto podemos decir que el bien jurídico a tutelar es la consolidación de la propiedad, el derecho a esa consolidación es el Derecho del tanto y que la acción para hacer valer ese derecho es el retracto.

La carencia de esta regulación, si bien no se presta a confusiones si crea un estado de incertidumbre.

Ahora ya tenemos el medio procesal para poder ejercitar o hacer valer el derecho del tanto en caso de incumplimiento. Como toda acción tiene que tener un

término para hacerse valer, y que es de quince días contados a partir de que tenga conocimiento de la notificación para hacer valer

Desde mi punto de vista es un termino muy apropiado para su ejercicio.

Siguiendo a Luis Fernando Mena Toriz, podemos citarlo, al diferenciar al derecho del tanto de la acción de retracto:

“...Considera José Puig Brutau que” se da el fenómeno de que el derecho de adquisición preferente de origen legal parece un derecho distinto del retracto cuando actúa en la expresada fase previa, hasta el punto de que el Código (se refiere al Código Civil Español) lo califica en la palabra: tanteo. Pero en realidad se trata de un derecho unitario cuyo carácter real precisamente impone concebirlo con aptitud para operar indistintamente, tanto en la fase previa como en la forma de un derecho de subrogación en lugar del adquirente. Con el tanteo y el retracto nuestro Código presenta separadas, como si se tratara de figuras jurídicas distintas, dos manifestaciones del mismo derecho. En otras palabras: a quien se reconoce el derecho de adquirir determinado objeto con preferencia a cualquier otro posible comprador o adquirente, ha de reconocérsele la posibilidad de hacerlo efectivo, no sólo antes de que otra enajenación proyectada se haya consumado (tanteo), sino incluso después de semejante enajenación no preferente (retracto). Por consiguiente, a quien se da el derecho de tanteo ha de serle igualmente concedido el derecho de retracto; de lo contrario habría que considerar el tanteo

como un derecho obstativo, es decir, prohibitivo de cualquier otra enajenación antes de que conste que el titular del derecho preferente lo renuncia o desiste de ejercitarlo”.

“Los derechos de retracto y del tanto no obstante que contienen implícitamente un derecho de preferencia o prelación que debe ejercitarse en igualdad de precio y condiciones, son dos figuras diversas. Su distinción radica esencialmente en lo siguiente: el derecho de retracto tiene lugar después de realizada la venta, es un derecho de subrogación legal; el derecho del tanto tiene lugar antes de que la venta se efectúe, es decir, cuando se intenta o proyecta, es un derecho de compra preferente. El retracto cuando se ejercita produce una alteración en las relaciones jurídicas de los contratantes que no produce el ejercicio del derecho del tanto”.⁹⁶

Diferencia con el Derecho de Preferencia por el Tanto

Para este capítulo tomaremos como base la regulación del Código Civil, ya que cada una tiene sus propias normas para su ejercicio, así el derecho del tanto nace por disposición de la ley y el derecho de preferencia por el tanto nace por voluntad de las partes o por disposición de la ley. Así por ejemplo en la copropiedad, usufructo, sucesiones, sociedades, aparcería y condominio (conforme la anterior

regulación), encontramos regulado el derecho del tanto y en compraventa y en arrendamiento se encuentra regulado el derecho de preferencia, en el primer supuesto o sea en la compraventa es por voluntad de las partes establecerlo o no y en arrendamiento se encuentra regulado por disposición de la ley (artículo 2303).

Otra diferencia básica y fundamental entre el derecho del tanto y el derecho de preferencia por el tanto, es su sanción para el caso de incumplimiento, en el primero acarrea la nulidad relativa y la sanción para la segunda es el pago de daños y perjuicios ¿Por qué diferente grado de sanción?, ¿No es el mismo incumplimiento a un pacto de preferencia ?, ¿Qué es lo que hace que varíe la sanción?. Estas preguntas se contestan al determinar cual es el interés de cada uno de los derechos, el del derecho del tanto es general terminar con ese estado de indivisión tan indeseado por el derecho y el de preferencia por el tanto es la voluntad de las partes y por lo tanto un interés entre particulares.

Así podemos encontrar otras diferencias como lo son el plazo para el ejercicio de una es siempre el mismo mueble o inmueble y en el derecho de la preferencia varia y distingue, o la forma de notificación que en el derecho del tanto tendrá que ser por notario, judicialmente, por testigos o por el administrador del inmueble y en el derecho de preferencia por el tanto, de manera " indubitable".

⁹⁶ Luis Fernando Mena Toris Op. Cit; p. 69.

CÓDIGO CIVIL.

Después de haber realizado un análisis de la institución en nuestro código civil y en la anterior ley de condominio, y haber hecho las observaciones y críticas pertinentes, así como las propuestas necesarias, realizaré en esta parte del capítulo un análisis en particular de cada caso regulado en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal del derecho del tanto, para poder tener un marco más apropiado y completo del derecho del tanto.

Así seguiré el orden establecido en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, para el derecho del tanto (Predio Colindante, Copropiedad, Usufructo, Sucesiones, Aparcería Rural) y la anterior Ley del Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles del Distrito Federal.

DERECHO DEL TANTO.

PREDIO COLINDANTE

"Artículo 771. Cuando conforme a la ley pueda enajenarse y se enajene una vía pública, los propietarios de los predios colindantes gozarán del

derecho del tanto en la parte que les corresponda, a cuyo efecto se les dará aviso de la enajenación. El derecho que este artículo concede deberá ejercitarse precisamente dentro de los ocho días siguientes al aviso. Cuando este no se haya dado, los colindantes podrán pedirla rescisión del contrato, dentro de los seis meses, contados desde su celebración." ⁹⁷

Este artículo es muy deficiente en su regulación y mantiene el error cometido desde el código civil de 1870, ya que no señala, ni como se debe de notificar, ni cuantos días tiene la autoridad para realizar las misma, ni el medio por el cual el propietario del predio colindante debe hacer valer su derecho del tanto (si será por un simple escrito dirigido a la autoridad, por medio de notario, judicialmente, etcétera).

Por otro lado la rescisión es un acto unilateral de voluntad, que se da en el supuesto de existir incumplimiento en las obligaciones recíprocas, por lo tanto la rescisión la podrá pedir la autoridad o el nuevo adquirente y no el propietario de predio colindante, ya que este no es titular de ningún contrato por virtud del cual tenga derecho este a pedir la rescisión del contrato. Y en caso que tuviera a demandar la rescisión ¿cómo voy a pedir la rescisión de un contrato perfectamente valido? y ¿cómo va a lograr el propietario del predio colindante que realice esta declaración?, ¿por qué medio logrará realizar esta declaración por parte de la autoridad?. Ahora si se logra conseguir la rescisión del contrato, la autoridad estará

⁹⁷ Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal; Editorial

obligada a enajenar al propietario del predio colindante; el artículo no menciona nada, aunque el 1,292 la obligaría a realizar la enajenación, pero el artículo en cuestión no es expreso y por ende se prestaría a confusiones.

Por otra parte el artículo no señala si la venta es valida o no, aunque al otorgar la rescisión podemos suponer que la enajenación es valida y que produce todos sus efectos legales entre las partes y que ni en el caso del ejercicio del derecho del tanto, podemos decir que la venta es nula.

En materia de predio colindante, nos presenta un problema y es que el artículo 32 de la Ley General de Bienes Nacionales, regula el mismo supuesto, la enajenación de un predio a colindantes y otorga reglas más concretas que el actual artículo 771 del Código Civil, por lo tanto este artículo estará derogado por el artículo 32 de la ley citada bajo el principio de que la ley posterior deroga a la anterior.

Pero si el Código Civil es carente y ambiguo en su regulación este lo es más ya que no exige una forma en la cual se deba de comunicar la intención de enajenar, no establece que pasa si otro propietario de predio colindante desea adquirir, amplía el plazo para su ejercicio de ocho a treinta días, no establece sanción para el caso de incumplimiento, no establece como se ha de ejercitar y en caso de ejercitarlo como ha de transmitirse.

Yo opino que no es un derecho del tanto ya que existe en este supuesto, no existe una comunidad de bienes o una necesidad de adquirir el bien, y no existe, porque no hay un estado de indivisión, no hay un estado indeseado por el derecho, sino una intención de enajenar por parte del Estado un bien inmueble, yo opino por tanto que debe de existir un derecho de preferencia por el tanto para el predio colindante, ya que así podrá acrecentar su propiedad (fin que desde mi punto de vista busca el legislador), y que en caso de no respetarse no sucede más que el pago de daños y perjuicios, ya no existe un interés general para la adquisición por parte del predio colindante, ya que no importa quien lo adquiera y además el "predio colindante", es una unidad jurídica distinta, por lo cual no existe un estado de conflicto que justifique la existencia del derecho del tanto.

Con esta tesis y al reformar el artículo se daría una regulación más clara y coherente al interés que desde mi punto de vista busca el legislador al otorgar un derecho de preferencia por el tanto y no un derecho del tanto y se estaría derogando al artículo 32 de la Ley General de Bienes Nacionales, para ahora ser regulado por el artículo 2,303 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

Copropiedad

Esta es una de las figuras más reguladas del derecho del tanto en nuestro Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, más no quiere decir que esté bien regulada, el primer artículo en el cual el derecho del tanto nace de una comunidad de bienes como tal, ya que en el punto anterior no existe un comunidad de bienes, ya que son predios totalmente *distintos y que por una desincorporación de bienes propiedad del Estado, nace el derecho del tanto*, (que yo propongo que sea un derecho de preferencia por el tanto) pero no existe una comunidad de bienes, estado que busca que se termine con éste derecho.

Como ya dije me basara en el capítulo anterior para criticar cada parte de los artículos a analizar y así empezaré por el artículo 973, que establece lo siguiente:

“Artículo 973. Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A 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 notificado, la venta no producirá efecto legal alguno.”⁹⁸

Para poder entender el derecho del tanto tenemos que exponer algunos términos de importancia relacionados con el derecho del tanto, así el primer punto será el entender el concepto de parte alícuota y ¿qué es parte alícuota?, si no un porcentaje ideal sobre un bien.

Una vez establecido lo que es parte alícuota y que esa parte alícuota (un porcentaje ideal del bien) se entiende aun más la naturaleza y el fin del derecho del tanto, ya que al existir esa división en la propiedad, se crea un estado no deseado por el derecho.

“Enajenar extraños”

Con esto el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal cierra la posibilidad de que el derecho del tanto se ejercite siempre que exista una transmisión por parte del copropietario, ya que si esta se realiza a favor de otro copropietario sea cual fuere su porcentaje, no nace el derecho del tanto, ya que la propiedad lejos de fraccionarse, se va consolidando y por lo cual el derecho del tanto no tiene razón de ser. Y me apoyo en lo siguiente:

⁹⁸ Ibidem p 214

“El privilegio del tanto tiene lugar únicamente cuando el dueño pretende enajenar a un extraño” lo conceden exclusivamente cuando se trata de enajenar o vender a extraños y la significación de este último termino está suficientemente clara para que requiera interpretación”.

El mismo Arce expone la tesis contraria de la siguiente manera:

“...aun en el caso de enajenación a un copropietario, los demás pueden tener interés en adquirir para incrementar su parte puede existir, como es posible que un colindante lo tenga, de adquirir el predio que colinda con el suyo y no por esto puede concederse, el tanto” Lic el nunc” al colindante como antiguamente lo tenía ”

Estoy de acuerdo en que el copropietario llegue a tener un interés en adquirir el bien que es vendido a otro propietario, pero si como ya dije, el fin del derecho del tanto es evitar la división y la fragmentación de la propiedad, y con la venta a un copropietario no se divide, ni se fragmenta más la propiedad, y si se consolida la propiedad, no tiene razón de ser el derecho del tanto.

“Notificará a los demás por medio del notario o judicialmente”

Después del análisis hecho, creo que la manera más apropiada para realizarlo es a través del notario; por la seguridad jurídica que garantiza y la forma de realizarse.

El Código Civil establece la posibilidad de que sea un notario o el órgano jurisdiccional, el que realice la notificación, con los elementos anteriormente expuestos, yo creo que el más apropiado es el notario, por la seguridad y certeza origina este perito en derecho, es muy difícil que se otorgue por otro medio.

Por otro lado este artículo no da la forma en que debe de ser expresada su voluntad (la del titular del derecho del tanto que lo quiere ejercitar) para ejercitar el derecho del tanto, solo da un plazo para ejercitar el derecho de 8 días. El derecho del tanto prescribe en consecuencia en 8 días, como ya propuse debe de ser en la misma acta o en otra pero siempre ante notario y el tiempo para su ejercicio se reduzca a 5 días.

“Enajenar” “Venta”

La falta de técnica legislativa se vuelve a hacer evidente en el artículo y provoca que en un mismo artículo se utilicen dos palabras, como sinónimos, una el género “enajenar” y otra la especie “venta”, como ya analizamos; el legislador olvidó reformar el artículo ya que en el artículo del Código Civil de 1884 utilizaba en ambas casos el termino de venta.

Así con esta reforma que propongo no queda duda y se afirmaría que el derecho del tanto procede en todo tipo de enajenación, excepto en los casos ya expuestos.

“No producirá efecto legal alguno”.

Según la doctrina ya citada “el no producirá efecto legal alguno”, trae aparejada una nulidad relativa ya que la sanción que persigue la ley no es provocada que esa venta deja de tener validez.

Por otro lado el artículo 974 es complemento del anterior artículo, ya que nos señala las reglas del orden de preferencia para ejercitar el derecho del tanto, y que serán: en primer lugar el convenio, como primera y principal manera de resolver la preferencia, (la autonomía de la voluntad de las partes determinará el orden); el mayor porcentaje en segundo lugar y en tercer lugar a la suerte.

Yo propongo *eliminar la suerte* (ya que es carente de toda seguridad e ilógico para un ordenamiento moderno, posiblemente para la época en que fueron redactados los códigos de 1870, 1884 y 1928, pero para el derecho del siglo veintiuno no) para instaurar como tercer forma de ejercitar el derecho del tanto el primero que lo ejercite el derecho del tanto de manera indubitable ante notario, ya sea que consignan el precio ante el (para lo cual sería necesario reformar a la ley de la materia ya que como esta no podría el notario recibir este dinero). Pero teniendo en claro que será en primer lugar convenio, segundo porcentaje y tercero orden de entrada.

USUFRUCTO.

El artículo 1005 otorga el derecho del tanto al usufructuario y es expreso al señalar que sólo se aplicará en lo relativo a la forma de notificar y tiempo para ejercitar el derecho, pero en su regulación no se señala:

- 1) ¿Cuándo se podrá ejercitar el derecho del tanto?, solo cuando otro usufructuario desee enajenar o cuando quiera enajenar nudo propietario.
- 2) ¿Cuál es la sanción en caso de incumplimiento?; es la misma que en la copropiedad.
- 3) ¿Qué usufructuario podrá ejercerlo?; el de mayor porcentaje, el primero o por convenio

Entendiendo al derecho del tanto como un sistema, podemos afirmar que supletoriamente son aplicables todas y cada una de las críticas, establecidas para la copropiedad, ya este artículo es base para su aplicación y estudio.

Antes de pasar al siguiente punto, quisiera desarrollar una crítica, y es la

relacionada a cuando y quien puede ejercer el derecho del tanto (en materia de usufructo), ya sea que el que enajenante sea el nudo propietario o el usufructuario. Es necesario establecer primero ¿quien de los dos puede enajenar?, esto se resuelve en términos de los artículos 1002 y 1004, de los cuales se desprende que ambos pueden enajenar su derecho en el usufructo.

Partiendo de la base que ambas partes pueden enajenar su derecho en el usufructo y si el fin del derecho del tanto es consolidar la propiedad en el menor número de titulares, puedo afirmar que con la enajenación y el ejercicio del derecho del tanto por parte de la usufructuario o del nudo propietario se hace posible, este fin, por lo tanto ambas partes gozan de este derecho del tanto, así, si el nudo propietario desea enajenar su derecho en el usufructo y un usufructuario quiere hacer valer el derecho del tanto y adquiere la nuda propiedad, se logra el fin del derecho del tanto que es el de consolidar la propiedad en un menor número de partes y en caso de ser varios lo nudos propietarios seguirá existiendo el usufructo (art. 1004).

Otro supuesto a analizar se establece en el artículo 983 (usufructo simultáneo), en el que usufructuario desea enajenar su derecho en usufructo, y si este desea enajenarlo los demás usufructuarios gozarán del derecho del tanto para adquirir, y *consolidar en un menor número de personas la" propiedad",* ahora si no ejercitan el derecho del tanto los usufructuarios o el nudo propietario, un tercero podrá llegar a adquirir y ya que no se extingue éste derecho (por su

enajenación), en virtud de encontrarse dentro de las causales de extinción (es más se permite en el artículo 1038 fracción IV) y será bajo responsabilidad del tercero adquirir ya que en caso de adquirir cabe la posibilidad de que su derecho se extinguirá si cesa el de alguno de los derechos de uno de los usufructuarios.

Mi opinión se basa en dos artículos el primero el artículo 1002 que otorga a el usufructuario, el derecho de enajenar su derecho de usufructo y que terminará cuando termine el usufructo y el segundo artículo es el 1038 fracción IV que dice: "IV Por la reunión del usufructo y de la propiedad en una misma persona mas si la reunión se verifica en una sola cosa o usufructuado, en lo demás subsistirá el usufructo, al señalar que se consolide en parte de lo usufructuado y que lo demás subsistirá", por lo tanto, el usufructuario y el nudo propietario gozan del derecho del tanto.

SUCESIONES.

El artículo 1292 es más preciso que el artículo 973, ya que además de incluir los elementos, del artículo ya citado, viene a aportar nuevos elementos, que permiten definir más claramente el derecho del tanto, así el análisis a realizar es el siguiente:

"Extraño".

Se le puede aplicar la crítica realizada al artículo analizado en materia de copropiedad (artículo 973), ya que es el mismo supuesto, que no se permita la entrada a persona distinta a esta relación jurídica, para terminar con el estado de indivisión.

"o por medio de testigos".

Ya al analizar la forma de notificar, se expuso la notificación hecha por testigos y como exprese desde mi punto de vista es un modo inseguro y anticuado de realizar la notificación, ya sea que puede prestar a manipulaciones, y que por lo tanto el derecho no se puede permitir crear inseguridades, por lo cual la mejor forma de realizarlo es por medio del notario.

"Las bases o condiciones en que se ha concertado la venta" .

Aquí se encuentra el fundamento para señalar que se le debe notificar todos y cada uno de los elementos de la venta, precio, condiciones, plazo, lugar y fecha de pago etcétera y que si cambia o varia alguno de ellos no podrá

cumplir con el derecho del tanto y que también si varía un elemento en la enajenación lo tendrá que volver a notificar.

Al analizar el derecho del tanto en materia de copropiedad se expuso y analizó la reforma realizada en el código civil de 1870 (en el cual solo se regulaba el derecho del tanto para el caso de venta y que con esta reforma se establecen los términos "venta" y "enajenación", en la cual por descuido el legislador olvidó reformar en forma integral el artículo y señalar que el derecho del tanto procede en cualquier tipo de enajenación), y que en materia de sucesiones no se realizó y por lo cual puede parecer que en materia de sucesiones sólo existe el derecho del tanto, para el supuesto de venta, pero si entendemos al derecho del tanto como un sistema, se puede aplicar el mismo criterio y por lo cual el derecho del tanto en sucesiones, también y al igual que en copropiedad y en todas las instituciones en donde se regula el derecho del tanto, procede en cualquier tipo de enajenación.

"OCHO DÍAS".

Mantiene una coherencia al señalar el mismo plazo para ambos artículos (973 y 1291), aunque como ya propusimos, se debe disminuir a cinco y que al igual que el artículo anterior si no se ejercita prescribe el derecho.

"consumar la venta a su favor".

Aquí encontramos (desde mi punto de vista) la obligación más importante en materia de derecho del tanto, y es la de consumir la venta, en caso de ejercitar el derecho del tanto a favor del comunero. El Código Civil da la solución para la respuesta a la notificación, antes solo quedaba la obligación de notificar ahora no solo la obliga a notificar sino a consumir la venta a favor del coheredero una vez que ha ejercitado el derecho, con esto no quedará a la libertad del coheredero - enajenante (y cualquier otro comunero, llámese copropietario, socio, aparcerero, etcétera) la facultad de enajenar o no, esta obligado por Ley.

"será nula". .

El Código Civil habla de nulidad, pero no dice que clase de nulidad es, si es relativa o absoluta y por lo cual se le puede aplicar lo establecido en el anterior artículo, ya que a razones iguales disposiciones iguales.

El artículo 1293 (que es idéntico al artículo 974) señala el orden de preferencia en caso de ejercicio del derecho del tanto, y que al ser igual que la regulación contenida en materia de copropiedad se le aplican las mismas críticas ya realizadas.

El artículo 1294 limita el ejercicio del derecho del tanto solo para el

supuesto de enajenación a un tercero y por lo cual reafirma lo establecido en los artículos 973 y 1292, al señalar que el derecho del tanto no nace si la enajenación se efectúa a otro comunero.

SOCIEDADES.

El artículo 2706 otorga el derecho del tanto a los socios. Este artículo carece de todo elemento para determinar como ejercitarlo, la sanción, la forma de ejercitarlo, en caso de igualdad de porcentaje quien podrá ejercitarlo, forma de notificarlo, carece de todos los elementos menos del plazo para su ejercicio. Este artículo además de las carencias ya referidas presenta una particularidad especial, si es un derecho de preferencia por el tanto y si es un derecho del tanto.

Para esto me apoyaré en el artículo 755 que dice:

"Artículo 755.- Por igual razón se reputan muebles las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aun cuando a estas pertenezcan algunos inmuebles." ⁹⁹

Podría llegar a parecer que es un derecho de preferencia por el tanto ya que lo tengo en virtud de la calidad de socio o asociado que deriva de un

contrato de sociedad y como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, podría llegar a ser un derecho personal (de preferencia), para adquirir , pero yo creo que no, ya que si yo soy titular de las acciones y que estos son bienes muebles y que puedo llegar a decir que soy comunero o cotitular del capital social, entonces yo tengo el derecho del tanto en virtud de esa cotitularidad en el capital social que nace del contrato de sociedad, así como soy copropietario en virtud de una compraventa por ejemplo.

¿Cuál es el fin que persigue el derecho del tanto? sino el consolidar la titularidad de un derecho o bien en el menor número de personas, sin la intromisión de extraños a la relación jurídica, ya que si la sociedades civiles lo que buscan es la participación del socio como tal, y es una sociedad de personas y por lo tanto se constituye por la calidad de la persona y así lo establece el artículo 2688 y 2720 fracciones IV y V, gozará del derecho del tanto y no de preferencia, ya que si intervinere un extraño, la sociedad su razón de ser que es la calidad de la persona que por lo tanto la "venta" a un extraño tendrá que traer aparejada la nulidad y no el mero pago de daños y servicios.

APARCERÍA RURAL.

La aparcería para su estudio en materia de derecho del tanto, la divido en:

⁹⁹ Ibidem p. 181

aparcería agrícola y aparcería ganadera, la primera regulada en el artículo 2750 y la segunda en el artículo 2763.

a) Aparcería Agrícola.- éste artículo es limitado en su regulación en el código en materia del derecho del tanto ya que carece de todos los elementos para su nacimiento, ejercicio y sanción, pero además nos presenta un cuestionamiento, y es, que si es un derecho de preferencia por el tanto o derecho del tanto el que se debe otorgar al aparcerero, así el derecho de preferencia por el tanto da una primicia para la celebración de un nuevo contrato (derivado del acuerdo de voluntades), más no existe una cotitularidad de bienes o un interés social, que llevaría a adquirir antes que otra persona (fin del derecho del tanto) y por lo cual atraería acarreado el pago de daños y perjuicio y no la nulidad.

El Código Civil para el Distrito Federal es claro al señalar cuando nace el derecho, pero se equivoca al otorgar el derecho del tanto, como ya indique cuando debe de otorgar el derecho de preferencia por el tanto, ya que el artículo indica lo siguiente:

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

¿ Porqué considero que es preferencia y no tanto?:

1. Por que si bien el derecho del tanto tiene su origen en la ley y existen dos causas para su nacimiento, una la consolidación de la propiedad y la otra el interés social para que un mayor número de personas adquieran su vivienda, aquí lo único que se busca es la preferencia para la realización de un nuevo contrato de aparcería y no va adquirir un bien ya que no es propietario del mismo ni va a adquirir una vivienda. ¿Qué interés social existe?, ninguno, no se va a consolidar la propiedad ya que no existe una pluralidad de titulares o la adquisición de una vivienda.
2. ¿ Cual es el fin para otorgar el derecho del tanto o el derecho de preferencia por el tanto ?. Sí el fin fuera la adquisición de la tierra cultivada, estaría de acuerdo en otorgar el derecho del tanto para la adquisición, pero en este el caso el fin es la celebración de un nuevo contrato de aparcería y por lo tanto que la tierra se siga cultivando por la misma persona (siempre y cuando haya cumplido fielmente con el contrato) o por otra persona que seguirá cultivando y produciendo en el terreno, que más da quien la cultive, siempre y cuando se otorgue el tanto.

Por otro lado si yo otorgo el derecho del tanto y en consecuencia la nulidad del nuevo contrato o el retracto, estoy obligando a permanecer a alguien a

contratar con persona determinada y es precisamente lo que el derecho del tanto trata de evitar, ya que obligo a permanecer ligado a un contrato.

Por lo cual el legislador (interpretando su intención en la norma) busca que la tierra ya cultivada, lo siga siendo y no permanezca improductiva dando a quien ya la cultivó la posibilidad de seguir haciéndolo, en consecuencia yo propongo que el aparcerero agrícola goce de un derecho de preferencia por el tanto y que se rija según la regulación contenida en materia de compraventa, en la parte relativa a bienes inmuebles y me baso en lo siguiente:

- No hay ningún interés general en que sea un aparcerero determinado el que siga cultivando.
- Por que la materia contractual, el principio rector es la autonomía de la voluntad, la cual determinará si otorga la preferencia o no (artículo 2303) y no que la ley imponga la obligación de contratar, con alguien con quien no deseo hacerlo.

APARCERIA GANADERA

Caso contrario al que ocurre en la aparcería de ganadero, regulada en el artículo 2, 763, que a la letra dice:

“Artículo 2,763. En el caso de venta de los animales, antes de que termine el contrato de aparcería, disfrutarán los contratantes del derecho del tanto.”¹⁰⁰

Aquí el legislador por suerte o por mala técnica legislativa, otorga un derecho del tanto, con razón, ya que éste se otorga para adquirir bienes, de los que es copropietario con el “propietario original” (frutos) o de los animales que se le otorgaron en aparcería, ya que él ya los cuida y procura; aquí si operan las dos causas de origen del derecho del tanto.

Y me baso en la siguiente cita:

“... ni puede tampoco ninguna de las partes disponer de ninguna cabeza de ganado, ni de las crías sin consentimiento de la otra parte (2, 758) ya que para la venta de unos y de otros gozan los contratantes del derecho del tanto... dado que los frutos y productos materia de la aparcería pertenecen en copropiedad a los dos contratantes en la proporción convenida para el reparto ...”¹⁰¹

Así el licenciado Ramón Sánchez Medal confirma la teoría ya expuesta, en el sentido de que el aparcerero de ganado es considerado como copropietario, y por analogía goza del derecho del tanto.

Pero tenemos que ir más allá de las disposiciones del código, si bien el legislador otorga con razón un derecho del tanto, ¿cual es su origen el contrato de aparcería o la copropiedad de los animales?, yo me inclino por esta segunda razón ya que tanto el código como la doctrina los considera como copropietarios a los aparceros y por lo tanto las enajenaciones se deberán de regular según lo establecido en la copropiedad y no por la aparcería.

DERECHO DEL TANTO QUE TIENE ORIGEN EN DERECHOS PERSONALES.

CONDOMINIO.

Si bien es cierto que esta tesis se limita a estudio del derecho del tanto en el Código Civil (para establecer un criterio uniforme de la manera en que se deber de ejercitar éste en dicho ordenamiento) tenemos que recordar lo que regulaba la anterior Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de

100 Ibidem p. 478

Inmuebles para el Distrito Federal (Ley de Condominio) ya que el código civil en el artículo 2248-J fracción IV (regulación anterior al 19 de octubre de 1993, y vigente aún) nos remite a esta ley y por lo tanto tiene que ser considerada en el análisis de la institución en cuestión, y por que era el fundamento para la acción de retracto junto a la jurisprudencia.

La ley regulaba en los artículos 9, 18, 19, 21, 20 y 38 y al igual que en los análisis anteriores, se estudiará artículo por artículo.

La Ley en el artículo 9 último párrafo otorga el derecho de preferencia al inquilino para convertirse en condómino y por lo tanto adquirir la calidad regulada en el artículo 11 de Ley o ya sea para mantener su estatus de arrendatario sobre el bien (llámese departamento, viviendas, casas o locales) en una zona de regeneración urbana.

Este era un derecho de preferencia por el tanto que deriva de la ley y como consecuencia de su ejercicio traerá el nacimiento del derecho del tanto, en caso de adquirir la calidad de arrendatario, ya que si es condómino por disposición expresa no tendrá este derecho. La crítica a este artículo es la misma realizada a todo el código civil y es que no señala la manera de ejercitarlo y por lo cual el inquilino quedaba en un estado de indefensión al no saber las reglas que se han de aplicar.

101 SANCHEZ MEDAL Ramón; op. cit.; p. 420

“Artículo. 18. Tratándose de condominios financiados o construidos por instituciones oficiales, estas reglamentaran el ejercicio del derecho del preferencia de que trata el artículo 9o. El mismo reglamento preverá una preferencia de segundo grado, a favor de otro tipo de inquilinos que estén ocupando departamento, vivienda, casa o local, dentro del área ya regenerada.

No estará sujeta al derecho del tanto a favor de los demás condóminos, la enajenación de los derechos de alguno de éstos. Tal derecho al tanto se establece exclusivamente, en primer lugar, a favor del inquilino al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones y que por más de un año haya venido ocupando con ese carácter el departamento, vivienda, casa o local y en segundo lugar, a favor de las Instituciones oficiales que hayan construido o financiado el condominio.”

Este artículo otorgaba una regla especial ya que remite a los reglamentos de instituciones oficiales para el ejercicio del derecho del tanto cuando el condominio haya sido financiado o construido por dicha institución, ahora que para sino lo regula, será supletoria la ley de condominio (primer párrafo).

En el segundo párrafo se excluía a los condóminos del ejercicio del derecho del tanto otorgando este derecho sólo a los arrendatarios y no da lugar a

duda que pueda existir en la llamado concurrencia de derechos del tanto, entre condóminos ya que señala:

"No estará sujeto al derecho del tanto a favor de los demás condóminos, la enajenación de los derechos de alguno de estos.

Cierra el derecho del tanto a los inquilinos (con las características que señala la ley) y a las instituciones oficiales antes referidas y aquí es importante retomar a la ejecutoria ya citada, en el sentido de que tendrán el derecho del tanto, los que tengan el mismo interés en adquirir.

"Artículo 19.- En caso de que un propietario desee vender su departamento, vivienda, casa o local lo notificará al inquilino y, en su caso, a la institución oficial que haya financiado o construido el condominio, por medio del administrador del inmueble, del 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."

El artículo 19 otorgaba las reglas bajo las cuales se ejercitará el derecho del tanto y que eran:

1) "La notificará al inquilino a la institución oficial que haya financiado o construido el condominio por medio del administrador del inmueble, de notario o

judicialmente".

Al analizar el derecho del tanto, realicé las críticas pertinentes a la forma de notificación y mencioné el inconveniente y la falta de seguridad que acarrea la notificación por medio del administrador, ya que, no existe la seguridad jurídica de que esta se lleve a cabo, y ya que el derecho lo que busca es llegar a obtener esa seguridad, esta forma de notificación es inapropiada. Así mismo señalé como medios más seguros la notificación judicial y notarial, por esta última me inclino, por la seguridad y facilidad en su forma de notificar.

2)" con expresión del precio ofrecido y demás condiciones de la operación".

Al momento de ser notificado, como ya expuse se tendrá que notificar todos y cada uno de los elementos de la venta, y por lo cual se le pueden aplicar las críticas y observaciones antes realizadas.

3)" dentro de los diez días siguientes, manifieste si hace uso del derecho del tanto".

Por último este artículo no señalaba o imponía alguna sanción para el incumpliendo del derecho del tanto, no señalaba si era o no nula la enajenación aunque el artículo inmediato señala y otorga la acción de retracto y por virtud de esta acción, se puede decir que la enajenación produce consecuencias de

derecho, pero que esta afectada de nulidad.

“Artículo 20.- Si el departamento, vivienda, casa o local se enajenare con infracción a lo dispuesto por el artículo anterior el inquilino o la Institución oficial que haya financiado o construido el condominio o la Institución oficial que haya financiado lo construido el condominio, podrá subrogarse en el lugar del adquirente, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, con exhibición del precio, 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 e compraventa de esta naturaleza, si antes no se cercioran de que el vendedor ha respetado el derecho del tanto. En caso de que la notificación se haya hecho por conducto del administrador del inmueble el mismo debe comprobar ante el notario o quien haga sus veces en forma indubitable, el día y la hora en que se hizo la notificación a que se refiere el artículo anterior.”

En el artículo 20 a diferencia del código civil, otorgaba la acción de retracto, que como ya expuse no es la sanción al incumplimiento del derecho del tanto, sino una acción que tiene por finalidad subrogarse en las condiciones de la enajenación de un bien, para el caso de enajenación y violación al derecho del tanto, siempre que ejercite la acción en el tiempo y forma que señala la ley y son quince días desde el momento en que tuvo conocimiento de la enajenación y con exhibición del precio, y no señala ningún otro requisito, para hacer uso del

derecho del tanto.

Ahora la ley empleaba el término subrogar y no me puedo subrogar en algo que sea inexistente por lo tanto la venta produce efectos legales, pero esta viciada de nulidad.

Por otro lado la ley imponía la obligación al notario o al fedatario de cerciorarse, que se haya notificado el derecho del tanto y que en caso de que, no se hubiere respetado dicho derecho, lo obliga a no autorizar la escritura respectiva, así como tampoco señala las responsabilidades en caso de que el fedatario no cumpla con esta obligación, aunque es puede llegar a aplicar al notario las responsabilidades contenidas en los artículos ciento tres y ciento veintiseis de la ley del notariado para el distrito federal.

Por último, en la parte final del artículo señalaba que si la notificación se realiza por medio del administrador del inmueble, se deberá comprobar ante el fedatario, de manera indubitable el día y hora en que se realizo la notificación. La crítica ya se realizó y por lo tanto concluyó que se complica y se crean problemas en lo futuro al realizar esta forma de notificar, y que solucionarían si se realizan por medio de un notario.

NUEVA LEY DE PROPIEDAD EN

CONDOMINIO DE INMUEBLES PARA EL DISTRITO FEDERAL

Como ya explique al principio de este capítulo, la regulación contenida en la anterior Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio para el Distrito Federal, publicada el 28 de diciembre de 1972, era fundamento junto con la jurisprudencia para la acción de retracto, (la cual como ya he expuesto, es el medio eficaz para hacer valer el derecho del fánto, una vez que este ha sido violado) así como para el ejercicio del derecho del tanto del cual gozaban los inquilinos e instituciones oficiales para adquirir la calidad de condómino y gozar de los beneficios de este derecho. La misma ley era referencia de la antigua regulación en materia de arrendamiento contenida en el código civil, ya que esta remitía a la aplicación de la ley mencionada, cuando se tratara de arrendamientos de inmuebles sujetos al régimen de propiedad en condominio.

La actual ley, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1998, viene a abrogar la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio para el Distrito Federal y a derogar las disposiciones que contravengan lo dispuesto a la actual ley (segundo transitorio), por lo tanto la regulación del derecho del tanto y de acción de retracto desaparece, y se crea un vacío en la regulación del derecho del tanto en el derecho positivo mexicano, por lo tanto más

que beneficiar, perjudica a la regulación del derecho del tanto, ya que lo deja sin un medio eficaz de hacer valer el mencionado derecho y crea un problema de constitucionalidad y de aplicación de leyes.

Habría que recordar que en la anterior regulación establecía dos derechos de preferencia, uno de preferencia que se otorgaba a los inquilinos para convertirse en condóminos o para prorrogar el contrato de arrendamiento de viviendas que se establecían en las zonas de regeneración urbana; y el segundo un derecho del tanto a las instituciones que hubieren financiado la construcción del condominio o a los inquilinos de los inmuebles para adquirir el mismo, estableciendo reglas (ya antes mencionadas) para el ejercicio, sanción y formas de hacerlo valer, esta era la regulación contenida antes de la reforma del 31 de diciembre 1998.

La actual regulación en materia del derecho del tanto en la Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, elimina estos dos derechos de preferencia, y la posibilidad por tanto de adquirir el bien a los arrendatarios y a las instituciones que hubieren financiado la construcción del condominio o el derecho de preferencia para la prórroga del contrato de arrendamiento o convertirse en condómino por parte del inquilino (en bienes ubicados dentro de la zona de regeneración), así en el título segundo, capítulo primero en el artículo 22 se establece que: *“ARTICULO 22. En la venta de una unidad de propiedad exclusiva que se encuentre en arrendamiento, el arrendatario tendrá el derecho de preferencia para su adquisición, quedando en segundo término el derecho de los*

copropietarios". De esta manera se crean varias diferencias entre la actual regulación y la anterior, siendo las siguientes:

Primera. Se establece exclusivamente un derecho de preferencia sin establecer a que tipo de preferencia se esta refiriendo, ya que puede ser el derecho del tanto, preferencia por el tanto etc., y esto a diferencia de la ley anterior la claramente establecía un derecho de preferencia y un derecho del tanto, (así las consecuencias en caso de incumplimiento en el ejercicio del derecho del tanto y del derecho de preferencia por el tanto como ya se explico son distintas) a las personas ya mencionadas; y ahora con la actual regulación, ¿que se va aplicar? preferencia por el tanto o el tanto.

SEGUNDA. La anterior regulación establecía un procedimiento (ya criticado), pero se daban reglas para el ejercicio del derecho del tanto, ahora que procedimiento se va aplicar el de la compraventa o el del arrendamiento, esto ocasiona un estado de indefensión para con el arrendatario.

TERCERA. Ahora los copropietarios (debería decir condóminos) también gozan de este "derecho de preferencia" para la adquisición, en contraposición a la ley anterior que sólo otorgaba este derecho a los inquilinos y a las instituciones que hubieren participado en la construcción de los inmuebles.

CUARTA. Si el ejercicio para el derecho del tanto lo ejercita el arrendatario, no hay problema de ejercicio, ya que éste sabrá si lo ejercita o no, pero el problema se presenta si el inquilino no ejercita el derecho del tanto y en este caso lo podrán ejercitar los copropietarios, ¿qué copropietario tendrá derecho a ejercer? y ¿tendrá un derecho de preferencia o del tanto por ser copropietario? la solución es que se aplique de manera supletoria el Código Civil para el Distrito Federal en materia de copropiedad y que goce del derecho del tanto.

El problema desde mi punto de vista, es que la regulación de esta nueva ley, ocasiona inseguridad jurídica para el inquilino, ya que no se establecen reglas claras para su ejercicio y peor aún se crea un problema de constitucionalidad, ya que al arrendatario se le pueden llegar a aplicar estas nuevas disposiciones a partir del 1 de enero de 1999, por lo tanto a partir de este momento pierde el derecho del tanto y pierde la posibilidad de poder demandar la nulidad del acto y de poder retraerla a través de la acción de retracto, así se esta aplicando una ley en efecto retroactivo, en caso que esta se aplique a una caso en particular, en consecuencia el legislador debe reformar la ley o establecer un plazo similar al que se estableció en materia de arrendamiento en 1993, para la entrada en vigor de las reformas y así estar en posibilidades de que los contratos de arrendamiento que ahora estén vigentes lleguen a su término y que ahora si los nuevos contratos se pacten con las nuevas disposiciones.

DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO.

El Código Civil para el Distrito Federal regula en forma más detallada el derecho de preferencia por el tanto, pero no con esto queremos decir que sea la forma más apropiada y menos aún que este bien regulado.

El derecho de preferencia por el tanto a presentado una serie de cambios que nos permiten tener un campo mayor de análisis, en este tema se tocará su origen, naturaleza bien jurídico a tutelar, regulación en el Código Civil para el Distrito Federal etcétera así tendremos que tener especial atención en este tema, debido a las reformas contenidas en materia de arrendamiento realizadas el 19 de octubre de 1993 ya que cambian el derecho a otorgar (*Derecho de Preferencia por el Tanto*), pero ya que sigue en vigor la regulación anterior (en la que se otorgaba el derecho del tanto a los arrendatarios) tendremos que analizar y distinguir cuando existe derecho del tanto y cuando se puede ejercitar derecho de preferencia por el tanto.

Será oportuno criticar las reformas realizadas en la regulación de arrendamiento, debido a que si bien lo que se busca por parte del legislador es dar agilidad a la enajenación de bienes inmuebles para buscar una mayor

inversión, pero no cuidó en reformar, puntos de importancia para el ejercicio del derecho de preferencia por el tanto.

NATURALEZA JURÍDICA, BIEN JURÍDICO TUTELADO Y ORIGEN DEL DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO.

La naturaleza jurídica del derecho de preferencia por el tanto, es la de ser un derecho personal, y si lo queremos encuadrar dentro de una clasificación, sería una cláusula accidental en un contrato ya que crea obligaciones y derechos para las partes que lo pactan, pero que puede o no existir en un contrato, así por un lado será el derecho a ser preferido en la enajenación de un bien o derecho transmisible al anterior vendedor y por otro lado la obligación de no hacer (no enajenar el bien) hasta que se ejercite la preferencia pactada, por lo tanto es un derecho de preferencia de carácter personal. Así será la facultad que tiene una persona llamada acreedor (arrendatario o comprador) de exigir el cumplimiento de una pretensión de no hacer (no enajenar hasta que se ejercite o no el derecho) a una persona determinada llamada deudor (arrendador o enajenante).

Para reafirmar lo anterior las ideas del Licenciado Carlos Cuevas Senties en lo que hace a la definición de la preferencia por el tanto

“...como 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 fuera 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, para que adquiriera, si lo desea, con preferencia a cualquier otra persona.”

Siguiendo el orden ya mencionado, analizaré cual es el bien jurídico a tutelar. El derecho al tener un fin social lo que busca es proteger ciertos intereses que para el son importantes, en este derecho existen los dos intereses uno el cumplir con la voluntad de las partes ya que esta será la que lo estipulará y dará origen al derecho de preferencia por el tanto, teniendo que dar el tanto para su ejercicio; y del segundo fin podemos afirmar que tiene una doble función, por un lado la de dar mayor circulación al tráfico de bienes inmuebles (tenemos que distinguir ya que como estaba regulado anteriormente otorgaba el derecho del tanto y era difícil que se pudiera dar, por la sanción propia del derecho del tanto - la nulidad de la enajenación- y se prestaba a que nadie quisiera adquirir para mejorar las condiciones de los inmuebles) y por otro lado si bien el fin de esta preferencia es adquirir antes que cualquier otro para poder adquirir la vivienda y

para esto esta regulada en materia de arrendamiento, estos se analizará con más detalle al analizar el derecho de preferencia en materia de arrendamiento.

El origen del derecho de preferencia por el tanto, a diferencia del derecho del tanto es doble por un lado es la ley, al otorgarlo en materia de arrendamiento de bienes inmuebles en su enajenación (a partir de las reformas del 19 de octubre de 1993) o por voluntad de las partes al pactarlo en un contrato traslativo de dominio de un bien o de un derecho transmisible.

Adquisición del derecho de preferencia por el tanto.

Este se adquiere ya sea por la voluntad de las partes, al pactarlo así, en un contrato traslativo de dominio y que tendrá que ser preferido en la enajenación posterior (artículo 2303) o por ser titular en un contrato de arrendamiento de la calidad de arrendatario (artículo 2447 y 2448 J).

NOTIFICACIÓN

En la regulación actual del Código Civil para el Distrito Federal se nos presentan dos formas de realizarla, una por un escrito y la segunda de manera fehaciente, las dos desde mi punto de vista son maneras no adecuadas de *realizar la notificación y me baso en el siguiente análisis, para afirmarlo.*

ESCRITO PRIVADO.

El legislador al querer dar una mayor circulación al tráfico de bienes inmuebles, buscó simplificar de una manera importante la regulación del derecho de preferencia por el tanto para su ejercicio, así y en virtud de las reformas del 19 de octubre de 1993, se establece esta manera de realizar la notificación.

Esta regulación, al únicamente exigir este requisito para avisar la intención *de enajenar, esta creando un estado de inseguridad jurídica al querer agilizar los trámites para la enajenación de los bienes inmuebles, ya que se puede prestar a un serie de manipulaciones no deseadas por el derecho, y que sería ideal ya que las notificaciones se pudieran realizar a través de este medio, pero el derecho no se puede permitir crear un estado en el que se pueda perder la seguridad en la realización de los actos jurídicos.*

El legislador parece no conocer la situación y nivel de educación del país, ya que al regular este tipo de notificación se uso se presta a un posible mal manejo, por lo que propongo que se derogue y se imponga la obligación de ser realizada a través de notario, más seguro y con una rapidez adecuada.

FORMA FEHACIENTE.

El artículo 2305 señala lo siguiente:

“Art. 2305 . Debe hacerse saber de una manera fehaciente...”¹⁰².

Deberá ser hecha de manera “indubitable” que quiere decir el legislador con esto, ¿qué no podrá ser cuestionada?, ¿qué no dejará lugar a duda a nadie?, ¿por qué dejar tan amplio el campo de posibilidades y crear conflictos en lo futuro ? no sería mejor señalar un forma de notificación, que sea difícilmente cuestionada, y así se evita la creación de problemas en lo futuro, y se logra, lo que el legislador busca, ahorrar dinero y tiempo ya que los conflictos en lo futuro (que pudieran crearse) se resolverían más rápido.

OBJETO.

Al igual que el derecho del tanto, puede recaer tanto sobre bienes inmuebles como sobre bienes muebles. En materia de compraventa se distinguen y se da un plazo distinto dependiendo del tipo de bien sobre el cual se vaya a realizar la preferencia, así sobre bienes inmuebles será de diez días y sobre bienes muebles será de tres días. Y en materia de arrendamiento no se distingue (ya que sólo recae este derecho en el supuesto de estar arrendados bienes inmuebles) y se da un plazo de quince días para su ejercicio. Desde mi punto de vista no tiene razón de ser esta distinción, pero se da por la dificultad para la enajenación de los bienes, pero con las reformas propuestas no tiene razón de ser, ya que se daría un plazo común, teniendo en cuenta los medios para expresar la voluntad, que ahora son los rápidos y eficientes.

PREFERENCIA PARA EJERCITARLO.

El derecho de preferencia por el tanto no permite por su naturaleza la problemática de quien es preferente para ejercitarlo, ya que será la voluntad de las partes la que lo determinará, con excepción hecha del arrendamiento ya que en la actual regulación contenida en el artículo 2448-K, nos resuelve

aparentemente el problema (ya en su momento se analizará el mencionado artículo, baste saber que en el se otorgan una serie de reglas para la preferencia por el tanto entre los arrendatarios).

MODO DE EJERCITARLO.

Al hacer el análisis en el derecho del tanto lo dividí en dos tipos de obligaciones, las del enajenante y las del comunero adquirente, en este tema también lo haré en la forma indicada, y así existirán las obligaciones del enajenante y las del arrendatario - comprador - preferente.

Antes de entrar al análisis del tema es importante señalar, en que tipo de contratos se puede estipular este pacto de preferencia, para lo cual me basaré en el exposición hecha por el licenciado Carlos Cuevas Senties:

“...como la facultad pactada en un contrato traslativo de dominio para que el enajenante adquiera la misma cosa que enajenó, con preferencia que un tercero, si fuera 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, para que adquiriera, si lo desea, con preferencia a cualquier otra persona..."¹⁰³

Así el licenciado Carlos Cuevas Senties al proponer la definición del derecho de preferencia, otorga, este derecho en todo contrato traslativo de dominio o en todo derecho transmisible, así el Código Civil para el Distrito Federal sólo lo regula en dos supuestos, en materia de arrendamiento y de compraventa, pero desde mi punto de vista, y apoyado en el autor antes mencionado, no sólo se puede estipular en la compraventa o en el arrendamiento si no en todo contrato traslativo de dominio, así por ejemplo no encuentro inconveniente en que también se pudiera otorgar el derecho de preferencia para el supuesto de donación, ya que será la voluntad de las partes la que determine si lo otorga o no.

OBLIGACIONES DEL ENAJENANTE:

1. NOTIFICAR.
2. VENDER.

¹⁰³ SENTIES CUEVAS Carlos Op. cit.

1. NOTIFICAR.

La notificación en este tema pierde toda importancia, en el sentido de que si no se realiza, la enajenación será válida, y sólo dará lugar al pago de daños y perjuicios y así se establece en los artículos 2305 y 2448-J fracción V, es importante establecer que la notificación tiene toda la importancia y trascendencia antes señalada (en el derecho del tanto) pero para sancionar la violación del derecho, es donde pierde valor, pero se tendrá que realizar, ya que es una obligación impuesta por ley y que trae aparejada una sanción para su falta de notificación que es el pago de daños y perjuicios.

Las preguntas de ¿a quién se le notifica? ¿qué se le notifica? y ¿naturaleza y sanción de la falta de notificación? en este tema son más fáciles de contestar ya que a quien se le notifica se establece en el mismo pacto de preferencia y en el arrendamiento tal como esta regulado, se debe de notificar a todos los arrendatarios.

¿ Qué se le notifica ?

Al igual que en el derecho del tanto se tiene que notificar todos y cada uno de los elementos y condiciones que servirán de base a la enajenación como lo son el plazo, lugar, fecha, etcétera.

Aquí se nos presenta dos matices que serán analizados más adelante en cada una de las materias que regulan el derecho de preferencia por el tanto y son: en compraventa cuando se enajene en subasta se tiene que notificar al titular del derecho de preferencia el día, hora, y lugar en que se realizará la enajenación y en materia de arrendamiento cuando cambia cualquier elemento tendrá que volver a realizarse la notificación, excepto si el elemento que varía es el precio en menos de un diez por ciento.

NATURALEZA Y SANCIÓN DE LA NOTIFICACIÓN.

La notificación tiene la misma naturaleza expuesta en el derecho del tanto pero su sanción varía, sigue siendo una formalidad (como requisito que la ley establece para que se exprese la voluntad de enajenar en materia de derecho del tanto) y sigue teniendo una sanción y ahora serán los daños y perjuicios su sanción (en materia de compraventa el juez fijará los daños y perjuicios y en materia de arrendamiento serán mayores al cincuenta por ciento de las rentas pagadas por el arrendatario en los últimos doce meses) y la venta será válida,

aunque se viole la notificación, por eso digo que pierde importancia la falta de notificación.

VENDER

En este derecho no existe la obligación de vender y es por la propia naturaleza del derecho de preferencia por el tanto.

OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO - COMPRADOR - PREFERENTE.

Tal como esta regulado existen dos posibilidades: la primera que se debe de ejercitar el derecho de preferencia por el tanto, por medio de un escrito privado (en materia de arrendamiento) y otra en la que se puede ejercitar por cualquier medio. Así al igual que en el derecho del tanto, me parece apropiado, que se pueda ejercitar el derecho de preferencia por el tanto, en la misma acta de notificación o en una posterior, pero siempre cuando no excediera de cinco días, ya que ese será el plazo para ejercitar el derecho de preferencia por el tanto a menos que cambie algunos de los elementos de la enajenación, ya que de esta manera se tendrá que realizar una nueva notificación.

Y la segunda obligación consiste en que tiene que otorgar el adquirente las garantías necesarias, para el caso de prevalecer del plazo fijado en la venta (esto se encuentra regulado en materia de derecho de preferencia por el tanto en la compraventa).

ora empezaré el análisis de cada institución que regula en el Código Civil para el Distrito Federal en materia de derecho de preferencia por el tanto, empezando por el derecho de preferencia por el tanto regulado en materia de compraventa y posteriormente en virtud de las reformas en materia de arrendamiento el derecho de preferencia regulado para los arrendatarios de bienes inmuebles. El derecho de preferencia por el tanto está regulado en materia de compraventa, por los artículos 2303 al 2308 y en materia de arrendamiento por los artículo 2447 y 2448 J y K del Código Civil para el Distrito Federal.

COMPRAVENTA.

El derecho de preferencia por el tanto esta regulado en el capítulo de modalidades de la compraventa, de los artículos 2303 al 2308. La preferencia como ya vimos no se puede limitar a la compraventa, sino a todo tipo de *enajenación de bienes o de derecho que se pueda transmitir*, así la compraventa servirá como base para la regulación del derecho de preferencia por el tanto ya que es el típico contrato traslativo de la propiedad.

Empezaré el análisis de la institución transcribiendo el artículo 2303:

"Artículo 2303. Puede estipularse que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tanto, para el caso de que el comprador quisiere vender la cosa que fue objeto del contrato de compraventa" ¹⁰⁴.

Este artículo es fundamento para el estudio del derecho de preferencia por el tanto, ya que en él se le otorga al vendedor de la anterior enajenación, este derecho, y la autonomía de la voluntad es el principio que rige este derecho, ya que es la voluntad de las partes, la que decide a quien se le otorgue el derecho de preferencia.

Tenemos que hacer una serie de consideraciones al analizarlo, en primer lugar la obligación de respeto sólo es para uno de los sujetos de la relación jurídica, que será el comprador y ahora enajenante y así lo cita el Lic. Carlos Cuevas Senties " ... el derecho es sólo para uno ..."¹⁰⁵ para el anterior vendedor y el otro sujeto de la relación tiene la obligación de notificar la nueva enajenación. En segundo lugar el vendedor tiene una obligación de carácter de no hacer, ya que en principio tendrá que respetar el derecho de preferencia pactado.

"Artículo 2304. El vendedor esta obligado a ejercer su derecho de preferencia, dentro de los tres días, si la cosa fuere mueble después que el comprador le hubiere hecha saber la oferta que tenga por ella, bajo pena de perder su derecho si en este tiempo no lo ejercitare. Si la cosa fuere inmueble, tendrá el término de diez días para ejercer el derecho, bajo la misma pena..."¹⁰⁶.

El artículo distingue entre bienes muebles e inmuebles regulación, si no inadecuada, si innecesaria por lo expuesto ya que se puede dar el mismo plazo para el ejercicio de ambos tipos de bienes (pero hay que recordar que el Código Civil para el Distrito Federal es una ley de mínimos y máximos, que en consecuencia sería mejor unificar el criterio de los días para que ese mínimo de cinco días sea la base para ambos casos).

"Artículo 2304. ... En ambos casos está obligado a pagar el precio que el comprador ofreciere, y si no lo pudiese satisfacer, quedará sin efecto el pacto de preferencia."¹⁰⁷

104 Código Civil para el Distrito Federal op. cit. p. 401

105 Ibidem p. 401.

106 Ibidem p. 401.

En esta segunda parte señala la obligación de dar el tanto de la enajenación, que será el cumplir con el precio pactado para la venta, si no se tendrá por no ejercitado el derecho de preferencia.

“Artículo 2305. Debe de hacerse de una manera fehaciente...”¹⁰⁸

Ya al analizar la notificación critique esto, ya que lo único que estamos realizando es crear conflictos para un futuro, ya que si existe conflicto se tendrá que probar que se realizó la notificación, y sí, el acta notarial es un documento público y goza de presunción de verdad, es mejor realizarlo por medio de notario.

“Artículo 2305... la venta es válida, pero el vendedor responderá de los daños y perjuicios causados...”¹⁰⁹

La enajenación será válida pero acarreará el pago de los daños y perjuicios (que tendrán que ser determinados por el juez), por lo tanto tiene una sanción mixta la positiva que será que la enajenación será válida y la negativa que responderá de los daños y perjuicios causados.

107 *Ibidem* p. 401

108 *Ibidem* p. 401.

109 *Ibidem* p. 401.

“Artículo 2306.- Si se ha concedido un plazo para pagar el precio, el que goza tiene el derecho de preferencia no puede prevalerse de este término si no da las seguridades necesarias de que pagará el precio al expirar el plazo”¹¹⁰.

Otra obligación del adquirente que es la de garantizar el pago del precio si quiere poder beneficiarse de un plazo contenido en la posible enajenación por el vendedor, y es lógico ya que si ejercita la preferencia y este no cumple en el plazo previsto, el vendedor ya perdió tiempo y dinero y por lo tanto es necesario garantizar.

“Artículo 2307. Cuando el objeto sobre el que se tiene derecho de preferencia se venda en subasta pública, debe hacerse saber al que goza de ese derecho el día, hora y lugar en que se verificará el remate.”¹¹¹

Esto debe de hacerse desde el momento en que se notifica ya que así podrá hacer valer la preferencia en el momento oportuno, al señalársele el día,

¹¹⁰ Ibidem p. 401

¹¹¹ Ibidem p. 401.

hora y lugar podrá otorgar el tanto para ejercitar el derecho, así en el acta de notificación se tendrá que expresar esto.

ARRENDAMIENTO

Para poder analizar el derecho de preferencia por el tanto, es necesario tener como base a la figura jurídica del arrendamiento y las clases que de este existen.

El arrendamiento es definido en el Código Civil para el Distrito Federal de la siguiente manera:

“...cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra a pagar por ese uso o goce un precio cierto...”¹¹².

Por otro lado el arrendamiento no puede exceder de diez años para las fincas destinadas a habitación y de veinte años para las fincas destinadas al comercio o la industria. Teniendo como base los anteriores conceptos podemos empezar el análisis de la institución de derecho del tanto y del derecho de

preferencia por el tanto, dependiendo de la regulación a aplicar ya que hay que recordar que el código civil sufrió una serie de reformas en el año de 1993, que cambiaron el derecho a conceder a los arrendatarios ya fuera de casa habitación o no, de un derecho del tanto a un derecho de preferencia por el tanto.

Empezaré por la regulación anterior a 1993, en la que se otorgaba un derecho del tanto para el arrendatario de una casa habitación y un derecho de preferencia por el tanto para el arrendatario de una finca no destinada a un uso habitacional. Así el artículo 2447 señalaba lo siguiente:

“Artículo 2447. En los arrendamientos que han durado más de cinco años y cuando el arrendatario ha hecho mejoras de importancia en la finca arrendada, tiene este derecho si está al corriente en el pago de la renta, a que, en igualdad de condiciones, se le prefiera a otro interesado en el nuevo arrendamiento de la finca. También gozará del derecho del tanto si el propietario quiere vender la finca arrendada, aplicándose en lo conducente lo dispuesto en los artículos 2, 304 y 2, 305..”¹¹³

Para poder ejercitar el derecho del “tanto” se necesitaban o necesitan los siguientes elementos:

¹¹² *Ibidem* p. 415.

1. Que el arrendamiento haya durado más de cinco años,
2. Que el arrendatario haya realizado mejoras de importancia en la finca arrendada, y
3. Que este al corriente en el pago de la renta.

Requisitos sin los cuales no puede ejercitarse el derecho del "tanto"; ya que la norma así lo señala.

Por otro lado el derecho del tanto se otorga en dos supuestos uno para la realización de un nuevo contrato de arrendamiento, sobre la finca arrendada y el segundo para el supuesto de enajenación de la finca.

De la simple lectura del antes citado artículo puede parecer que al arrendatario de finca no destinada a casa habitación goza o gozaba del derecho del tanto, pero que en cuanto a su ejercicio se regularía por el derecho de preferencia por el tanto, pero es ilógico, ya que si bien la preferencia por el tanto y el tanto, tienen un mismo fin, que es la adquisición de un bien en preferencia a otro pero tienen su regulación propia y particular, pero al otorgar las normas de los

¹¹³ Ibidem p 423.

artículos 2,304 y siguientes legislador buscaba era otorgar el derecho de preferencia por el tanto y no el derecho del tanto.

Ahora los fines del derecho del tanto en materia de arrendamiento eran la adquisición de vivienda por un mayor número de personas y con este derecho del “tanto” no se lograría y la institución adecuada para lograr el fin que busca el artículo 2447 es la preferencia, ya que lo que busca es poder adquirir una finca para seguir con su explotación, y que es un interés que sólo interesa a particulares y no a la colectividad.

Estos eran los requisitos para el ejercicio del derecho de preferencia por el tanto, para fincas no destinadas a casa habitación.

Por otro lado el Capítulo IV del título sexto regula al arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación y en el artículo 2448-I otorga el derecho del tanto al arrendatario de este tipo de fincas y que establecía lo siguiente:

“Artículo 2448-I. Para los efectos de este capítulo, el arrendatario, si esta al corriente en el pago de la renta tendrá derecho a que, en igualdad de condiciones, se le prefiera a otro interesado en el nuevo arrendamiento de inmueble. Asimismo,

tendrá el derecho del tanto en caso de que el propietario quiera vender la finca arrendada.”¹¹⁴

Este artículo es interesante ya que le otorga dos derechos distintos, con la titularidad de un sólo derecho (contrato de arrendamiento), ya que otorga un derecho de preferencia por el tanto para la realización de un nuevo contrato de arrendamiento, la opinión es la misma que realice al analizar al derecho de preferencia para las fincas no destinadas a caso habitación, y que es que el interés es sólo particular y por lo cual es lógico otorgar la preferencia por el tanto.

En el mismo artículo se otorga el derecho del tanto, al arrendatario de la finca, en el supuesto que el arrendador quisiera enajenar el bien a una persona distinta, y aquí si se otorga el derecho del tanto para buscar que un mayor número de personas tenga una vivienda, debido al gran problema habitacional que existe en la ciudad.

Este artículo como ya analizamos otorga el derecho del tanto, pero el que determina las condiciones para su ejercicio era el 2,448-J que establecía lo siguiente:

¹¹⁴ Ibidem p 426.

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

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

II.- El o los arrendatarios dispondrá 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 esta 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 el precio, el arrendador solo esta obligado a dar este nuevo aviso cuando el incremento o decremento del mismo sea de más de un 10%.

IV.- *Tratándose de bienes sujetos al régimen de propiedad en condominio se aplicaran las disposiciones de la Ley de la Materia.*

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

VI.- La compraventa y su escrituración realizadas en contravención de lo dispuesto en este artículo serán nulas de pleno derecho y los notarios incurrirá en responsabilidad en los términos de la Ley de la Materia.

La acción de nulidad a que se refiere esta fracción prescribe a los seis meses contados a partir de que el arrendatario tuvo conocimiento de la realización del contrato.

En caso de que el arrendatario no de el aviso a que se refiere las fracciones segunda y tercera de este artículo."¹¹⁵

Me permitiré criticar cada fracción de la regulación ya mencionada:

I.- A la primera fracción le hago la crítica que se hizo al hablar de la notificación realizada en forma indubitable, y se acentúa más la crítica ya que como señala la fracción se van a hacer saber los términos y condiciones en los cuales va ejercer su derecho y en caso de no hacerlo se le tendrá por no

ejercitado y no se puede dejar la notificación de los elementos de la enajenación, al albedrío de una de las partes.

II.- La fracción segunda habla de la forma de ejercicio por parte de los arrendatarios (criticaré este término mas adelante) y se aplica la misma crítica que a la fracción anterior, en dejar al albedrío de una de las partes la forma de ejercitar el derecho.

III.- Es lógico, ya que el derecho del tanto o de preferencia por el tanto se basan precisamente en eso, en tantear, el saber en que condiciones y términos se va a realizar la nueva enajenación, ya que si varían y no los cumple se tendrán por no ejercitados. Hago la misma crítica que haré a la actual regulación y es que independientemente en que varíe un 1% o un 99% se debe dar un nuevo aviso ya que si cambia un elemento puede influir en la intención de tantear.

IV.- Ya se analizó lo relativo a esta ley al estudiar el derecho del tanto.

V.- Por la función social del notario justifico la sanción para el incumplimiento del notario, sanción que está regulada en artículo 126 inciso e) de la Ley del Notariado para el Distrito Federal (que será la suspensión del notario hasta por un año), ya que al ser un perito en derecho tiene la obligación de que

todo acto se realicen conforme a derecho. Esta sanción desde de mi punto de vista es excesiva ya que el notario difícilmente podrá comprobar de manera fehaciente, la realización de la notificación a menos que el mismo la realizará, pero si debe de tener sanción, por la razón anteriormente expuesta.

VI.- Aquí se puede apreciar la diferencia que existe entre el derecho del tanto y la acción del retracto el primero acarrea la nulidad del acto y la segunda la subrogación.

Si bien el Código Civil para el Distrito Federal, fue reformado en 1993, y en virtud de las reformas realizadas, ya no se otorga un derecho del tanto para el arrendatario de inmuebles destinados a casa habitación, y ahora se otorga un derecho de preferencia por el tanto, no se puede analizar el tema sin tomar en consideración los transitorios, de la reforma del 23 de septiembre de 1993 (y que entra en vigor el 19 de octubre de 1993), y que señalan que las reformas en materia de arrendamiento entrarán en vigor el 19 de octubre de 1998, salvo 3 casos que son:

I.- No se encuentren arrendados al 19 de octubre de 1993.

II.- Se encuentren arrendados al 19 de octubre de 1993, siempre que sean para uso distinto del habitacional, o.

III.- Su construcción sea nueva siempre que el aviso de terminación sea posterior al 19 de octubre de 1993.

Por lo tanto habrá que analizar cada caso para saber, si se aplica preferencia o derecho del tanto. Es de advertir que los artículos transitorios anteriores, fueron reformados por decreto de fecha 15 de octubre de 1998, y que fueron publicados el 19 del mismo mes y año, y-en los cuales se amplía la fecha de entrada en vigor, de los artículos antes señalados al 19 de abril de 1999.

NUEVA REGULACIÓN.

Ya he analizado la regulación contenida en el código civil, antes de las reformas del año de 1993 y que otorgaban un derecho del tanto. Ahora analizaré la actual regulación contenida en materia de arrendamiento en el Código Civil para el Distrito Federal y haré las críticas que me parezcan oportunas.

Hay que partir de dos supuesto, el primero, bienes arrendados no destinados a casa habitación y el segundo, bienes arrendados destinados a casa habitación.

En materia de bienes destinados a casa habitación su regulación se contiene en el artículo 2,447 y otorga un derecho de preferencia sólo para el caso

de enajenación" venta" del bien arrendado (siempre que: 1. El arrendamiento haya durado más de cinco años, 2. Haya hecho el arrendatario mejoras de importancia y 3. Este al corriente en el pago de sus rentas), a diferencia del artículo anterior en que se también se otorgaba el derecho del tanto, para la enajenación como para la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento. Y se regulará su ejercicio ya no por el artículo 2,303, sino por el artículo 2,448-J.

Por otro lado en el artículo 2448 en su enunciado general son sujetos del derecho de preferencia por el tanto el arrendador, él o los arrendatarios, y el tercero.

Como ya vimos el derecho de preferencia por el tanto nace por la voluntad de las partes o ya sea en la ley por la necesidad de que cada persona tenga su vivienda, aquí la preferencia nace de esa segunda necesidad y que la relación jurídica queda origen al derecho de preferencia por el tanto es un contrato (hay que hacer la aclaración de que no estoy afirmando que esta sea la regulación adecuada para la institución, sino simplemente como surge y como la regula actualmente la ley) de arrendamiento y acerca del tercero podemos hacer las mismas consideraciones que se hicieron al ser analizado el derecho del tanto.

El actual artículo 2448 J señala lo siguiente:

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

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

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

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

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

V. La compraventa realizada en contravención de lo dispuesto en este artículo otorgará al arrendatario el derecho de demandar daños y perjuicios, sin que la indemnización por dichos conceptos pueda ser menor a un 50% de las rentas pagadas por el arrendatario en los últimos doce meses. La acción antes mencionada prescribirá sesenta días después de que tenga conocimiento el arrendatario de la realización de la compraventa respectiva.

En caso de que el arrendamiento no cumpla con las condiciones establecidas en las fracciones II o III de este artículo, precluirá su derecho...¹¹⁶

Ahora al igual que a la regulación contenida antes de la reforma analizaré el artículo en cuestión.

FRACCIÓN I. Si al criticar el derecho del tanto llegamos a la conclusión de que el medio mas seguro para notificarlo es por notario y que los demás medios los podemos considerar inseguros, en arrendamiento esperaran ya que es por un simple escrito que no da uno seguridad de que se entregue, que es fácil de

alterar y que por lo tanto no consta de una manera fehaciente el hecho de la notificación, por lo cual propongo reforma en base a las ideas expuesto al analizar el derecho del tanto y que la notificación se realice a través de un notario.

FRACCIÓN II. Señala la forma de ejercicio del derecho del tanto, la inseguridad vuelve a ser evidente y es a través de un simple escrito, como se tiene la obligación de notificar y por tanto, se aplica la misma crítica que se realizó para la notificación en materia del derecho del tanto y que en cuanto al plazo también se aplica lo ya expuesto en materia de derecho del tanto.

FRACCIÓN III. Esta fracción es importante analizarla ya que si bien es cierto que comparte las carencias de las dos fracciones anteriores, aportó un elemento importante y que es el cambio de elementos en la oferta hecha por el tercero, y que estos cambios pueden llevar a que ejercite o no el derecho de preferencia por el tanto, de ahí la importancia de la notificación realizada por medio del notario que permitiría tener una prueba plena v. g. si cambian los elementos que mejor que tener otro instrumento como prueba del cambio y así se protegen los intereses de ambas partes y como ya mencioné si cambian los elementos de la enajenación y el inquilino ya ejercitó tiene una prueba plena de su ejercicio, pero como esta actualmente la regulación y por no constar de manera fehaciente se puede fácilmente cuestionar su ejercicio, y se presentarían problemas de prueba en un juicio que con la notificación por medio de notario se

podrían evitar.

Por otro lado es lógico que se de un nuevo plazo para su ejercicio y también lo es que sea a través del mismo medio que para la notificación, pero lo que esta mal regulado es en cuanto al precio ya que si bien el 10% no es aparentemente demasiado como pretender cambiar la voluntad, que pasa en una compraventa de un departamento que tiene un costo de \$500,00.00 Pesos, el 10% seria \$50,000.00 Pesos, que si ya no lo exhibo al momento de ejercitar mi derecho de preferencia, se tendrá por no ejercita y por lo tanto, desde mi punto de vista se debe notificar ya sea la variación del 1% al 100% y si cambia cualquier elemento por pequeño que parezca.

FRACCIÓN IV. Ya se analizó en materia de condominio.

FRACCIÓN V. El tiempo para que la acción de daños y perjuicios prescribirá a los 60 días a partir de que tenga conocimiento, que es tiempo suficiente para poderla haber ejercitado.

El segundo párrafo nos presenta de nuevo la mala técnica legislativa y el desconocimiento de la materia es evidente ya que precluyen las etapas procesales, no los derechos, estos prescriben.

Una vez realizado el análisis del derecho del tanto y del preferencia por el

tanto, en materia de arrendamiento, realizaré un análisis comparativo entre la antigua relación y la actual, que nos ayudará entender aún más el por que de las críticas ya realizadas.

El artículo 2,447 limita ahora el ejercicio del derecho del tanto solo al caso de "venta" y ya no para el supuesto de celebrar un nuevo contrato de arrendamiento.

El derogado artículo 2448-J otorgaba en su última parte el derecho del tanto a los arrendatarios cuando el propietario deseará enajenar y el encabezado del actual artículo 2448-J sólo hace mención a las reglas a otorgar para el ejercicio del derecho del tanto; el actual encabezado del artículo 2448-J, tomó a los dos artículos antes mencionados y los une en su encabezado, pero reforma y ahora otorga solo el derecho de preferencia con las naturales implicaciones (en lugar de nulidad ahora son daños y perjuicios y por lo tanto ya no gozará de la acción de retracto).

Esta reforma desde mi punto de vista beneficio al propietario ya que ahora podrá libremente vender, y solo pagar una cierta cantidad de dinero (50% de las rentas pagada por el arrendatario en los últimos doce meses) como sanción por su incumplimiento.

Como ya mencioné si bien el fundamento del derecho del tanto es la ley, no requiere decir que esa sea su "ratio" ya que lo es la necesidad de consolidar la propiedad (derecho real) o el de proporcionar vivienda cuando ya habito el inmueble (derecho personal) y que la preferencia tiene su fundamento en la Ley, pero su origen es la voluntad de la partes y en consecuencia se rompe con esta tradición y razón de ser y ahora se otorga un derecho de preferencia por ley y se beneficia ahora al propietario en lugar del arrendatario.

FRACCIÓN I. La seguridad jurídica debe ser la razón de ser de una ley, y no por beneficios económicos y en aras a la rapidez se crea un estado de inseguridad que en vez de beneficiar perjudica a todas las partes y como consecuencia de estos fines se crea la fracción I, en la que se debe dar la notificación solo por escrito, sacrificando la anterior fracción que decía en forma "indubitable" y que al derogarse le evita problemas al propietario ya que la carga de la prueba será menor y mas fácil de probar, restando todo esto seguridad jurídica, por las críticas antes expuestas.

FRACCIÓN II. El plazo para dar aviso se mantiene igual al de la antigua fracción II, pero cae en el mismo error de la fracción anterior al reformar la forma de expresar el consentimiento del arrendatario y crear la misma inseguridad.

Y adiciona la fracción, señalada que deber cumplir en dicho plazo con las condiciones estipulados en la oferta, es mas claro ya que al ofrecer y este ampliar, ya debe ser preferido y por lo tanto si incumple gozará del pago de daños y perjuicios al arrendatario, independientemente de que quiera o no enajenar.

FRACCIÓN III. Permanece igual y solo cambia en 2 aspectos

a) "Para los efectos del párrafo anterior" ya que es lógico que si cambia cualquier elemento se tendrá que volver a notificar, y se le aplican, por lo tanto los críticas hechas al párrafo III actual, y

b) Vuelve a cometer el error y suprime lo indubitable en la forma de notificar (ya antes critique esta reforma).

FRACCIÓN IV. Permanece igual.

FRACCIÓN V. En la antigua fracción V obligaba al notario cerciorarse de la notificación se deroga y suprime la obligación al notario de cerciorarse de la notificación ya que si la autorizaba sin cerciorarse acarrea la nulidad de la escritura (artículo 103 fracción II) (independientemente de que la venta fuera

nula como lo establecía la fracción VI) y por lo tanto acarrea la sanción de la fracción II del artículo 126 de la Ley Notariado para el Distrito Federal.

La actual regulación también otorga el mismo plazo para la prescripción de la acción de daños y perjuicios.

Y como consecuencia cambia la sanción que como ya lo analizamos "es la consecuencia que atribuye la norma a la observancia o inobservancia de lo preceptuado por ella", y en este artículo es el pago de daños y perjuicios a diferencia de la antigua fracción VI en el que otorgaba como sanción la nulidad de pleno derecho, esta reforma beneficia a los arrendatarios, ya que las ventas ahora son válidas y solo ocasionan el pago de una cantidad por el incumplimiento de la norma.

Y por último el actual artículo 2448-K que señala el orden de preferencia para ejercitar el derecho (crítica que ya realice) y deroga el antiguo 2448-K que hablaba del fiador en materia de arrendamiento.

De las anteriores regulaciones y análisis podemos concluir lo siguiente:

Al derogar el 2448 I ya no se otorga el derecho de venta (2448 I anterior) como se regulaba preferencia para la celebración de un nuevo

contrato de arrendamiento y sólo se otorga la preferencia para la "enajenación" del bien (2448J) y no solo para el caso de venta.

Abre el legislador el campo de posibilidades para el tipo de enajenación y no lo limita a la venta y por lo cual se puede aplicar lo mencionado para el derecho de tanto.

Las diferencias que pueden llegar a encontrarse son las siguientes:

1) Se pierde el derecho para ser preferido en la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento.

2) Se otorga derecho de preferencia por el tanto para cualquier tipo de enajenación y no solo para el caso de venta.

3) El notario carece de responsabilidad, deberá de seguir teniendo pero disminuida.

4) En la forma de notificar y hacer valer el derecho tanto, ya que una es de manera indubitable y ahora es escrito.

5) Se crea el artículo 2448 K que ya analizaré.

Las reformas en materia del derecho del tanto en arrendamiento, están dados en el sentido de favorecer a los propietarios de los inmuebles arrendados, para facilitar, su enajenación a terceros que quieran invertir, y se pierde el sentido que daba origen al derecho del tanto, que es tratar que la propiedad llegue al mejor número de personas lo que si se conseguía era ampliar la comunidad de derechos sobre en bien, la crítica a realizar es en el sentido que si bien, la reforma era necesaria para buscar una manera más fácil y eficaz de realizar la enajenación.

CIRCULAR

Ya analicé la regulación contenida en el Código Civil para el Distrito Federal, la cual contiene una serie de errores, los cuales me permitiré criticar basando en el criterio del licenciado Cuevas Senties; que fue emitido en el año de 1989, y que por ser anterior a las reformas, podría llegar a parecer fuere de lugar, pero no, ya que el legislador comete los mismo errores que en la anterior legislación y que al cambiar y otorgarla preferencia no cuida en solucionar.

En el año 1989, en el Colegio de Notarios del Distrito Federal se llevó a cabo una conferencia acerca del derecho del tanto en materia de arrendamiento de bienes inmuebles, en la cual se exponen críticas a la entonces regulación contenida en el Código Civil para el Distrito Federal, en relación a la materia ya

mencionada.

Es importante señalar que la conferencia si bien fue realizada en el año de 1989 y por lo tanto anterior a las actuales reformas en materia de derecho del tanto de bienes inmuebles destinados a habitación es importante, recalcar que las críticas siguen vigentes, y más aun ya que el legislador al reformar la ley no cuidó realizar o tomar en cuenta las críticas antes señaladas, y que a manera de preámbulo podemos señalar que se encuentran entre otras; si el derecho del tanto corresponde a todos los arrendatarios de un inmueble independientemente si sea su vivienda la que se va a enajenar o que si el derecho del tanto realmente ayudaría a conseguir vivienda a un mayor número de personas.

Así me permitiré tomar los conceptos y conclusiones realizadas en la mencionada conferencia para enriquecer la presente tesis y buscar dar un enfoque más objetivo a la misma, entre los conceptos antes mencionados se encuentran lo siguientes:

"No pocos juristas opinan con base, que en este caso, el o los inquilinos no gozan del derecho del tanto, en virtud de que; ni es la vivienda la que se está enajenando, ni con esa venta se modificaría su situación jurídica, en efecto, si el inquilino adquiere esa porción indivisa, esta no le da derecho a ocupar parte determinada del inmueble y si la ocupa seguirá siendo a título de arrendatario, independientemente de que como copropietario queda sujeto a la

acción de división que pueda ejercitar cualquiera de los otros condueños, que puede llegar incluso a la venta del inmueble, quedando así el inquilino, en la misma situación en que se encontraba antes de la adquisición de la porción indivisa; en cambio, si adquiere el copropietario, si se logra la finalidad buscada por la Ley al establecer el derecho del tanto del comuneros, de ir liquidando esa copropiedad.

En síntesis, tal adquisición no es el camino para que el inquilino adquiera su vivienda. Cuando el inmueble arrendador es vendido y solo tiene un arrendatario, (y no concurren copropietarios) no existe problema alguno, pero es común que lo que se venda sea un edificio, de apartamentos, dados en arrendamiento a varios sujetos..."¹¹⁷.

Las críticas del licenciado Cuevas Senties siguen aún vigentes, ya que si bien las instituciones del derecho del tanto y de preferencia por el tanto son distintas por su naturaleza y efectos, buscan un mismo fin que es la adquisición y consolidación de la propiedad en una sola persona, por lo tanto las críticas siguen aplicándose a la regulación contenida en el Código Civil para el Distrito Federal, ya que sí existen varios copropietarios y varios inquilinos el estado de inseguridad sigue existiendo.

Ahora ¿quién tendrá que ser preferido el inquilino o el copropietario?, en base a las consideraciones expuestas es lógico que prevalezca el copropietario ya que se evita que siga existiendo la división en la propiedad, y por las consecuencias jurídicas que trae consigo el ejercicio de uno como otro derecho, en el derecho del tanto acarrea la nulidad en el acto y en la preferencia por el tanto el pago de daños y perjuicios; analizando la norma y por ende la sanción que otorga esta, nos da la razón de la importancia de tal o cual institución y cual debe prevalecer.

¿Y cual sería la solución para que cada inquilino adquiriera su departamento? desde mi punto de vista sería la constitución del régimen de propiedad en condominio, por parte del propietario del bien, para así tener viviendas para cada inquilino, y que ahora sí, cada uno la pudiera adquirir, una parte del bien, peor con la nueva ley de propiedad en condominio de bienes inmuebles para el Distrito Federal, se elimina esta posibilidad.

“...En principio, el artículo 2448 I, señala un derecho en favor del arrendatario que por virtud de ser contrato ocupa el inmueble, para que adquiera la finca que, tal como se expresa, debemos considerarla en su unidad jurídica y de hecho como materia de venta; de tal manera que, debe existir una identidad entre el objeto del arrendamiento y el que a su vez va a ser materia de la venta.

No dice ese artículo que el derecho del tanto corresponda a una parte de la finca; razón por la cual, tratándose de un inmueble, no sujeto al régimen de propiedad y condominio, debe entenderse que el derecho del tanto corresponde a quien arrienda la totalidad y no una parte del inmueble.

...Es lógico pues, considerar que el derecho del tanto ahí establecido solo existe cuando se trata de una finca que en su totalidad se encuentra arrendada en favor de un arrendatario en virtud de un singular contrato de arrendamiento...¹¹⁸

Este razonamiento confirma la exposición realizada por el Licenciado Cuevas Senties, ya que el licenciado afirma y con razón, que los arrendatarios no gozan técnicamente del derecho de preferencia (antes tanto), sino cuando el inmueble solo este arrendado a una sola persona, caso en el cual, tendrá derecho a querer ser preferido, más no que sea titular del derecho del tanto cada uno de los arrendatarios del inmueble, ya que como anteriormente expuse, será mejor que se consolide la propiedad a que siga ese estado o que se constituya el régimen de propiedad en condominio sobre el bien, antes de las reformas.

“...La expresión “El o los Arrendatarios” han originado que en la práctica, cuando un inmueble se encuentra arrendado a diversos arrendatarios, que ocupan cada uno de ellos una parte del inmueble, en virtud de estos contratos de arrendamiento, se haga a ellos también una notificación, en la duda de si existen para cada uno de ellos una parte del inmueble, en virtud de diversos contratos de arrendamiento, se haga a ellos también una notificación, en la duda de si existe para cada uno de ellos el derecho del tanto.

... la fracción que menciona en plural a los arrendatarios de un inmueble, se refiere únicamente al plazo para el ejercicio del derecho del tanto, más no es la norma que establece substancialmente ese derecho sino, lo establece el artículo 2448 I que solo habla del arrendatario como titular de un derecho para adquirir la finca arrendada, esto es la totalidad.

No puede existir el derecho del tanto para que un arrendatario adquiera algo distinto de que es objeto de arrendamiento. En tal virtud no puede existir un derecho del tanto a favor de alguno de los diversos arrendatarios de partes distintas de un inmueble, para adquirir la totalidad, puesto que la parte que no ocupa no la tiene en arrendamiento...”¹¹⁹.

Esto confirma lo antes señalado y me parece acertado ya que, si se permitiera esto, (que cada uno de los inquilinos tratará de adquirir algo que no le

118 *Ibidem*

corresponde) se caería en un estado de inseguridad ya que el que más posibilidades económicas tuviera iría adquiriendo todos los inmuebles del bien, y por lo cual nunca se podría llegar a adquirir la vivienda por parte de quien la necesitara y por que el derecho del tanto solo corresponde al titular del bien en comunidad o al titular de un contrato de arrendamiento, pero sólo a el y a nadie más.

“...no prevé el caso de solucionar conflictos entre diversos arrendatarios que quieran hacer uso de un derecho, de lo cual debe desprenderse que la Ley no presupone ese conflicto y eso es precisamente por que no establece derechos simultáneos que pudieran dar origen a ellos. Situación distinta que se presentaría en caso de que ese derecho estuviera establecido simultáneamente en favor de varias personas que pretendieran adquirir el único bien que es materia de la venta, ya que no puede darse el caso de que cada quien lo ejercitará respecto de la porción que ocupa, por tratarse la finca de una unidad jurídica indivisible y si la Ley previene que cada uno pudiera adquirir el todo, hubiera establecido las normas y reglas que determinaran cual de ellos pudiera tener derecho a hacerlo; tal como sí lo hace entre otros casos en que diversas personas por ser partícipes de un mismo derecho se vieran en conflicto en el momento de su ejercicio como es el caso de la propiedad o la mancomunidad...”

...Debemos entender pues, que la Ley habla en plural de arrendatarios para el caso en que todos ellos formaron un sola parte en un contrato de arrendamiento, respecto de la totalidad del inmueble y solo cabría, interpretando extensivamente la Ley, que exista un derecho cuando todos ellos *estuvieran interesados en adquirir en conjunto la totalidad del inmueble, pero* que no pueden existir tal derecho cuando solo uno o algunos de ellos, quisiera adquirir la totalidad frente a otro y otros que también quisieran esa totalidad pues en tal caso no podrá existir tal derecho..."

¿Qué sucede con el actual artículo 2448 K, que señala un orden, de entre estos arrendatarios, para establecer quien será el preferente ?, yo creo que si bien el legislador trata de solucionar el problema antes señalado (que es el utilizar el término "arrendatarios"), lo que provocará con esto es romper con el fin del derecho de preferencia por el tanto, que es la adquisición de un bien por parte de una persona determinada por sus características individuales, ya será a él al que se le quiera otorgar el derecho de preferencia sobre ese bien en particular y no a los demás arrendatarios, que no tienen ninguna relación con este bien.

"En este caso se estaría aplicando las reglas del consentimiento en la contratación, pero en su contra podría argumentarse que el derecho del tanto lo da la Ley a todos para ejercerlo dentro del plazo que señala contado a partir de la notificación que se le haga y podría ser que por razones circunstanciales, la

aceptación del primero hubiera sido anterior a la notificación de los otros, dejándolos sin oportunidad de ejercer el derecho supuestamente les da la ley, argumento que se vería reforzado con la consideración de que el fin buscado por esta última, es que todos sus inquilinos adquieran su vivienda.

...cuando una persona propietaria de un inmueble dado en arrendamiento para habitación decide venderlo, su libertad contractual se encuentra limitada en cuanto a su facultad de escoger libremente con quien va a contratar pues la misma Ley ha establecido un derecho preferencial de adquisición en favor de su o sus inquilinos y por lo tanto su oferta o pólizitación deberá ir dichos inquilinos sin excepción a fin de que tengan la oportunidad de adquirir la vivienda que ocupa y en el caso de que el inmueble vendido fuera un edificio de apartamentos y suponiendo que todos los inquilinos tuvieran ese derecho de preferencia, (ya que hicimos abstracción de razonamiento antes transcrito) para que pueda efectuarse la venta deberán llenarse dos supuestos: a) Haber notificarlo a todos los inquilinos; y b) Esperar el plazo de quince días después de la notificación del último y así poder saber quien o quienes aceptaron o no la oferta hecha.

Es indudable que el único criterio congruente con la finalidad buscada por la Ley es el que logre que cada inquilino adquiera la vivienda que ocupa.. " 120

El Código Civil (el Legislador) da la solución para la crítica expuesta en el artículo 2448 K, al señalar el orden en que será preferido el inquilino; Primero

el de mayor antigüedad posteriormente el que exhiba el tanto o por convenio, pero la crítica principal sigue existiendo en el sentido de que no es lógico que exista una preferencia para adquirir alguno distinto de lo que es titular, el Legislador busca la adquisición de la vivienda por un mayor número de personas, conservando con un régimen de división, pero atenuado, con el otorgamiento de un derecho de preferencia que permitirá que la venta sea válida, solo pagando los derechos y perjuicios ocasionados.

Desde mi punto de vista la primera es la solución ya que la división debe ser reducida al menor número de personas posibles y si se opta por la segunda opción la copropiedad no solo se mantiene sino que se extiende.

Dice:

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

Debe decir:

ARTÍCULO 771. Cuando conforme a la Ley pueda enajenarse y se enajene una vía pública, los propietarios de los predios colindantes gozarán del derecho preferencia por el tanto, que se ejercitará según lo establecido en el artículo 2303 y siguientes, de éste código.

Dice:

Artículo 973. Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A 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 notificado, la venta no producirá efecto legal alguno.

Debe decir:

ARTÍCULO 973. Las enajenaciones de los copropietarios se regirán por lo dispuesto en los artículos 979 BIS a 979 11 BIS

Dice:

Artículo 974. Si varios propietarios de cosa indivisa 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.

Debe decir:

ARTÍCULO 974. DEROGADO.

ARTÍCULO 979 BIS. *El derecho del tanto es el derecho real para ser preferido en la enajenación a un extraño de la parte alicuota de un bien que pertenece en comunidad a varias personas.*

Se entiende por comunidad la titularidad conjunta y subjetiva sobre un determinado bien o derecho.

ARTÍCULO 979 BIS 1.- El derecho del tanto se adquiere por Ley y su origen es por la comunidad de bienes o por un contrato.

OBLIGACIONES DEL COMUNERO ENAJENANTE.

ARTÍCULO 979 BIS 2.- El enajenante debe notificar a todos y cada uno de los titulares su intención de enajenar su parte alícuota del bien, por medio del notario. El titular deberá ejercitar su derecho en un plazo no mayor de cinco días contados a partir de la notificación y lo realizará en la misma acta de notificación o en una nueva, consignando el precio y demás condiciones establecidas en la enajenación, transcurrido dicho plazo perderá su derecho.

ARTÍCULO 979 BIS 3. La notificación deberá contener todos los elementos de la enajenación a fin de cumplir con todos y cada uno de ellos. Si llegará a cambiar algún elemento de la enajenación, se tendrá que volver a notificar a todos y cada uno de ellos, dando un nuevo plazo de 5 días para su ejercicio

ARTÍCULO 979 BIS 4. La notificación a los comuneros se hará entendiéndose a lo dispuesto por los artículos 82, 83, 84 primera fracción y 85, 86 y 131 de la Ley del notariado para el Distrito Federal.

ARTÍCULO 979 BIS 5. Si varios titulares del derecho del tanto quisieran ejercitar el derecho será preferido salvo pacto en contrario el titular que represente mayor porcentaje, en caso de ser igual, el primero que lo ejercito ante notario, según lo establecido en la segunda parte del artículo 979 bis 2.

ARTÍCULO 979 6. El enajenante una vez ejercitado el derecho del tanto, estará obligado a enajenar en los términos y condiciones establecidos.

ARTÍCULO 979 BIS 7. Si el bien se enajena en contravención a los artículos anteriores la enajenación será nula.

El titular del derecho del tanto gozará de la acción del retracto y se subrogará en los términos y condiciones estipuladas en la enajenación. La acción de retracto la ejercerá en un plazo de 15 días naturales contados a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de la enajenación.

ARTÍCULO 979 BIS 8. El derecho concedido en el artículo 979 BIS cesa si la enajenación se hace a un comunero.

ARTÍCULO 979 BIS 9. El derecho del tanto no procede:

1. Entre comuneros.

2. En el supuesto de donación.
3. En las aportaciones en las que se imprima un carácter especial al titular enajenante.
4. En general en todas aquellas enajenaciones en las que el titular no pueda dar el tanto.

ARTÍCULO 979 BIS 10. El derecho del tanto se extingue:

1. Por destrucción del bien.
2. Por quedar fuera del comercio.
3. Por expropiación.
4. Por renuncia expresa.

ARTÍCULO 979 BIS 11. En caso de exista concurrencia en derechos del tanto, o del tanto con preferencia por el tanto, será preferido el comunero en el cual se consolide en mayor porcentaje la propiedad, en caso de no ser así, el titular no preferido gozará del derecho contenido en el artículo 979 BIS 7.

Dice:

Artículo 1005.- 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 el tiempo para hacer uso del derecho del tanto.

Debe decir:

ARTÍCULO 1005. Las enajenaciones que realicen el usufructuario y el nudo propietario se regirán por lo dispuesto por los artículos 979 bis a 979 bis 8.

Dice:

Artículo 1292.- El heredero de parte 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 aquéllos, dentro del termino 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 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.

Debe decir:

ARTÍCULO 1292. Las enajenaciones de los coherederos se regirán por lo dispuesto por los artículos 979 bis a 979 bis 8.

Dice:

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

Debe decir:

Artículo. 1293. Derogado.

Dice:

Artículo 1294.- El derecho concedido en el artículo 1292 cesa si la enajenación se hace a un coheredero.

Debe decir:

Artículo. 1294. Derogado.

Dice

Artículo 2706.- Los socios gozarán del derecho del tanto. Si varios socios quieren hacer uso del tanto, les competirá éste en la proporción que representen. El termino para hacer uso del derecho del tanto será el de ocho días, contados desde que reciban aviso del que pretende enajenar.

Debe decir:

Artículo 2706.- Los socios gozarán del derecho de preferencia por tanto. Las enajenaciones de los socios se regirán por lo dispuesto por los artículos 2303, 2304 y 2305 de este código.

Dice:

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

Debe decir:

ARTÍCULO 2750. Al concluir el contrato de aparcería, el aparcerero que hubiere cumplido fielmente sus compromisos goza del derecho de preferencia establecido en los artículos 2303, 2304 y 2305, si la tierra que estuvo cultivando va a ser dada en nueva aparcería.

Dice:

Artículo 2763.- En el caso de venta de los animales, antes de que termine el contrato de aparcería, disfrutarán los contratantes del derecho del tanto.

Debe decir.

ARTÍCULO 2763. En caso de enajenación de los animales, antes de que termine el contrato de aparcería, el aparcerero se considerará como copropietario y las enajenaciones se regularán según lo establecido en la copropiedad.

ARTÍCULO 2447 A. En los inmuebles en copropiedad en los cuales existan unidades privativas el derecho del tanto se reconoce para los copropietarios y no a los inquilinos.

ARTÍCULO 2448 L. El propietario o propietarios de un edificio el cual vaya a ser o sea destinado a unidad habitacional, debe constituir el Régimen de Propiedad en Condominio en un plazo no mayor de un año, a partir de la celebración del contrato de arrendamiento en caso contrario cualquier inquilino puede pedir ante el juez competente la constitución de dicho condominio.

He hecho un análisis de los antecedentes de la institución a lo largo de la historia, ya que si los hombres llegáramos a comprender un poco de su historia y en particular de la historia del derecho podríamos llegar a cometer menos errores de los que ahora cometemos y teniendo un pasado tan rico en tradición jurídica, no puede, ni tiene que llegar a ser olvidado, ni hacer tabula rasa con el, como se logró en el Siglo XIX, ya que del pasado depende lo que fuimos, lo que somos y lo que seremos, como juristas no como simples abogados, este es el error, el tratar de entender al derecho como un simple papel y no como un reflejo de las necesidades de la sociedad.

Pero el hombre está destinado a olvidar, ya que lo que alguna vez logró conocer lo olvida, y esto es lo que nos lleva a no progresar, el pretender romper con nuestro pasado, para construir un "nuevo" mundo. Así la presente tesis no trata de ser un simple análisis, si no trata que el abogado tome consciencia de su papel en la vida de la sociedad, y que se pueda inculcar el cultivo y el conocimiento de esa tradición, tan valiosa que se tiene aquí en México, y no sólo conocerla sino también explotarla y enriquecer a nuestra legislación de esa tradición que en algún momento de la historia se olvidó (y en México desgraciadamente ocurrió en el siglo pasado) y que no hemos podido recuperar aún.

Esta tesis recopiló una serie de conceptos históricos necesarios para entender, al derecho del tanto, para conocer la institución, así desde el derecho prehispánico, el derecho hebreo (en donde en ambos casos no se puede hablar

de un derecho como en la actualidad lo conocemos, ya que no existen las normas de reconocimiento necesarias para considerarlos como tal) hasta nuestro código civil, estudié la regulación en los ordenamientos respectivos y concluyó que es necesaria una regulación sencilla y concreta para otorgar seguridad jurídica en el tráfico de los bienes inmuebles principalmente, ya que el derecho lo que debe de buscar es la seguridad jurídica y la justicia ante todo.

Por otro lado del análisis efectuado a la institución a través de la regulación contenida en el código civil, puedo criticar y afirmar, que el derecho del tanto carece y presenta una regulación asistemática, contraria a la "idea codificadora" del siglo pasado, y que por lo cual rompe con toda un idea, no basta como expone Moya Palencia, que el derecho del tanto, al estar regulado en distintas partes del código y presentar normas de carácter complementarios sea una regulación suficiente, y tan no lo es que la jurisprudencia a venido a solucionar los problemas presentados por esta carencia de nuestro código. Y que mayor prueba de esto, la actual regulación del derecho del tanto en nuestro Código Civil.

Así es necesario definir al derecho del tanto (aunque no lo correcto, ya que al definir estamos limitando a la institución, pero si es importante dar una base de análisis para la regulación y estudio de la institución) y así defino al derecho del tanto en los siguientes términos:

"Es el derecho real por virtud del cual el titular de un bien o derecho en

comunidad tiene el facultad de ser preferido en la enajenación de una parte alícuota del bien, antes que cualquiera otra persona extraña a la relación jurídica, otorgando el tanto en la enajenación. Y en caso de no ser preferido, la venta será nula y el comunero no preferido podrá retraer el bien otorgando el tanto”.

La definición reúne los elementos de un derecho real respecto a la oponibilidad a todo el mundo, entendiéndose por esta a un sujeto pasivo indeterminado (característica en todo derecho) y además un sujeto pasivo determinado obligado para con el titular del derecho real, ya que sin este sujeto pasivo determinado se hace nugatoria la posibilidad de ejercicio del derecho real y en este caso del derecho del tanto, y por lo cual ningún extraño podrá adquirir antes que el comunero y tendrán que respetar el ejercicio o el no ejercicio para poder o no adquirir. La segunda consecuencia de ser considerado como un derecho real es el derecho de persecución sobre el bien o derecho, independientemente de su titular y esto es a través de la acción de retracto.

Como ya señalé el derecho del tanto es un derecho real y de carácter accesorio, ya que goza de todas las características, necesarias para considerarlo como tal y su nacimiento va a depender de que exista una comunidad reconocida por la ley, a diferencia de los autores que sostienen que su naturaleza es un derecho personal, partiendo de la base de que existe un sólo obligado que sería el otro comunero que pretende enajenar, y sólo él, que sólo él tiene ese deber de

respeto para con el comunero adquirente, pero se equivocan ya que independientemente del deber de respeto general que existe en todo derecho, en el derecho del tanto ese deber de respeto además de tenerlo el comunero enajenante, lo tiene la generalidad también, y una acción persecutoria.

Además puedo considerar al derecho del tanto como una limitación a la propiedad o la figura jurídica que se le aplique ya que sólo impondrá una serie de lineamientos para el ejercicio del derecho, y no una modalidad, ya que no se esta alterando el régimen de la figura jurídica sobre el cual que recae.

Por otro lado, el derecho del tanto y la acción de retracto, son instituciones claramente diferentes, pero íntimamente ligadas en cuanto a su función, ya que el tanto sin el retracto se queda sin un modo eficaz de ejercerlo, ya que aunque goza de la acción de nulidad, esta no logra en la práctica, el fin del derecho del tanto, que es la consolidación de la propiedad, así v. g. la propiedad sin la acción reivindicatoria pierde su posibilidad de ser recuperada. Ahora el retracto es una institución de carácter adjetivo, es el medio procesal que lleva a cumplir el fin del derecho del tanto y no es la sanción a la violación al tanto, ya que su sanción es la nulidad de la enajenación, y por lo tanto el retracto es el medio procesal eficaz para hacer valer el derecho del tanto.

Y por lo tanto podemos definir al retracto como : 'La acción por virtud de

la cual un comunero puede subrogarse en los mismos términos y condiciones que el adquirente y adquirir en su patrimonio la parte alicuota de un bien enajenado, al no ser preferido en el tanto, otorgando para su ejercicio las mismas condiciones en los que se realizó la enajenación".

Como bien señala Pothier, el retracto "per se" no afecta la enajenación ni su validez, ya que la enajenación esta afectada de nulidad por la violación realizada al derecho del tanto y no por el retracto y como consecuencia retraerá a su patrimonio y se subrogará en los derechos y obligaciones del adquirente siempre y cuando otorgue el tanto.

No puedo diferenciar al derecho del tanto del derecho de preferencia por el tanto, sin hacer mención a su origen, si bien los dos tiene su origen o mejor dicho su reconocimiento en la ley. La causa que los hace nacer es distinta en el derecho del tanto es la necesidad de consolidar la propiedad o por una función social el adquirir la vivienda (ya sea un derecho real o un derecho personal el que le de origen) y, en cambio en el derecho de preferencia por el tanto su origen será la voluntad de las partes o la ley, y ambos, tanto el derecho del tanto como el derecho de preferencia por el tanto siempre estarán reconocidos en ley.

Ahora la distinción entre el derecho del tanto y el derecho de preferencia por el tanto no va a la esencia, ya que ambos buscan la preferencia en la contratación ya sea para la consolidación de la propiedad o para cumplir con la

voluntad de las partes; si no que se diferencian en sus consecuencias y sanción, ya que la violación al derecho del tanto acarrea la nulidad y en cambio la violación del derecho de preferencia por el tanto, no invalida la enajenación, sino por el contrario ésta será válida y produce todos sus efectos, en consecuencia, en el derecho del tanto se declara la nulidad de la venta (en virtud de la acción de nulidad) o bien se retraerá el bien y se subrogará en los derechos del adquirente a través de la acción de retracto y en el derecho de preferencia por el tanto su violación solo acarreará el pago de daños y perjuicios.

Puedo concluir que la actual regulación carece de técnica jurídica y provoca una dispersión y una inseguridad jurídica que el derecho no se puede permitir.

Después de realizar un análisis al Código Civil puedo concluir lo siguiente:

1. PREDIO COLINDANTE. En materia de predio colindante, no existe un estado de división que pueda dar origen al derecho del tanto, ya que el bien a enajenar por parte del Estado es una unidad jurídica, no hay cotitularidad de derechos por lo cual, yo creo, que se debe de otorgar un derecho de preferencia a los colindantes y no un derecho del tanto, para que sean preferidos en la enajenación, y de esta manera el Estado puede enajenar a quien desee, respetando o no la preferencia.

Por otro lado es incorrecto señalar y ya desde el Código Civil de 1870, se establece, el otorgar al Predio no preferido la "acción de rescisión", ya que éste, no es parte en el contrato, para poder exigirla, así que no tiene sentido otorgar esta acción.

Y por último el Código Civil en materia de predio colindante es derogado por el artículo 32 de la Ley General de Bienes Nacionales, pero esta ley comete las mismas imprecisiones que el Código Civil, al no señalar forma, para ejercitar el derecho del tanto y peor aún amplía el plazo para su ejercicio.

Por lo cual en las reformas que propongo, que se otorgue un derecho de preferencia; que servirá para enajenar un bien sin la sanción del derecho del tanto y con la preferencia para la contratación.

2. COPROPIEDAD. El Legislador de 1928 mantiene la legislación contenida en el Código Civil del año de 1884 y no se da cuenta que el Derecho evoluciona y se desarrolla, y que tal vez ese sistema pudo funcionar para el siglo pasado, pero que la situación actual, esta regulación ha sido rebasada y por lo tanto es anticuada, no coherente con las necesidades de la vida jurídica del país. Así en materia de copropiedad se puede criticar:

- 1) Que no existe la obligación de enajenar al comunero que desea enajenar;

- 2) Que emplea como sinónimos venta y enajenación, siendo que ya lo reformó y lo reformo mal;
- 3) Que establece 2 formas para realizar la notificación, sin otorgar una seguridad jurídica;
- 4) Que no impone obligación al tanteador de ejercitar el derecho del tanto de manera fehaciente y que por lo tanto es inseguro para el enajenante, ya si ejercita y no tantea, se le causan daños y perjuicios y;
- 5) Así también establece a la suerte como medio para preferir a alguien, a uno de los comuneros (ya critique esto por la inseguridad que acarrea y por lo anacrónica de la regulación)
- 6) Y por último no distingue que tipo de nulidad acarrea la violación del acto, ya sea una nulidad absoluta o relativa.

3. USUFRUCTO. En materia de usufructo se aplican las mismas reglas que en copropiedad. Es criticable que al usufructo que se le apliquen dichas normas, ya que siendo una institución totalmente distinta a la copropiedad, debe ser tratados cada una por separado, así, aunque exista una regulación general, deben existir reglas particulares, como lo es, que tanto usufructuarios como nudo propietario gocen del derecho del tanto, en caso de enajenación de su derecho en el usufructo, por el mismo interés y posibilidad de consolidar la propiedad, y en caso de concurrir ambos a ejercitar el derecho del tanto, que se otorgue al nudo

propietario por la necesidad de consolidar la propiedad.

4.- SUCESIONES: En materia de sucesiones el artículo 1,292 es más preciso en la regulación ya que señala además de las obligaciones del artículo 973, las siguientes:

- 1) La de enajenar al titular del derecho del tanto que lo ejercita y;
- 2) Limitar en forma expresa el derecho del tanto, sólo a la posibilidad de enajenación a un extraño.

Pero como ante todas y cada una de las limitaciones ya señaladas para la copropiedad y por lo tanto se le pueden hacer todas las críticas ya señaladas al analizar la copropiedad.

5 - SOCIEDADES: La regulación en materia de sociedades en derecho del tanto, al igual que en el usufructo, es limitada ya que solo señala: el orden de preferencia (pero no señala algún otro criterio para resolver una posible igualdad de derechos), así como el término para su ejercicio.

6. APARCERIA RURAL. Aquí existen dos conclusiones: La primera, que en la aparecería agrícola no existe un derecho del tanto, en si, ya que no existe un estado de división a terminar, fin del derecho del tanto, sino una preferencia para contratar, por lo cual realmente goza de un derecho de preferencia por el tanto; y

la segunda, que en la aparcería de ganado si existe esa división, al existir una copropiedad entre el aparcerero y el dueño del ganado, y por lo tanto se aplicarán las mismas reglas que para la copropiedad.

DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO.

Este derecho esta regulado expresamente en 2 instituciones, en la compraventa y en el arrendamiento.

1. COMPREVENTA: Según lo ya expuesto esta preferencia es una cláusula en el contrato de compraventa (o en cualquier otro contrato traslativo de dominio de un bien o derecho), aunque regulada como modalidad de la compraventa, debemos tomar en consideración que una modalidad cambia a la figura jurídica en una totalmente diferente, y aquí sólo se señalan límites para la celebración de la compraventa y a su regulación le hice las críticas oportunas y entre ellas las mas importantes son:

1) La doble sanción que existe, una sanción positiva el acto otorgando la validez a la venta, y una sanción negativa obligando por su incumplimiento al pago de daños y perjuicios.

2) La forma de notificar se presta a confusiones y por lo tanto se debe establecer como única forma para llevar a cabo la notificación, la realizada por un notario.

2. ARRENDAMIENTO: En materia de arrendamiento se presentan dos supuestos:

1. Antes de 1993: 1.- Donde existe un mal llamado derecho del tanto en materia de bienes no destinados a casa habitación.

2. Asimismo existe un mal llamado derecho del tanto ya que en realidad goza de un derecho de preferencia por el tanto en el cual el notario tiene una responsabilidad excesiva donde la notificación no tiene una forma expresa de realizarse, donde el término "el o los arrendatarios" se presenta a confusiones, ya que lejos de poner fin al problema de la vivienda lo deja el sin solución ya que al adquirir por el tanto no cambia su situación jurídica y aumenta la división.

¿Qué pasa con el arrendamiento de bienes inmuebles no sujetos al Régimen de Propiedad en Condominio? Tenemos que distinguir entre los bienes arrendados destinados a casa y las no destinadas ya que como estaba regulado antes otorgaba un mal llamado derecho de tanto al arrendatario de un bien no

destinado a casa habitación cuando realmente otorgaba un derecho de preferencia, y un derecho de tanto al arrendatario de casa habitación. Según las críticas expuestas la regulación no debía otorgar este derecho, ya que va contra el fin del derecho del tanto ya que va a aumentar la división y el adquiere una parte del bien el arrendatario no cambia su situación jurídica

Por otro lado la actual regulación no soluciona el problema, aunque unifica criterios y otorga un derecho de preferencia en ambos casos mantiene los vicios de la anterior regulación y los amplía al señalar como medio de notificación al escrito privado creando un mayor estado de inseguridad o permitiendo que cualquiera de los arrendatarios llegue adquirir el bien, no importando que se este enajenando uno distinto.

En materia de arrendamiento las reformas realizadas a partir del 19 de octubre de 1993, desde mi punto de vista son erróneas, ya que se siguen existiendo las mismas incongruencias contenidas en la regulación anterior como lo es otorgar el derecho del tanto a todos los "arrendatarios". Por otro lado al otorgar la preferencia por el tanto prácticamente se está dejando sin posibilidad de adquirir su vivienda a los arrendatarios, pero como ya exprese la solución para estos casos es la constitución del régimen de propiedad en condominio, así de esta manera, cada inquilino adquirirá una parte determinada del bien y para el propietario del bien será más fácil poder enajenar y la inversión en esta materia se reactivaría. Con esto podemos concluir que la regulación anterior contrariaba el fin

del derecho del tanto, ya que lejos de consolidar la propiedad en un menor número de personas la acrecentaba y sumado a la falta de técnica legislativa, provoca una mayor inseguridad y otorgando el derecho del tanto se llega al otro extremo. Así como ya lo exprese en las reformas concluyó lo siguiente:

1) El derecho del tanto sólo debe corresponde a los copropietarios y no a los arrendatarios.

2) Que en los edificios de productos donde solo existe un propietario y varios inquilinos, primero se constituya el régimen de Propiedad en Condominio, para facilitar la venta de los inmuebles y no otorgar el derecho del tanto sino la preferencia.

3) Y en caso de no ser así que se sigan todas y cada una de las reglas contenidas para el derecho del tanto que se proponen en esta tesis para el supuesto de comuneros.

Por lo que se refiere al derecho de preferencia podemos decir que nace por la voluntad de las partes o por disposición de la ley con la particularidad de que en el predio colindante la comunidad se da entre el Estado y el particular, y el derecho de preferencia por el tanto nacerá hasta que el Estado desafecte el bien y corresponde en principio al colindante y luego a si este no lo quiere a los otros

Así también la regulación que ya he expuesto tiende en pocos artículos, a regular de la manera más sencilla y eficaz el derecho del tanto, para permitir una tráfico ágil en la venta de bienes en comunidad, así reduciendo el plazo de ocho a cinco días, uniformándolo para todos los casos, haciendo al notario parte integrante y dando una función de servicio para con la sociedad otorgando rapidez y seguridad jurídica a la notificación y olvidando a testigos, administradores e inclusive a funcionarios judiciales para la notificación ya no otorgan los elementos ya mencionados, y así ocasionando inseguridad, lentitud y corrupción.

Así como también definiendo y dando reglas claras para su ejercicio como lo son:

1. Dando al notario el papel fundamental que le corresponde en el ejercicio del derecho del tanto (y en el derecho en general) para que sea a través de este que se lleve a cabo la notificación de la intención de enajenar y el ejercicio por parte del comunero adquirente,
2. reduciendo y unificando el tiempo para su ejercicio en cinco días,
3. quien debe ser preferido, a lo que contesto que será por convenio en primer lugar, el porcentaje en segundo lugar y por último el interés en adquirir, lo

que determinará quien adquirirá primero,

4. obligando al enajenante en caso de ser ejercitado el derecho del tanto a enajenar en las mismas condiciones pactadas y si lo viola éste derecho a ser preferido, otorgar retracto, reconociéndolo en el Código Civil,

5. que si bien el comunero enajenante esta obligado a enajenar, el comunero adquirente estará obligado a consignar el precio de la enajenación para así de esta manera garantizar su posible incumplimiento,

6. para el caso de ser ejercitado por varios comuneros o varios titulares a de un derecho de preferencia o del tanto, que se otorgue el derecho del tanto para consolidar la propiedad en un menor número de personas, fin buscado por el derecho del tanto,

7. y poder renunciar al derecho del tanto, siempre y cuando no se afecte a los fines del derecho del tanto.

Y en general el derecho del tanto procederá respecto de cualquier bien en comunidad ya sea bien mueble o inmueble, independientemente de la regulación jurídica que le de nacimiento.

Con la salvedad hecha que el derecho del tanto no procederá en aquellos casos en que el bien es adquirido por otro comunero o en actos en los que el

comunero no pueda otorgar la misma calidad, esto quiere decir que no puede otorgar el tanto como se daba en actos gratuitos como la donación, o en la aportación de un bien a una sociedad, etcétera.

Para finalizar el derecho del tanto es una institución difícil en su regulación, por la dispersión que existe en nuestra legislación y que lo único que provoca es un inseguridad, fin contrario al derecho esta tesis trata de aportar un elemento que todo aquel que ama al derecho de buscar la justicia y la seguridad.

BIBLIOGRAFIA

1. AGUILAR CARVAJAL Leopoldo," CONTRATOS CIVILES", 3a. edición, Editorial Porrúa, México, 1982.
2. ARCE CERVANTES José," De los Bienes" , 1a. edición, Editorial Porrúa, 1990, México.
3. AMPARO DIRECTO 1752/60. Josefina Ceballos de Lamadrid. 5 de octubre de 1961. Mayoría de tres votos.
4. MAYOGOYTIA STONE Alejandro, Apuntes de Historia del Derecho Patrio, México, 1994.
5. BIBLIA DE JERUSALÉN, 1a. Edición, Editorial GRAFO S.A., España ,1975.
6. BURGOA Ignacio, Las Garantías Individuales, 2a. Edición, Editorial Porrúa, México 1954.
7. BORJA SORIANO Manuel, Teoría General de las Obligaciones, 15 a. Edición, Editorial Porrúa, 1997, México.
8. CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil Español, Común y Foral, 10a. ed., Tomo Segundo, Vol. Primero, Editorial REUS S.A., Madrid 1971.
9. CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA DE 1870, IMPRENTA DIRIGIDA POR JOSE BATIZA
10. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 65a. Edición, Ed. Porrúa, México 1996.

11. Circular 34" C" /89. Ponencia presentada por el licenciado Carlos Cuevas Senties, Titular de la Notaria Número 8 del Distrito Federal, el día 6 de abril de 1989.
12. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 20 a. Edición, Editorial Espasa Calpe. Madrid, 1984.
13. DICCIONARIO JURÍDICO DE DERECHO MEXICANO, 2a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1988.
14. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo" Derecho Civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez", 1a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1994.
15. D'ORS Alvaro, Derecho Privado Romano, Editorial EUNSA, 1986, Pamplona, España.
16. ESCRICHE, Jaime, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, 1a. Edición, Editorial Temis, México, 1977, p. 494.
17. GARCIA CORONADO Fernando," Pacto de preferencia y El Derecho Del Tanto".
18. GARCÍA GALLO Alfonso, Manual de Historia Del Derecho Español, 6a. Edición, Editorial Agesa, Madrid, 1975.
19. GALINDO GARFIAS Ignacio, DERECHO CIVIL, 10a. edición, Editorial Porrúa, México, 1990.
20. GARCÍA GOYENA, D. Florencio, Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español, reimpresión de la edición de Madrid 1852, Universidad de Zaragoza. (preliminar del prof. Lacruz Berdejo) Zaragoza 1974.p. IV yV.
21. Hedemann Justus" Derechos Reales"

22. IBARROLA, Antonio de, Cosas y Sucesiones, 8a. edición, Editorial Porrúa, México, 1997
23. IGLESIAS Juan, Derecho Romano (Instituciones de Derecho Privado) editorial Ariel S.A., Barcelona, 1989.
24. KUNKEL Wolfgang, Historia del derecho Romano, 2a. Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1970.
25. LOZANO NORIEGA Francisco, Cuarto Curso de Derecho Civil" Contratos" , 6a., edición, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1994.
26. LAQUIS Manuel Antonio, DERECHOS REALES, Tomo IV, Restricciones y Límites del Dominio, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1984.
27. LEHMANN Heinrich, Tratado de derecho Civil, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
28. MATEOS ALARCON Manuel, Estudio sobre el Código Civil del Distrito Federal, México, Valdes Cueva, 1885-1896.
29. MENA TORIZ LUIS FERNANDO, El Derecho del Tanto, Tesis, Escuela Libre de Derecho, México, 1989.
30. MÉXICO, LEYES, DECRETOS, Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California, México, Imprenta de Francisco Díaz de León.
31. MORINEAU Oscar, Los Derechos Reales y el Subsuelo en México, Fondo de Cultura Económica, 1948.
32. MOYA PALENCIA Mario, Expropiación Privada: Los retractos. Las Preferencias por el Tanto, Tesis, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, México, 1955.

33. NOVISIMA RECOPIACIÓN, Los Códigos Españoles concordados y anotados, Libro X, Título XII, ley VIII, Madrid 1850.
34. PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para Juristas, 1 a. Edición, Editorial Mayo, México, 1981.
35. PEÑA GUZMAN, Luis Alberto" Derechos Reales", 2 a. Edición,, Editorial Tea, Buenos Aires, 1975.
36. PORTALIS, Jean-Etienne-Marie;" Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés"; Tr. por Manuel de Rivacoba y Rivacoba; Editorial Edeval; Valparaíso; Chile; 1978.
37. PRECIADO HERNÁNDEZ Rafael, LECCIONES DE FILOSOFÍA DE DERECHO, 1a.edición, Editorial Textos Universitarios, México 1982.
38. PUIG PEÑA Federico," Tratado de Derecho Civil Español", Revista de Derecho Privado, 1953-1974.
39. PUIG BRUTAU José;" Fundamentos de Derecho Civil" Editorial Bosch; Casa Editorial; S.A.; 3a. edición; Barcelona; 1983.
40. RODRIGUEZ HERNANDEZ, Martín Bernardo," El Derecho del Tanto", Universidad Panamericana, Tesis, 1989, México D.F.
41. ROJINA VILLEGAS Rafael," Compendio de Derecho Civil" Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Tomo II, Ed. Porrúa.
42. SERRA ROJAS Andrés, Derecho Administrativo., Tomo Segundo, 15 a. Edición, Editorial Porrúa, México 1992.
43. SÁNCHEZ MEDAL Ramón, Contratos Civiles, 12a. edición, Editorial Porrúa, México, 1993, p. 182 y 183.

44. SIETE PARTIDAS, LEYES DE TORO Y NOVISIMA RECOPIACION, España. Leyes, Decretos, etc. Los Códigos Españoles Concordados y Anotados, Editorial La Publicidad, Madrid, 1848-1850.
45. SERRANO ALONSO Eduardo, Notas sobre el Derecho de Opción, Revista de Derecho Privado, Madrid España, 1979.
46. ZAMORA Y VALENCIA Miguel, " Contratos Civiles" 5a. ed., Editorial Porrúa, México, 1994.