

EL DERECHO DEL TANTO COMO DERECHO REAL

José de Jesús LÓPEZ MONROY *

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Naturaleza jurídica del derecho del tanto.*
III. *Consecuencias del derecho del tanto.*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo a estudiar se localiza en el análisis de la naturaleza jurídica del derecho del tanto, su sanción por la violación y, se dice, los derechos del tanto del usufructuario, de arrendatarios de casas habitación y de inmuebles sujetos al régimen de propiedad en condominio, así como los conflictos por la concurrencia de diversos derechos preferenciales.

Llamar a los derechos del tanto derechos preferenciales, a mi modo de ver coloca al estudioso en el ámbito de los derechos de crédito, pues si del tanteo, retracto y opción solamente se faculta a exigir la transmisión o preferencia del obligado a ella (dueño del bien), no parece que se esté facultando al titular del derecho a exigir exclusivamente en caso de incumplimiento la acción de daños y perjuicios como resultaría del incumplimiento de cualquier obligación.

Los derechos del tanto, unánimemente han sido denominados por la doctrina mexicana como tales, derechos del tanto y, se han distinguido de los llamados derechos de preferencia por el tanto.

La preferencia por el tanto admitida en los artículos 2303 al 2308 del Código Civil, como una modalidad del contrato de compraventa cansagra como sanción por el incumplimiento, la acción de daños y perjuicios pues terminantemente el artículo 2305 del Código Civil dice que si la cosa se vendiere sin dar el aviso del precio que el comprador ofreciere, la venta, "es válida", pero el vendedor responde de los daños y perjuicios causados.

En otros términos para principiar el análisis del tema comencemos por distinguir que el derecho de preferencia por el tanto tiene eficacia

* Conmemoración del 75o. Aniversario de la Escuela Libre de Derecho y en homenaje al Maestro Francisco García Jimeno. Mesa Redonda. 27 de abril de 1987.

puramente obligatoria, pero es el caso que el derecho del tanto tiene eficacia real.

Por lo tanto concluimos que el derecho del tanto es un derecho real que permite obtener la transmisión de cualquiera que tenga la cosa.

Una segunda aclaración se impone, los derechos del tanto no son únicamente los mencionados en el inciso c) de la invitación que hemos recibido, esto es, el derecho del tanto del usufructuario y del arrendatario de casa habitación o de inmueble sujeto al régimen de condominio puesto que podría extenderse a la hipótesis de enajenación de los llamados bienes del dominio de la federación, estados y municipios, respecto de los predios colindantes a que se refiere el artículo 771 del Código Civil; al copropietario de cosa indivisa a que se refieren los artículos 950 y 973; al usufructuario conforme al artículo 1005; al heredero de parte de los bienes que quiera vender a extraños su derecho hereditario como lo señala el artículo 1292 y, finalmente a los arrendatarios de fincas urbanas destinadas a habitación y al régimen de propiedad en condominio.

El derecho del tanto es un derecho real por dos circunstancias: primero porque es un derecho exclusivo ya que no requiere para su ejercicio la intervención coadyuvante de un tercero y, segundo, porque es un derecho absoluto toda vez que su titular puede disponer de él en contra de todo mundo y nadie puede aprovecharse del beneficio si no fuese el propio titular.

El derecho del tanto es un derecho real de naturaleza legal y debe distinguirse de la posible convención o cláusula del tanto, o sea lo que la doctrina llama el retracto convencional.

A la luz de los artículos 2301 y 2302 que provendrían de un decreto de la época de don Venustiano Carranza del 5 de abril de 1917, todo retracto convencional quedó suprimido.

El derecho del tanto de naturaleza legal que es el único que admiten nuestras leyes da lugar a lo que la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia conoce con el nombre de acción de retracto, puesto que en la Tesis 2, con justa razón a propósito del análisis del derecho del tanto de los copropietarios distingue dos hipótesis: cuando la venta está simplemente propalada o cuando está consumada; en este último caso los preteridos ejercitan el derecho de retracto "por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador".

No parece que exista hipótesis de conflictos por la concurrencia de derechos preferenciales.

Si partimos de la afirmación de que el retracto convencional no está permitido no existiendo más derecho del tanto que el que expresamente

consagra la ley en las diversas hipótesis que hemos mencionado, no cabría conflictos; no los habría en tratándose de colindantes respecto de los predios de la federación, estados o municipios; tampoco los habría en la hipótesis de la copropiedad puesto que lo ejercitaría el copropietario que tuviere más derechos y en caso de igualdad en los mismos el conflicto se resuelve mediante un contrato de suerte; no lo habría tampoco en tratándose de coherederos y solamente podría haberlo respecto de los inquilinos, especialmente del inquilino o inquilinos que descuidasen la inscripción del contrato de arrendamiento en las oficinas de la Tesorería del Distrito Federal.

En efecto conforme al artículo 2034 un documento tiene fecha cierta (fracción III), si se trata de un documento privado desde el día en que se inscriba en un Registro Público, y a mi modo de ver la inscripción a que se refiere el artículo 2448 letra g en el Departamento del Distrito Federal, si bien no es en el Registro Público sí es en un registro de naturaleza pública.

En realidad el derecho mexicano al ampliar las hipótesis del derecho del tanto y darles eficacia real no está haciendo otra cosa sino borrando la distinción entre normas prohibitivas y normas dispositivas a que se refieren los artículos 6o. y 8o. del Código Civil, y ampliando a semejanza del Common Law la distinción entre normas prohibitivas para colocar todas las hipótesis como fundadas en ley e irrenunciables.

Por último, como el Código Civil Alemán regula el derecho del tanto dentro del libro segundo de las obligaciones artículos 504 al 514 y en seguida como un derecho real dentro del libro tercero de Derecho de Cosas, sección VI, artículos 1094 al 1104; efectivamente podríamos considerar que el derecho del tanto consagra un derecho sobre cosas que se fundan en un crédito que tiene eficacia excepcional de valer "no únicamente contra el deudor sino también contra el propietario del inmueble, quien quiera que sea" (*Derecho Civil de Von Tuhr*, volumen I, página 172), todo esto nos da la oportunidad de analizar la naturaleza jurídica del derecho del tanto, su carácter de expectativa y sus efectos en cuanto a la pretensión, conceptos todos que merecen ser aclarados.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DEL TANTO

El derecho del tanto, es un derecho real que surge del señorío de una cosa en forma limitada y que tiene como fuente una preferencia regulada por la ley a efecto de consolidar a un predio colindante, en copropiedad, usufructo o régimen de arrendamiento para habitación de bienes urbanos o en condominio.

En primer término decimos que es un derecho real porque tiene el carácter de exclusividad y absolutividad. Exclusividad porque no se requiere para su ejercicio, la intervención de un tercero y absolutividad, porque es oponible a todo mundo.

El derecho del tanto otorga un señorío en forma limitada. La propiedad como dice el Código Civil Alemán otorga un señorío en forma plena porque el propietario puede obrar sobre la cosa a su voluntad y excluir a los demás de cualquier acción.

El derecho del tanto muestra un contenido limitado pues dice *Von Tuhr* (id. página 170) "sólo otorga el señorío de la cosa en una dirección determinada".

La opción a la luz de nuestro Código Civil, solamente se admite conforme al texto legal y su finalidad es consolidar la propiedad de los colindantes respecto de los bienes de la federación, de los estados y de los municipios a efecto de adquirir una vía pública cuando conforme a la ley pueda enajenarse en la parte que les corresponda (artículo 771). Surgirá también el derecho del tanto para consolidar la propiedad en la hipótesis de que fuesen varios propietarios de una cosa indivisa cuando alguno o algunos de ellos pretendieran enajenar a extraños su parte alícuota, abarcando esta hipótesis la que surgiera por la enajenación de los derechos hereditarios o de los bienes adjudicados. Se consolida también la propiedad con el derecho del tanto en la hipótesis de que el nudo propietario pretendiera enajenar su derecho real en el usufructo. Y, finalmente se consagra el derecho del tanto para consolidar derechos en las hipótesis en que se otorga a los inquilinos de fincas urbanas destinadas a habitación si estuviesen "al corriente en el pago de la renta" conforme a los artículos 2448 y 2448] o a los inquilinos de bienes sujetos al régimen de condominio conforme a los artículos 19 y 20 de la ley sobre el régimen de propiedad en condominios de inmuebles.

Decimos en seguida que el derecho del tanto otorga una preferencia por cuanto que si bien el derecho del tanto se consagra expresamente por el legislador en las hipótesis que hemos dicho, su fuente puede ser una convención o relación obligatoria y por eso decimos que surge como preferencia.

En las hipótesis del usufructo si éste ha sido resultado de un convenio; en la adjudicación amigable de los bienes hereditarios o en los casos de los inquilinos de fincas urbanas destinadas a habitación o de condominio, la fuente de derecho del tanto surgió del acto jurídico contrato o convenio y por eso puede justamente llamarse preferencia.

Lo importante es que el derecho del tanto aun cuando es un derecho real no otorga ningún dominio sobre la cosa "ni cuando surge ni cuando

se la ejerce", sino que le da una pretensión a la transferencia de la cosa, (id. página 172).

Finalmente debemos admitir que el derecho del tanto siendo un derecho real es "numerus clausus" porque solamente se admite en las hipótesis reguladas por la ley.

No se le acepta como surgido por una convención aun cuando en los casos que mencionamos párrafos arriba vaya unido a una convención, y, digo que no se acepta por una convención como causa eficiente porque el retracto convencional está prohibido como se señala en los artículos 2301 y 2302 del Código Civil.

En resumen el derecho del tanto no puede tener como causa eficiente la convención o el contrato aun cuando va acompañado de un contrato como causa formal cuando el usufructo es resultado de una convención, la división de los bienes hereditarios se hizo a través de un convenio o cuando surgió a favor de un inquilino de fincas urbanas o de régimen en condominio.

En otras palabras el derecho del tanto puede fundarse en un crédito que tiene la eficacia excepcional de valer no únicamente contra el deudor "sino también contra el propietario del inmueble quien quiera que sea" (*Von Tuhr*, página 172).

III. CONSECUENCIAS DEL DERECHO DEL TANTO

Las consecuencias del derecho del tanto son dos: una mira el aspecto sustantivo y en este sentido es una *expectativa* de derechos y otra hace referencia al aspecto procesal y en este caso es una *pretensión*. Por último el derecho del tanto fundamentalmente va acompañado de un acto jurídico que procesalmente recibe el nombre de notificación y que en doctrina de Derecho Civil, recibe el nombre de *comunicación*.

1. Primeramente el derecho del tanto, como hemos dicho, no consagra ningún dominio sobre la cosa que se va a enajenar ni cuando surge ni cuando se ejerce, sino que sólo da lugar a una pretensión a la transferencia de la cosa.

En consecuencia en primer término es una expectativa de derechos. Las expectativas de derechos se analizan principalmente en el capítulo de obligaciones, cuando la relación de acreedor y deudor está sujeta a una condición suspensiva.

Las condiciones no son válidas cuando dependen exclusivamente de la voluntad del deudor; por el contrario, cabe que las condiciones dependan de la voluntad del acreedor.

Mas como la opción da derecho no a exigir una cosa sino a una

pretensión a la transferencia de la cosa, puede decirse que el derecho del tanto es una expectativa sujeta a un hecho: la voluntad del titular de la propiedad de enajenar el bien. Es pues una expectativa real puesto que consagra un derecho de espera.

2. En segundo lugar es una pretensión, puesto que hemos visto que en caso de que el que sufra el derecho del tanto enajene el bien sin la realización de la notificación o conocimiento del titular del derecho se consagra a favor de éste una acción de retracto que como hemos visto en la tesis Jurisprudencial número 2 de la Suprema Corte de Justicia, faculta al titular del derecho o bien a adquirir la propiedad si ésta sólo está simplemente propalada o a subrogarse en los derechos y obligaciones del adquirente o comprador si la compraventa está consumada.

Por esta razón decimos que el derecho del tanto consagra una pretensión real.

El Código Civil Alemán en el artículo 194, dice que la pretensión es un derecho de exigir de otro una acción o una omisión. La definición coincide en parte con la definición de acción explicada por los procesalistas modernos.

En este breve estudio insisto en que el derecho del tanto es una pretensión porque está sujeto a la prescripción no importa que el legislador al regular el derecho del tanto del copropietario y por lo tanto del usufructuario en los términos de los artículos 973, 974 y 1005 diga que si no se hace la notificación la venta hecha al tercero no producirá efecto legal alguno.¹ Términos que también se aplicarían a la enajenación de una vía pública que pueda venderse y a los derechos hereditarios a que se refieren los artículos 771 y 1292 del Código Civil.

Los artículos 2448 letra J y 19 y 20 de la Ley de condominio exigen que la pretensión es decir la posible venta, se notifique al arrendatario o inquilino y sólo tratándose del arrendamiento se habla de que la acción de nulidad prescribe a los seis meses contados a partir de que el arrendatario tuvo conocimiento de la realización del contrato.

A mi modo de ver siendo una pretensión estará sujeta a los términos de prescripción y deberá aplicarse el artículo 638 a todas las hipótesis: "la acción para pedir la nulidad prescribe en los términos en que prescriben acciones reales..."; esto independientemente de la caducidad consagrada en el párrafo VI del artículo 2448 letra J del

¹ El artículo 20 de la ley del condominio subroga al inquilino frente al adquirente, con la exhibición del precio si no se dio el aviso.

Código Civil respecto de la hipótesis del arrendamiento de fincas destinadas a habitación.

3. Finalmente, en la hipótesis en que se consagra por la ley el derecho del tanto se exige la notificación de la venta propalada por el propietario a favor del titular del derecho; la notificación es un acto jurídico que surge cuando la acción ha llegado a su evento. Propalar una enajenación es producir que la expectativa tenga nacimiento, es provocar que la acción llegue a la situación jurídica final.

La notificación a que se refieren los textos legales y que debe realizar el propietario a favor de quien se consagra el derecho del tanto podría decirse que bastaría con que satisficiera los extremos de la interpelación a que se refiere el artículo 2080 del Código Civil que efectivamente deberá aplicarse en las hipótesis en las que el legislador no ha consagrado otro u otros términos. En el caso del arrendatario de bienes destinados a habitación éste gozará de quince días para hacer valer su derecho del tanto.

Mas en todo caso debe hacerse una notificación que es un acto jurídico de conocimiento.

El conocimiento es una comunicación y significa la representación de un hecho provocada por acontecimientos externos y que corresponde a la verdad.

A mi modo de ver la notificación que deberá realizar el sujeto pasivo del derecho del tanto debe satisfacer condiciones de objetividad que puedan ser demostradas en los términos del artículo 2080 y, específicamente para el arrendamiento de bienes urbanos destinados a habitación en los términos del artículo 2448 letra J.

En este último artículo el legislador utiliza los términos de dar aviso en forma indubitable al arrendatario; de notificar en forma indubitable al arrendador su voluntad de ejercitar el derecho; de dar un nuevo aviso en forma indubitable al arrendatario en caso de cambio de los términos de la oferta inicial.

Carnelutti y Von Tuhr, en su Teoría general del derecho y en su Derecho Civil volumen II, respectivamente nos indican que la voluntad es la expresión del pensamiento en el mundo exterior, "el acto es un producto del espíritu, es el puente misterioso que une la vida interna del sujeto con el mundo externo". En consecuencia el aviso o notificación que las leyes exigen quedaría probado con los extremos objetivos a que se refiere el artículo 2080 del Código Civil, sin que pueda pedirse mayor formalismo que el señalado por esta regla general de las obligaciones.

Realizada la notificación o aviso en forma objetiva sin exigencia de mayor formalismo fariseo, se obtiene la certeza del conocimiento

y todavía sobre esa regla habría que hacer dos observaciones:

La primera que, si el cumplimiento de las obligaciones debe hacerse conforme a las reglas de la buena fe, de acuerdo con el artículo 1796 del Código Civil, si el titular del derecho del tanto conoce que su expectativa se ha hecho concreta, su conocimiento por cualquier medio que éste sea tendrá por satisfecho el aviso o notificación legal.

La segunda consecuencia que debe observarse es que si el derecho del tanto tiene los caracteres de una pretensión está sujeta a las reglas de prescripción de acciones independientemente de que el legislador diga que las compraventas y su escrituración serán nulas de pleno derecho, manteniendo una inseguridad jurídica perpetua, totalmente incivilizada.

En resumen, el acto de conocimiento deberá satisfacer las reglas de la formación del consentimiento en el contrato. Para el legislador mexicano el contrato y por consecuencia cualquier acto jurídico de acuerdo con los artículos 1807 y 1859 se forma en el momento en el que el proponente recibe la aceptación.

En otros términos, sostengo que el aviso a que se sujeta el derecho del tanto sigue las reglas de formación objetiva con la recepción de la aceptación, admite la prueba de conocimiento de buena fe y, finalmente si el acto se ha viciado por la ausencia de notificación, el defecto se sujeta a las reglas de la prescripción de acciones.