

DERECHOS PREFERENCIALES EN DERECHO MEXICANO

Miguel ALESSIO ROBLES

A la memoria del Maestro Francisco García Jimeno

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. *Derechos preferenciales*. 2. *Derechos de terceros no preferenciales*: a) *La opción*; b) *La oferta*; c) *La promesa unilateral*; d) *Pacto de retroventa*. II. *Antecedentes*: 1. *Derecho del tanto*. 2. *El retracto*. 3. *Derecho español*: a) *Las Partidas*; b) *Leyes del Toro*; c) *Novísima Recopilación*; d) *Proyecto García Goyena*. 4. *Derecho Mexicano*: a) *Código Civil de 1870*; b) *Código Civil de 1884*. III. *Derechos preferenciales en Derecho mexicano*: 1. *Derecho del tanto entre comuneros*: a) *Objeto*; b) *Bien jurídico protegido*; c) *Naturaleza jurídica*; d) *Forma de ejercitarse*; e) *El retracto*; f) *Jurisprudencia*; g) *La sanción*. 2. *Los demás derechos preferenciales*: a) *Derecho de preferencia por el tanto*; b) *Derecho del tanto del usufructuario*; c) *Derecho del tanto del arrendatario de casa habitación*; d) *Derecho del tanto de arrendatarios de inmuebles sujetos al régimen de propiedad y condominio*. 3. *Conflictos por la concurrencia de diversos derechos preferenciales*.

I. INTRODUCCIÓN

El tema a tratar no sólo tiene la importancia doctrinal propia de las instituciones mal analizadas por el derecho positivo; trasciende a la práctica por su importancia en la regulación de la actividad del hombre cuando el acontecer humano tiene por objeto el tráfico de bienes inmuebles, más aún en nuestros días en los que el legislador, con olvido de los más elementales principios jurídicos, ha creado derechos preferenciales tan injustos, estériles y peligrosos por su cotidiano uso, como el derecho del tanto concedido a los arrendatarios de inmuebles destinados a casa habitación.

La insuficiencia en la regulación jurídica del derecho del tanto y demás derechos preferenciales de terceros y la falta de preceptos que den justa y equitativa solución a los posibles conflictos que se presentan en la práctica por la concurrencia de derechos preferenciales respecto de un mismo bien, así como la errónea interpretación doctrinal y jurisprudencial que se ha dado a estos problemas, me ha motivado a la realización de este trabajo que al mismo tiempo significa una mo-

desta aportación a la conmemoración del setenta y cinco aniversario de la fundación de la Escuela Libre de Derecho.

1. *Derechos preferenciales*

Son el derecho del tanto en sus diversas manifestaciones y los derechos de preferencia por el tanto los que centran la atención de este estudio por su importancia práctica. Los límites del mismo no permiten el análisis de la regulación de algunos de los derechos del tanto tales como los concedidos al aparcero, al colindante de calle, a los socios en sociedades civiles o a los accionistas de sociedades mercantiles, porque su regulación y funcionamiento adolece de los defectos generales de toda la normatividad del tanteo y no presentan aspectos sustantivos propios de importancia como sí sucede en los casos de los derechos del tanto concedidos al usufructuario o a los inquilinos de casa habitación o de inmuebles sujetos al régimen de propiedad y condominio.

Conviene también dejar asentadas las razones por las cuales las figuras afines a los derechos preferenciales no tienen esta naturaleza, lo que será objeto del siguiente apartado.

Para el análisis de aquellos derechos preferenciales de mayor importancia, además de los antecedentes históricos, analizo el concepto mismo, su naturaleza jurídica y el bien jurídico que protegen, a fin de fijar mi opinión respecto de la sanción legal a imponerse al sujeto pasivo de la relación en caso de incumplimiento. Respecto al concepto de derechos preferenciales, tomo el vertido por Carlos Cuevas Senties en reciente estudio: "La posición doctrinal más común sostiene que son derechos preferenciales sobre inmuebles, aquellos que teniendo origen en la ley o en la voluntad, conceden a una persona preferencia respecto a otras para la adquisición del dominio u otro derecho real o personal sobre un inmueble determinado, en el caso de que su propietario decida enajenarlo".¹

2. *Derechos de tercero no preferenciales*

a) La opción

El derecho de opción no se encuentra expresamente regulado en la legislación civil, de donde se desprende una amplia libertad para los

¹ CUEVAS SENTÍES, Carlos, "La influencia del Derecho Público en el Derecho Inmobiliario", en *Memorias del XVIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino* (Montreal, Canadá, 1986), México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., p. 149.

particulares en su regulación. Roca Sastre lo define como "El derecho que faculta a una (o más) personas para que, a su arbitrio y dentro de un tiempo máximo pactado, pueda decidir acerca del perfeccionamiento de un contrato principal, generalmente de compraventa, frente a otra persona (o a varias) que, de momento, quedan vinculadas a soportar los resultados de dicha libre decisión del titular del derecho de opción..."² Dada la libertad de los particulares para crear y regular el derecho de opción, pueden incluso pactar en favor del concedente una contraprestación correlativa a su obligación de sostener la oferta,³ siendo aplicables las reglas generales sobre contratos innominados y sobre formación del consentimiento del contrato a optar.⁴

El contrato de opción se diferencia de la oferta o policitación debido a que la obligación del oferente en ésta nace de su sola declaración de voluntad, mientras que la obligación del concedente en aquel contrato se deriva precisamente del mismo contrato, con la ventaja de que en éste pueden las partes pactar la citada contraprestación en favor del oferente; y se diferencia del contrato de promesa debido a que mientras en éste las partes se obligan a celebrar un contrato futuro, en la opción el concedente ya ha manifestado su voluntad para celebrar el contrato principal.⁵

Para concluir que el derecho de opción no es un derecho preferente se debe tomar en cuenta el fundamento principal de este tipo de derechos, es decir, la decisión del propietario de enajenar el bien objeto indirecto de su derecho, supuesto que no se da para el nacimiento del derecho concedido en favor del optante.

b) La oferta

El derecho nacido de la declaración unilateral de voluntad emitida por el oferente, ejercitable dentro del plazo señalado por el propio oferente o por la ley, no constituye un derecho preferencial de tercero, pues en este caso el derecho no ha nacido por el deseo del dueño de transmitir su derecho real, independientemente de que el derecho del tercero para adquirir no tiene base para considerarse como preferente sobre ningún otro.

² Citado por PUIG BRUTAU, Federico, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, 3a. ed. Bosch Casa Editorial, p. 397.

³ CUEVAS SENTÍES, *op. cit.* (1), p. 153.

⁴ *Ibidem*, p. 154.

⁵ GONZÁLEZ, Jerónimo, citado por BADENES GASSET, Ramón, *La Preferencia Adquisitiva en el Derecho Español*, España, Bosch Casa Editorial, p. 219 y CUEVAS SENTÍES, *op. cit.*, (1), pp. 156 y 157.

c) La promesa unilateral

Adicionalmente a las diferencias existentes entre la promesa unilateral y los derechos preferenciales, cabría apuntar dos elementos trascendentales en éstos, a tratar con posterioridad. El derecho del tanto constituye un límite al derecho de propiedad y como tal las normas que lo regulan contienen excepciones a la teoría general de las obligaciones⁶

La promesa unilateral tampoco constituye un derecho preferencial de tercero porque el derecho derivado de aquélla tiene como fuente a la promesa misma y no se requiere del deseo del dueño de transmitir su derecho sobre el bien, al mismo tiempo que no existe posibilidad de considerarlo preferentemente sobre algún otro derecho.

d) Pacto de retroventa

El objeto del pacto de retroventa no es jurídicamente posible en virtud del obstáculo no superable impuesto por la ley en el artículo 2302 con el fin de evitar las simulaciones jurídicas que la práctica presentaba.

"Por lo demás, el derecho resultante del pacto de retroventa no es en realidad un derecho de adquisición preferente, sino el derecho unilateral del vendedor de deshacer la venta, recuperando así la cosa objeto de dicha compraventa."⁷

Para los efectos de este trabajo resulta importante anotar que el concepto de retracto es etimológicamente acertado exclusivamente para el retracto convencional aquí comentado y no así para el retracto legal: "...retrayendo se recupera un objeto que salió del patrimonio, lo que no sucede en los otros casos de derecho de adquisición preferente, en que su titular puede adquirir con exclusión de los demás si el dueño decide vender."⁸

II. ANTECEDENTES

El análisis de los antecedentes históricos de los derechos preferenciales tiene como fin principal extraer de las distintas formas en que han sido regulados e interpretados, los elementos necesarios para establecer si se trata efectivamente de un límite al derecho de propiedad,

⁶ ZEPEDA TRUJILLO, Enrique, *El Derecho del Tanto*, México, Ed. Libros de México, 1961, pp. 134 y 135.

⁷ CUEVAS SENTÍES, *op. cit.* (1) p. 152.

⁸ *Ibidem*, p. 151.

indicar su naturaleza jurídica, es decir, si se trata de un derecho real o personal, así como sentar una opinión sobre la discutida sanción que debe derivar por la violación del derecho mismo, a partir del bien jurídico protegido.

1. Derecho del tanto

Para los efectos precisados en el párrafo anterior, en relación al derecho del tanto, basta en mi concepto transcribir la Partida V, Título V, Ley 55: "Dos omes ó mas habiendo alguna cosa comunalmente de so uno, decimos que cualquier de ellos puede la su parte, maguer 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, quisieren dar tanto por ella como el extraño, ese la debe ante que 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, fueras ende con otorgamiento de los otros compañeros."⁹

Es claro en mi opinión el origen del concepto derecho del tanto concedido al copropietario, quien tiene la facultad de dar tanto como el tercero pretensor adquirente de los derechos de copropiedad que se van a enajenar. Sin embargo, el solo establecimiento del derecho en la Partida parece imperfecto a pesar de dejar ver el objeto del mismo, pues es claro que desde entonces se pretende terminar con los naturales conflictos ocasionados por la cotitularidad de un derecho real respecto de un mismo bien.

2. El retracto

Al margen del origen etimológico ya comentado, cabe aquí destacar su origen romano negado por algunos de los historiadores y tratadistas de Derecho civil más connotados. El verdadero retracto, el convencional, fue instaurado como medida protectora de la familia o de su patrimonio, a través de la condición resolutoria conocida como pacto de retroventa: "El vendedor se reserva el derecho de resolver la venta, restituyendo el precio al comprador en cierto plazo, o en cualquier época."¹⁰

⁹ ARCE Y CERVANTES, José. "El Derecho del Tanto de los Copropietarios", en *Revista de Derecho Notarial*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, n. 53, 1973, p. 13.

¹⁰ Ley 2, c. de pact. empt. IV-54. Citada por PETIT, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. de la novena ed., México, Editorial Nacional, 1953, p. 399.

Sin embargo, el origen más directo y quizá más antiguo del retracto legal se tiene en el Derecho hebreo. La perpetuidad que por razones históricas y religiosas se daba a la propiedad hebrea, originaba la limitación al propietario de vender por tiempo limitado. Exclusivamente por causa de muerte se podía transmitir la propiedad definitivamente, lo que confirmaba el principio de perpetuidad de la propiedad.¹¹ "Así pues, la enajenación de la propiedad entre los hebreos era lícita pero estaba limitada a cierto tiempo. El tiempo de esta limitación era la llegada del nuevo jubileo. El jubileo era el año quincuagésimo o el siguiente al cumplimiento de siete semanas de años, en el cual las propiedades enajenadas volvían al dominio de los vendedores: "y santificarás el año quincuagésimo, y anunciarás remisión para todos los moradores de tu tierra. Cada uno recobrará su posesión... En el año del jubileo todos han de recobrar sus posesiones."¹²

Como se puede apreciar, no se desprende de los párrafos anteriores la razón histórico jurídica por la cual se han confundido los derechos del tanto y de retracto. Este último, cuando tiene como fuente a la ley en el derecho hebreo, sí es un verdadero retracto, dado que por causas religiosas se concedía al vendedor derecho para retraer su propiedad. La *ratio legis* es sin embargo bien distinta en este caso: "... se atiende al empeño de los israelitas por evitar la mezcla entre los miembros de las diferentes tribus, lo cual era factor importante para determinar la llegada del Mesías y además, debe tenerse en cuenta que se buscaba evitar que... algunas de las tribus se colocara en plano de desigualdad y de pobreza respecto a las demás, lo que podía llegar a ser causa de... detrimento de la unidad nacional."¹³ Es claro que en Derecho antiguo el retracto no apareció como una sanción por violación al derecho del tanto, sino como una condición resolutoria fijada por la ley o por voluntad unilateral o bilateral de las partes, por distintas causas y fundamentos. De ahí también que pueda entenderse que el retracto entre comuneros tiene su origen en el retracto legal hebreo, aun cuando el concepto es estimológicamente erróneo puesto que el comunero preterido no volvía a llevar a su patrimonio los derechos de copropiedad que con esa acción adquiriría, dado que éstos no le pertenecían antes de la venta hecha por el otro copropietario al tercero.

¹¹ ZEPEDA TRUJILLO, *op. cit.* (6), p. 25.

¹² *Loc. Cit.*

¹³ *Ibidem*, p. 26.

3. Derecho español

a) Las Partidas

Adicionalmente al origen del derecho del tanto ya citado¹⁴ y a los breves comentarios vertidos a ese respecto, cabe citar la conclusión obtenida de la Partida V, Título V ya transcrita, por el maestro Arce y Cervantes, quien suponiendo la existencia de una copropiedad, considera como elementos de ese antecedente del derecho del tanto:

1. Intención de venta de la parte alícuota, no habla de otra forma de enajenación y sí cuatro veces de ese contrato.
2. Intención de vender a un extraño, la conotación del término "extraño", está supuesta en su contrario "cualquiera de las que han en ella parte", o sea parte en la cosa; vale decir extraño a los condueños.
3. Parece tener lugar en toda clase de cosas, ya que la ley no distingue...
4. El derecho se da a un comunero ("de los que han parte en la cosa") sin distinguir la porción que representa en la copropiedad.
5. Para el comunero nace el derecho si quisiere "dar tanto por ella" (por la cosa) como el extraño. La Ley de Partida no desea que el copropietario que pretende enajenar sufra un perjuicio patrimonial, ni que el que quiera adquirir tenga una ganancia; le limita la libertad al enajenante sólo en cuanto a la elección del adquirente.
6. Tiene lugar siempre que no haya comenzado pleito para dividir la cosa común.¹⁵

Se desprende claramente en mi concepto de la regulación del derecho del tanto en la Partida el bien jurídico a proteger, que no ha sido ni es otro que la necesidad de limitar el derecho de propiedad para evitar en la medida de lo posible, es decir, siempre en el caso de que el propietario decida enajenar, los conflictos que naturalmente se causan en las comunidades; se pretende terminar con un estado natural del derecho de propiedad.

Sin embargo, el derecho del tanto aparece en la Partida como un supuesto normativo cuya violación constituye un ilícito que en términos de la teoría dualista clásica francesa acarrearía la nulidad o anulabilidad del acto puesto que se estaría frente a un objeto mediato ilícito, es decir, el objeto inmediato de la obligación del vendedor frente al tercero adquirente, dar los derechos de copropiedad (éstos, el objeto mediato de la obligación), contravendría la ley, dado que no es lícito dar sin antes haber respetado el derecho del tanto impuesto por la ley en favor

¹⁴ *Supra*, nota 9.

¹⁵ *Op. cit.*, nota 9, p. 14.

del copropietario. De ahí se sigue que en el antiguo Derecho español la sanción deba ser alguna especie de ineficacia del acto.

b) Leyes del Toro

La ley 75 del Toro señalaba: "Si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene en común con otro, en caso de que según la Ley de la Partida pudiere el comunero sacar por el tanto, sea obligado el que la quisiese sacar, á, consignar el precio é término é con las diligencias é solemnidades..."¹⁶

Parece vislumbrarse un antecedente hispano del antiguo retracto legal, ahora otorgando un derecho adicional al comunero cuyo derecho del tanto no fue respetado por el copropietario que ha transmitido al tercero su parte. Esta institución tan estrechamente ligada al derecho del tanto y que históricamente ha sido estudiada y regulada paralelamente a este derecho, ha hecho incurrir a los diversos intérpretes en errores de apreciación en relación a la realidad regulada. En la ley citada es claro que el retracto opera como sanción por la violación al derecho del tanto. Buscar su naturaleza y su fin filosófico jurídico, es uno de los principales objetivos de estas notas.

c) Novísima Recopilación

En estas leyes son múltiples las causas de procedencia del retracto legal, cuyo fin es idéntico al señalado en el punto precedente, aun cuando el bien jurídico protegido se presenta diverso:

También encontramos en la Novísima Recopilación (promulgada en 1805 como suplemento de otras compilaciones), la reglamentación del retracto (Leyes I a IX del Título XIII, Libro X) en la forma siguiente: Las dos primeras leyes se refieren al llamado "retracto de abolengo" y el plazo para su ejecución; en la Ley III se limitaba su ejercicio para el caso de venta de bienes que el vendedor hubiere heredado de su abolengo; la Ley IV lo ampliaba aun en el caso de remate; la V establecía que si muchas cosas fueren vendidas por un solo precio, el retrayente podía retraer todas y no una sola, pero que si lo fuere por diversos precios el retrayente podía retraer la que quisiera; Ley VI: preceptuaba que si se trataba de cosas de venta al fiado, se podían sacar al tanto fiado; las Leyes VII y VIII esta-

¹⁶ *Loc. Cit.* Las Leyes del Toro fueron aprobadas por las Cortes de Toledo en 1502 y publicadas en 1505. RENAUD COURTNEY, Paul, *El Derecho del Tanto de Copropietarios y Coherederos y las Demás Preferencias por el Tanto*, Tesis Profesional, ELD, 1981, p. 36.

blecen el orden de los parientes a quienes se concede el retracto gentilicio...¹⁷

La parte final de la anterior cita permite constatar que el retracto es la sanción lógica y única para el caso de violación del derecho del tanto, según se pretende demostrar en los subsecuentes apartados. "...y la IX ordenaba que el retracto entre comuneros, el que lo quisiere sacar, consignará el precio "en el tiempo y término".¹⁸

d) Proyecto García Goyena

Este proyecto prevé el retracto legal con dos innovaciones: el origen del derecho del tanto que se presenta sólo en el caso de venta o dación en pago y la regla que debe seguirse en el caso de que dos o más copropietarios quieran hacer uso de ese derecho. Esta interpretación se desprende de la lectura del artículo 1451: "El copropietario de una cosa común que no puede dividirse cómodamente o sin menoscabo, puede usar del retracto, en el caso de venderse a un extraño la parte de alguno o de todos los demás condueños. En el caso de que dos o más co-proprietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común." El artículo anterior "...establecía el retracto legal en caso de compra o dación en pago de una cosa..."¹⁹

La primera innovación resulta de un análisis intachable de la causa y del bien jurídico protegido del derecho de tanteo, pues como más adelante se demuestra, dicho derecho sólo nace en favor del copropietario cuando el otro comunero pretende enajenar a un extraño vía una compra-venta o en dación en pago. Adicionalmente cabe señalar el impráctico y raro caso en que copropietario adquiriera el bien por el que el otro comunero ha pactado permutar sus derechos de copropiedad.

No cabe el mismo comentario en relación a la segunda innovación, dado que si el bien jurídico protegido es la necesidad de evitar los conflictos que surgen en las copropiedades, la solución de conceder el derecho a quien representa la mayor porción de entre los comuneros, cumple definitivamente mejor con ese fin que la solución planteada en el proyecto.

¹⁷ RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL. "Pandectas Hispano Mexicano", t. II, México, p. 608, citado por RENAUD COURTNEY, *op. cit.*, nota 16, p. 38.

¹⁸ *Loc. cit.*

¹⁹ Citado por ARCE y CERVANTES, *op. cit.*, nota 9, p. 16.

4. Derecho mexicano

a) Código Civil de 1870

La expresión de motivos de esta ley, al referirse al derecho del tanto, establece: "Se ha conservado en los artículos 2973 y 2974 la doctrina relativa al retracto de comuneros, asegurándoles el derecho del tanto, y para el caso de preterición la acción rescisoria por el término de seis meses".²⁰

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

Al comentar las disposiciones de este ordenamiento que regulan el derecho del tanto de los coherederos y refiriéndose al bien jurídico protegido o razón de ser de dicho derecho, Manuel Mateos Alarcón comenta:

Los comentarios del Código Francés, cuyo artículo 841 establece el mismo principio, lo fundan y explican diciendo que cuando un heredero cede sus derechos a un extraño, éste tendría como aquél derecho de inmiscuirse en todos los negocios de la sucesión, de imponerse de todos los negocios y papeles, de penetrar todos los negocios de la familia y por lo mismo es muy importante para los otros herederos poder alejar a este extraño, a quien la cupidez o el deseo de perjudicar ha podido solamente determinarlo a comprar los derechos hereditarios, y que produciría la disensión de todas las operaciones de la sucesión.²¹

²⁰ Citado por RENAUD COURTNEY, *op. cit.*, nota 16, p. 39.

²¹ Citado por AGUILAR Y CARVAJAL, Leopoldo, "Consecuencias Jurídicas de la Violación al Derecho del Tanto", en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Manuel Borja Soriano*, México, Porrúa, 1969, p. 127.

Por lo que se refiere a la sanción, ya he comentado que el ordenamiento en comento establece la acción rescisoria para el caso de violación al derecho del tanto de los copropietarios; tratándose del derecho de los coherederos no se prevé sanción alguna, de donde válidamente puede sostenerse la aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 2974.

Ahora bien, al comentar las disposiciones que regulan el derecho del tanto de los coherederos, el propio Mateos Alarcón se refiere al retracto previsto por el citado artículo del Código Civil francés, indicando sus consecuencias de subrogación en los derechos y obligaciones del cesionario.²² A este respecto, el maestro Aguilar y Carvajal señala: "Del comentario que antecede podemos conservar, como interesante, la idea de que una vez ejercitado el retracto, fundado en el derecho del tanto concedido a los herederos, éstos se subrogan en los derechos y obligaciones del cesionario extraño; en otras palabras, la noción jurídica que se invoca es una subrogación, no una nulidad; como consecuencia, las estipulaciones contractuales quedan intactas y sólo existe un cambio de sujetos de la relación jurídica."²³ Evidentemente existe un error de interpretación en este caso. El comentario de Mateos Alarcón se refiere al retracto francés aun cuando no menciona preferencia por esta sanción frente a la rescisión prevista por el Código Civil de 1870; sin embargo, a pesar de ser el retracto la sanción que debía prevalecer, el maestro Aguilar y Carvajal la hace aparecer en este Código, cuando en realidad no se legisla ésta en México sino hasta la ley de condominio de 1954.²⁴

b) Código Civil de 1884

Para los efectos de la materia de este trabajo, la innovación más importante en este ordenamiento es la declaración de que la venta realizada con violación al derecho del tanto "no producirá efecto legal alguno", es decir "...no transmite al comprador la propiedad de la cosa vendida, y por consiguiente, éste no está obligado a pagar su precio."²⁵

La nueva sanción aparece como una noción de invalidez de la venta, sin que a ciencia cierta pueda establecerse la naturaleza de la ineficacia, dejándose por tanto su determinación al intérprete.

En virtud de tratarse del antecedente directo del ordenamiento en

²² *Loc. cit.*

²³ *Ibidem*, pp. 127 y 128.

²⁴ *Ibidem*, p. 130.

²⁵ *Ibidem*, p. 129.

vigor que sigue la misma teoría, remito a la opinión que sobre esta innovación realizo al analizar este último.

III. LOS DERECHOS PREFERENCIALES EN DERECHO MEXICANO

1. Derecho del tanto entre comuneros

a) Objeto

La precisión del objeto directo o inmediato del derecho del tanto es de gran trascendencia para establecer la sanción jurídica a preva- lecer por su falta de cumplimiento. Para ello debe tomarse en cuenta en primer término el momento de nacimiento del derecho y, después, el concepto mismo del derecho. Todos los derechos preferenciales sobre inmuebles nacen en favor del sujeto activo en el momento en que el propietario decide enajenar el bien;²⁶ y siguiendo el mismo concepto de derechos preferenciales, se debe señalar que el derecho del tanto de los comuneros es aquel que teniendo su origen en la ley, concede al copropietario preferencia respecto de terceros para adquirir los derechos de copropiedad de otro, en el caso de que éste decida enajenarlos, en las mismas condiciones, plazo y precio en los que el tercero adquiriría.

No obstante la claridad con la que han sido precisados en doctrina el momento del nacimiento y el concepto del derecho del tanto de los comuneros, existen divergencias sobre la naturaleza del objeto directo de ese derecho. Se descarta en la discusión el objeto de dar, porque el comunero que pretende enajenar no estará obligado a transmitir al acreedor ningún bien o el uso o goce del mismo; tampoco está obligado a restituir cosa ajena o a pagar cosa determinada. Luego entonces la discusión se centra exclusivamente en establecer si el objeto consiste en un hacer o en un no hacer por parte del comunero que pretende enajenar a un tercero. A este respecto Zepeda Trujillo señala que el deber del sujeto pasivo "...tiene por objeto una abstención; el sujeto pasivo debe no contratar con terceros extraños." Sostiene que la obligación no consiste en notificar al sujeto activo las bases o condiciones de la venta a celebrarse con el tercero, "...si se tiene en cuenta que el sujeto activo... no está en posibilidad de exigir que se le haga esa notificación... en cambio, lo que sí se puede exigir es que este último se abstenga de contratar con terceros." Como argumento sostenedor de la anterior posición, Zepeda Trujillo indica que si se toma en cuenta

²⁶ *Supra*, nota 1.

que la finalidad del derecho del tanto es revertir la propiedad a su estado natural, tal fin "...no lo puede conseguir la ley imponiendo al sujeto pasivo la obligación de tratar con el sujeto activo, pues sería sin lugar a dudas un atentado directo contra el derecho de propiedad... Así, impone al sujeto pasivo el deber de no contratar con terceros y, con ello, deja abierta la posibilidad de que con entera libertad contrate con el sujeto activo." La notificación sólo es un medio para el cumplimiento de la obligación, según el propio Zepeda Trujillo.²⁷

En lo personal disiento con la anterior opinión. La ley no impone al comunero que desea transmitir sus derechos de copropiedad, la obligación de vender al sujeto activo de la relación jurídica y tampoco la de no contratar con terceros porque esto último sería igualmente una violación al derecho subjetivo público de propiedad. La obligación consiste, según ha quedado señalado, en preferir al comunero en la venta, en las mismas condiciones en las que ésta se realizaría con el tercero, es decir, el derecho del tanto nace en el momento en que el copropietario decide enajenar sus derechos y tiene éste la obligación de celebrar el contrato con el comunero siempre que éste lo desee y esté en posibilidad de cumplir con las obligaciones que serían a cargo del tercero. Ahora bien, para determinar si el sujeto activo desea y puede ejercer el derecho, el sujeto pasivo del mismo tiene la obligación de hacer la notificación correspondiente, misma que constituye un medio indispensable para respetar el derecho del copropietario. Tomando en cuenta lo anterior, debe concluirse que el sujeto pasivo tiene dos obligaciones, una, de notificar al condueño o cotitular su deseo de transmitir a un tercero sus derechos, señalando el precio y demás condiciones de la venta, y otra, la de preferir al condueño en la venta en caso de que éste decida ejercer su derecho dentro del término legal. Ambas obligaciones tienen por objeto inmediato una conducta positiva consistente en un hacer. Pero no debe caerse en confusión. Existe una obligación previa, que sirve de medio, la de notificar; y la obligación principal de celebrar el contrato con el comunero si éste decide ejercer su derecho; esta última conducta es, *per se*, el objeto directo del derecho del tanto; la de notificar tiene también como obligación real correlativa un límite al derecho de propiedad que forma parte del contenido de ese derecho; por ende, si la venta no se ha llevado al cabo, desde luego puede exigirse que la misma sea notificada con todas sus condiciones, precio y demás circunstancias.

En base a lo anterior se concluye que el derecho del tanto puede ser violado al través del incumplimiento de cualquiera de las dos obli-

²⁷ *Op. cit.*, pp. 97 a 99.

gaciones de hacer, es decir, no notificando la venta al comunero, o, habiéndola notificado, dejando de realizarla en su favor en caso de que éste, dentro del término legal, hubiere hecho saber al futuro vendedor su deseo de adquirir en las mismas circunstancias en que lo hubiere hecho el tercero. En este punto cabe reiterar la aclaración; la falta de notificación es un incumplimiento de la obligación correlativa al derecho del tanto, no porque la notificación sea el objeto de este derecho, sino porque es un medio para que el mismo pueda hacerse valer; si se viola la obligación de notificar, se viola el derecho del tanto porque el comunero ya no podrá ejercerlo.

b) Bien jurídico protegido

Unánimemente la doctrina y la jurisprudencia señalan como causa eficiente de los derechos de preferencia, la necesidad de evitar en la medida de lo realmente posible, los naturales conflictos que pueden surgir por la coexistencia de dos derechos, reales o personales, respecto de un mismo bien. Respetando los derechos de los particulares que recíprocamente se dan en las relaciones humanas, se establece un límite al derecho que busca lograr la puridad de las instituciones jurídicas transformadas por esas situaciones excepcionales e inevitables.

El primer presupuesto para el nacimiento del derecho del tanto es pues la existencia de una determinada situación anómala prevista por la ley y una que no es contraria a ésta, "...sino emanadas de la realidad y previstas por aquella; sin embargo son contrarias a la puridad de las instituciones jurídicas... situaciones que son irregulares, pero que no pueden evitarse."²⁸

Pero el legislador al reconocer esas situaciones anómalas y provocar el logro de la puridad de la institución, no puede imponer más que obligaciones reales que se traducen en límites al derecho, en el caso a la facultad de disponer libremente del mismo; como ha quedado dicho, obligar a vender a determinada persona sin existir el deseo de ejercitar esa facultad, sería atentatorio del derecho natural de propiedad. "Es cierto que el derecho está interesado en que no se alarguen los peligrosos estados de la indivisión, pero no se ve que sus normas establezcan imperativamente la obligación de terminar con esas situaciones cuando no hay consentimiento cuando menos de uno de los condueños",²⁹ en cuyo caso procede la acción de división de la cosa común.

²⁸ *Ibidem*, p. 66. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El Patrimonio*, Puebla, Cajica, 2a. Ed., pp. 328 y 329.

²⁹ ARCE Y CERVANTES, *op. cit.*, nota 9, p. 20.

Consecuencia del bien jurídico protegido, pero igualmente de necesaria regulación jurídica, es el natural deseo humano de evitar la intervención de extraños en la comunidad. Aquel es fin inmediato y éste fin mediato. La Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha reconocido, pero invirtiendo sin razón la importancia de dichos fines: "...el derecho del tanto tiene por objeto fundamentalmente evitar la intromisión de un extraño en la comunidad, evitar que la participación de un extraño en la cosa común pueda crear problemas mayores a los que ya por sí mismo crea fundamentalmente el estado de indivisión; por otra parte, también tiene como fin mediato evitar la prolongación del estado de copropiedad."³⁰

Conviene insistir sobre la situación anómala que constituye el primer presupuesto de la existencia del derecho del tanto. Al efecto tomo de Enrique Zepeda Trujillo el siguiente párrafo en el que sintetiza con claridad las ideas vertidas en los párrafos precedentes.

...parece darse una contradicción (en la copropiedad) de la característica esencial de ésta (la propiedad): la de ser exclusiva. Cabe recordar la frase de Pothier: *Propre et commun sont contradictoires*. Claro está que el derecho de propiedad, en la situación planteada, no llega a desnaturalizarse hasta tal punto (el de tener dos o más personas derechos disímbolos, reales o personales, respecto del mismo bien, por ejemplo, usufructo y nuda propiedad o propiedad y aparcería, etcétera), puesto que aquel sigue siendo exclusivo para los copropietarios, quienes, conjuntamente, siguen teniendo el derecho de excluir a todos los terceros de su ejercicio; sin embargo, si se observa la intervención de un nuevo elemento, tal es el que, para que pueda darse el derecho de propiedad en toda su extensión, se vuelve requisito indispensable la existencia de un perfecto entendimiento entre los titulares del derecho. De ahí que, con razón, se estime que en la copropiedad existe una situación fuera de lo normal, pues el derecho de propiedad queda supeditado, en su efectividad, a la existencia de relaciones de armonía de los titulares entre sí. Por estas razones, la copropiedad es considerada como un estado anómalo, tolerado por considerarse temporal, pero encauzado hacia la meta de la propiedad individual, ya sea por división o por consolidación. Lo mismo puede decirse de la sucesión... En la sociedad... en lo que se refiere a los derechos patrimoniales de los socios, esto es, en cuanto al substracto mismo de dicha figura, se da el mismo fenómeno de la copropiedad.³¹

³⁰ Citada por RENAUD COURTNEY, *op. cit.*, nota, 16, p. 21.

³¹ *Op. cit.*, nota 6, pp. 65 y 66.

c) Naturaleza jurídica

A diferencia de la coincidencia entre juristas respecto al bien jurídico protegido en el derecho del tanto, el punto relativo a su naturaleza jurídica presenta grandes controversias. Para De Diego el derecho del tanto es un derecho real "por recaer sobre cosa específica y determinada, ... pudiendo ejercitarse contra cualquiera y dirigir la acción real que produce también contra cualquiera..."³² En Derecho alemán también se ha considerado al derecho del tanto como un derecho real. "En efecto, llámense hoy en día derechos reales de adquisición a aquellos gravámenes de una cosa que dan al titular el derecho de convertirse en propietario y dentro de ellos se considera cabalmente al derecho del tanto, el cual para que produzca efectos contra terceros deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad."³³

Por mi parte considero al derecho del tanto como un derecho personal por las siguientes razones:

En primer término, porque todo derecho real confiere a su titular la facultad de obtener los aprovechamientos o satisfactores de necesidades que una cosa pueda producir, y el derecho real del tanto no confiere, evidentemente, esa facultad, máxime si se toma en cuenta el objeto del derecho que consiste en un hacer.

Si se considera al derecho del tanto como un límite al derecho de propiedad,³⁴ debe concluirse que se está asimismo frente a una obligación real porque, impuesta por la ley, deriva al dueño por el ejercicio del derecho al través de la facultad de disposición, siempre que esa facultad se lleve al cabo encontrándose el sujeto en la situación determinada que la ley prevé como requisito primario e indispensable para la existencia del derecho del tanto. Aun cuando es discutible y la mayor parte de la doctrina no ubica a este tipo de obligaciones dentro de ninguno de los dos tipos de derechos, personal o real, en mi concepto se trata de derechos personales por la misma razón que se comenta en los siguientes párrafos. Las razones que se aducen en esas doctrinas son la diversa forma de transmisión de las obligaciones reales y el hecho de que puedan extinguirse mediante el abandono del bien que constituye el objeto indirecto del derecho del que derivan,

³² Citado por el Diccionario de Derecho Privado, Ed. Labor, 1950, voz: *Tanteo*. Vid. RENAUD COURTNEY, *op. cit.*, nota 16, pp. 26 y 27.

³³ ENNECERUS, Ludwig, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Cosas*, vol. 1, Barcelona, 1936, p. 9, y vol. II, Barcelona, 1937, pp. 132 y ss., citado por SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *La Nueva Ley sobre Arrendamientos para Habitación*, México, 1985, p. 18.

³⁴ ZEPEDA TRUJILLO, *op. cit.*, nota 6, pp. 69 a 71 y CUEVAS SENTÍES, *op. cit.*, nota 1, p. 150.

razones que por su carácter de excepcionales y secundarios, no modifican su naturaleza crediticia.

La característica fundamental de los derechos reales, además del aprovechamiento directo de la cosa ya comentado, es la obligación correlativa del sujeto pasivo de no hacer que es imputable a todos los sujetos que tienen la posibilidad real de interferir en la esfera jurídica del titular del derecho. De esta forma se puede diferenciar al derecho real del de crédito, señalando que mientras aquel confiere a su titular una facultad directa de aprovechar la cosa, en el derecho personal esa facultad es indirecta al través de conductas de dar o de hacer del sujeto pasivo y que mientras en el derecho real la conducta regulada es la del activo, en el derecho personal la conducta regulada es la del sujeto pasivo. En este último punto no constituyen una excepción las obligaciones personales de no hacer porque en éstas la conducta regulada sigue siendo la del sujeto pasivo que debe de abstenerse de realizar determinado acto material o jurídico, contenido que también tiene la obligación real, con la diferencia de que en este caso la abstención va dirigida a no evitar que el titular del derecho real ejerza las facultades que le derivan de ese derecho.

Ahora bien, ciertamente el derecho personal es oponible no sólo al sujeto pasivo, sino a todos los demás sujetos que puedan evitar que se cumpla con la obligación correlativa, por aplicación del principio jurídico de respeto al derecho ajeno. Pero es evidente que en el derecho de crédito esa obligación genérica de respeto deja de tener trascendencia por la existencia de la conducta típica del sujeto pasivo.

Siguiendo esta línea puede sostenerse que aun cuando el derecho del tanto es oponible a todo mundo y específicamente al tercero adquirente de los derechos de copropiedad cuando aquel derecho se ha violado, esa oponibilidad no deriva del aparente carácter real, sino del derecho real del que deviene. Es por esta razón que lo que se inscribe en el Registro Público de la Propiedad es el derecho real de propiedad y no el derecho del tanto que de aquel deriva, lo que no es óbice para que este último también se considere inscribible para tener efectos frente a terceros como ocurre con otros derechos personales.

Podemos entonces concluir que el derecho del tanto es un derecho personal porque no confiere a su titular la facultad de aprovechar directamente una cosa y porque el acreedor tiene la facultad de exigir al deudor, cuya conducta es la regulada, una prestación de hacer, consistente en preferirlo, en igualdad de circunstancias y frente al tercero que pretende adquirir, en la venta que desea realizar de sus derechos de copropiedad. Así lo han tenido que admitir autores que sostienen el carácter real del derecho del tanto: "...el derecho real de tanteo es

un derecho real sobre un inmueble, en virtud del cual la persona a cuyo favor se da está facultada frente al propietario para la compra preferente."³⁵ Contradicción evidente, pues si se trata de un derecho que se tiene frente a una sola persona, no se puede hablar de derecho real.

d) Forma de ejercitarse

Ha quedado señalado que a efecto de que el comunero pueda ejercitar el derecho del tanto, el que pretende enajenar debe notificarle en forma fehaciente su deseo de vender. El fin de la notificación es que el copropietario se entere del precio y demás circunstancias de la venta, tales como modalidades, fecha de entrega de posesión, garantía, penas convencionales, forma de pago, etcétera, para ejercitar el derecho preferencial exactamente en esas circunstancias. El artículo 973 del Código dice que se debe notificar "la venta" y algunos juristas sostienen que para que la notificación sea correctamente hecha se debe notificar incluso el nombre del comprador, aduciendo falta de notificación de la venta, pues no hay tal sin comprador y, adicionalmente, argumentan que teniendo el derecho del tanto por objeto (secundario) el evitar la intervención de extraños en la comunidad, es indispensable conocer el nombre del comprador, porque pueden darse casos de adquirentes extraños deseables y no deseables.

En lo personal no estoy de acuerdo con esta última posición por dos razones: primera, porque siendo efectivamente un fin secundario del derecho del tanto la no intervención de terceros extraños en la comunidad, éste deriva y es consecuencia del fin primario que consiste en buscar la consolidación de la copropiedad; y segunda, porque técnicamente no se notifica la venta sino el deseo de vender, dado que si ya hubiere habido venta el derecho del tanto habría sido violado; por esta razón no puede hablarse siquiera de venta propalada, porque habiendo acuerdo entre el copropietario y el tercero extraño sobre precio y cosa, habría venta. Adicionalmente, cuando el copropietario pone a la venta sus derechos, no siempre cuenta con un adquirente, de manera que notificará en forma válida su deseo de vender con las demás circunstancias de la venta, a efecto de que el comunero pueda hacer uso del derecho del tanto.

En este punto cabe anotar que el derecho del tanto sólo nace en favor del comunero cuando el copropietario pretende enajenar sus derechos

³⁵ WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho Civil*, (Enneccerus, Kipp, Wolff), t. III-2o., *Derecho de Cosas*, Barcelona, 1951, p. 135, citado por RENAUD COURTNEY, *op. cit.*, nota 16, p. 26.

al través de venta, dación en pago y, excepcionalmente, mediante permuta. "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 deuda, 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."³⁶

Ahora bien, una vez aceptada la oferta hecha al través de la notificación y dentro del plazo legal, no puede decirse que haya venta por existir acuerdo sobre precio y cosa, pues en este caso este principio sufre una excepción; dado que la obligación correlativa al tanteo es exclusivamente un límite al derecho de propiedad y no un acto atentatorio de aquél. Este principio no se encuentra contenido en el Código Civil, pero deriva de la institución misma; se requiere dar tanto como el tercero hubiera dado, para respetar cabalmente el derecho del vendedor, sin dejar de buscar el fin inmediato que se persigue. Este requisito, que como excepción al carácter consensual de la venta, también se presenta en el remate, fue recogido por los hoy derogados artículos 661 y 662 del Código de Comercio.³⁷

En caso de que el vendedor hubiere fijado al tercero un plazo para el pago del precio, el comunero tendrá derecho a pagar el precio en ese plazo, siempre y cuando garantice el debido cumplimiento, con lo que se cumplen las dos funciones arriba señaladas; "...y, en caso de que se hubiere concedido plazo, el tanteador debe proporcionar garantía suficiente de que pagará en el momento ofrecido, pues en esto, aunque las disposiciones que regulan el derecho del tanto no lo establecen, debe aplicarse lo dispuesto por el ...art. 2306...ya que si la ley así lo establece en el caso convencional por mayoría de razón debe aplicarse al caso de preferencia ordenado por la ley."³⁸

e) El retracto

En párrafos anteriores ha quedado precisado el origen que por razones predominantemente religiosas tuvo el retracto legal en el Derecho hebreo. El concepto, técnicamente erróneo, ha sido utilizado para garan-

³⁶ CUEVAS SENTÍES, *op. cit.*, nota 1, p. 170.

³⁷ Ver ZEPEDA TRUJILLO, *op. cit.*, nota 6, pp. 119 y 120. En el mismo sentido CUEVAS SENTÍES, *op. cit.*, nota 1, p. 170.

³⁸ CUEVAS SENTÍES, *op. cit.*, nota 1, p. 170. En el mismo sentido ZEPEDA TRUJILLO, *op. cit.*, nota 6, pp. 120 y 121.

tizar el derecho del tanto del copropietario cuando este derecho no haya sido ejercitado por haber omitido el vendedor cumplir con sus obligaciones de notificar su deseo de vender y de vender al comunero en caso de que éste deseara ejercitar ese derecho preferencial. Siendo dos derechos protectores del mismo bien jurídico, la falta de entendimiento de su causa eficiente ha motivado su confusión y hasta su utilización concomitante en ocasiones, cuando toda la doctrina y legislación histórica coinciden al menos en que son ejercitables en diversos momentos. Así, el titular del derecho del tanto "...excluirá y apartará a otros posibles adquirentes o incluso los desplazará si la transmisión ya hubiere sido realizada a favor de quien no era preferente. A la primera fase la ley la llama tanteo y a la segunda retracto..."³⁹

A pesar de la claridad de los tiempos en que son ejercitables uno y otro derecho, su similitud —decía arriba—, origina una confusión de tan importantes efectos prácticos que se llegó al grado de tener que precisar en la historia del tanteo distintas sanciones jurídicas por su violación —según ha quedado relacionado en el capítulo de antecedentes—, que no atinan a resolver con equidad la realidad violatoria del bien jurídico protegido y, más aún, a suprimir la única sanción que debía subsistir en aras de ese principio jurídico: el retracto. En efecto, "La confusión nació precisamente de la similitud entre las obligaciones a cargo de los respectivos titulares de dichos derechos, pues en el caso del derecho del tanto su titular debía pagar tanto cuanto ofrecía el tercero y, en el caso del retracto, también su titular debía restituir al comprador del tanto que hubiere pagado: "tanto por tanto" o adquirir "por el tanto"... No se tenía presente, pues, sino que en ambos casos, se usaba la palabra tanto."⁴⁰

Esta confusión no sólo motivó la desaparición del retracto en la legislación, sino que originó una peligrosa interpretación jurisprudencial, según se verá en el siguiente apartado, y posiciones doctrinales atentatorias de la causa protegida. "Las ideas de estos derechos de tanteo y de retracto, se subsumieron en el bautizado como derecho del tanto, por el Legislador mexicano de 1928 y dejó así de lado la controversia que hay en España, sobre si uno de estos derechos excluye al otro o no."⁴¹ Esta ligera conclusión concuerda con otra vertida en el extraordinario y bien documentado estudio de Zepeda Trujillo, de quien también disiento: "...Esta confusión se apreciará mejor al estudiar el desarrollo de las dos instituciones, las cuales no llegan a desvincularse sino hasta que la legislación mexicana vuelve sus ojos a los

³⁹ PUIG BRUTAU, *op. cit.*, nota 2, p. 395.

⁴⁰ ZEPEDA TRUJILLO, *op. cit.*, nota 6, p. 27.

⁴¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 28, p. 328, nota 2.

orígenes de una y otra y alcanza a apreciar que son distintas y que el derecho del tanto es el más adecuado sustituto del arraigado, pero ya considerado odioso derecho de retracto."⁴² No se entiende por qué a pesar de la claridad del distinguo de ambas figuras y del ahondamiento en los orígenes de la confusión,⁴³ Zepeda Trujillo habla de una sustitución y de una repulsión al derecho de retracto cuando, como se pretende demostrar, ésta es la sanción que en atención a los principios de equidad y justicia debía prevalecer en el derecho positivo, en el que "...se da el tiro de gracia al derecho de retracto..."⁴⁴ con la prohibición de la única figura en la que el concepto retracto era correctamente utilizado, es decir, el retracto convencional,⁴⁵ de donde surge el derecho de preferencia por el tanto, porque el legislador no consideró conveniente caer en una posición radical con la prohibición apuntada. Sin embargo, queda claro que la desaparición del retracto como consecuencia del incumplimiento de la obligación correlativa al derecho del tanto, tiene su origen en la confusión histórico-doctrinaria y no en la prohibición del retracto convencional, que en realidad sólo es confundible con el retracto legal por la indebida utilización en éste del concepto.

f) Jurisprudencia

La interpretación judicial de las cuestiones hasta aquí tratadas, demuestra en mi concepto la ineludible necesidad jurídica de replantearlas tomando en cuenta sus orígenes históricos. La Suprema Corte de Justicia ha llevado sus decisiones por caminos en mi concepto equivocados y, en ocasiones, contradictorios, a causa de la indebida e insuficiente legislación en la materia.

A efecto de no desvirtuar el sentido y la razón de las tesis más importantes al punto, transcribo cada una de ellas, aun cuando parcialmente, lo que servirá para intercalar mi opinión con la que se intenta demostrar lo apuntado en líneas precedentes.

Derecho al tanto, nulidad relativa en caso de falta de notificación de la venta, a quien goce de aquél. De conformidad con el Código Civil de mil ochocientos ochenta y cuatro y con el vigente en el Distrito y Territorios Federales, la falta de notificación a la persona que tiene el derecho del tanto, no motiva una nulidad absoluta, porque no contraviene una norma imperativa o prohibitiva, es decir, de

⁴² *Op. cit.*, nota 6, p. 27.

⁴³ *Ibidem*, p. 32.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁵ Art. 2302.

orden público. Al establecer la ley que mientras no se haga esa notificación la venta no producirá efecto legal alguno, tiende a proteger al copropietario, pues debe entenderse que esa falta de efectos legales es con relación al mismo copropietario; y tratándose de una nulidad relativa, sólo puede ser invocada por el perjudicado con la falta de notificación.⁴⁶

Esta tesis merece tres comentarios a mi entender. La no producción de efectos respecto del copropietario preterido sólo se da como sanción para el caso de falta de notificación de la venta; esta inexactitud técnica deriva del artículo 973, que tiene como antecedente directo al artículo correlativo del Código de 1884. Es cierto que la falta de notificación constituye una violación al derecho del tanto porque éste no puede ejercitarse si el copropietario no tiene noticia de las circunstancias en que la venta con el tercero se pretende realizar, pero la violación puede darse en forma directa, si habiéndose notificado la venta, el vendedor omite preferir al condueño cuando éste ha manifestado su voluntad de hacer uso del derecho, y según el texto legal y jurisprudencial, para este caso no existe sanción expresa. Este error que también se presenta en el artículo 1292 para el caso de la comunidad hereditaria, no es subsanado en la tesis, pero a la luz de la teoría general del acto jurídico y sus ineficacias y al margen de mi personal opinión respecto a la sanción, debe inferirse como sanción la nulidad relativa también para el caso de incumplimiento por parte del vendedor de la obligación de hacer que le deriva como correlativa del derecho del tanto. En efecto, soslayando el retracto como sanción jurídica excepcional, a la luz de dicha teoría es efectivamente cierto que a la venta se le debe privar de efectos por medios de la nulidad relativa, pues el objeto directo de la venta —transmitir el derecho de propiedad— y su objeto indirecto —dar el bien— son ilícitos por contravenir una norma jurídica. En la teoría de las ineficacias seguida por el Derecho positivo, la ilicitud en el objeto del acto puede producir nulidad absoluta o relativa, según se trate de una contravención a una ley que protege un interés público o privado. En el caso, es claro que la norma violada es de interés privado.

En ese sentido la tesis tiene una gran trascendencia porque no existiendo legislación positiva en relación al retracto, salvo el caso del derecho del tanto de inquilinos de inmuebles sujetos al régimen de propiedad y condominio, era necesario fijar las bases para considerar como sanción a la nulidad relativa, a pesar de no indicarse en el texto

⁴⁶ Sexta Época, Cuarta Parte, Vol. XL, p. 111, A.D. 5965/57, Pedro SOLÍS SALAS, 5 votos.

que prevé el Derecho algunas de las características de este tipo de nulidad a que se refiere el artículo 2227 en relación con el que le precede. Bien podría decirse en contra de este último punto que sí se dan las bases en el artículo 973 para considerar a la nulidad relativa como la sanción apropiada en cuanto a los efectos de aquella, por cuanto que el derecho caduca a los ocho días de notificada la venta, pero debe tomarse en cuenta que si no hay notificación no hay plazo de caducidad y que si habiendo tal notificación y al mismo tiempo manifestación por parte del condueño de ejercer el derecho, tampoco hay plazo de caducidad del derecho de anular la venta. Para reforzar la afirmación de que la sanción de nulidad relativa prevista en la tesis no deriva de la ley sino de la resolución misma, cabe decir que el acto afectado de tal sanción, en términos de la ley, siempre producirá provisionalmente sus efectos, mientras que el artículo 973 indica que ninguno de éstos se dará.

Acción de retracto y derecho del tanto. Tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace en favor de un tercero extraño a la comunidad, se pueden presentar dos situaciones: cuando la venta está simplemente propalada y cuando está consumada. En el primer caso los copropietarios pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una venta directa del copropietario enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en el segundo caso los copropietarios preferidos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copropietario actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador.⁴⁷

Resultado de la confusión histórica referida líneas arriba es esta jurisprudencia de la Suprema Corte que se refiere al retracto como el derecho o acción procesal a intentar por el copropietario que ha visto violado su derecho del tanto, volviéndose así, en forma deficiente en mi concepto, al origen de la figura. En efecto, en primer término cabe poner de relieve el dato curioso del establecimiento en decisiones judiciales de un derecho no concedido por el legislador, que al mismo tiempo presenta la problemática de definir su vinculación jurídica para los particulares involucrados, cuando en nuestro sistema, aun en forma indebida, no confiere efectos generales o de fuente formal efectiva a esas decisiones, mientras que por otro lado sí son obligatorias para los órganos judiciales de menor grado. Por otro lado, la jurisprudencia se refiere genéricamente al caso de la "enajenación que uno de los copro-

⁴⁷ Tesis n. 2, p. 20 Jurisprudencia de la Tercera Sala hasta 1965.

pietarios realiza en favor de un tercero extraño", para después tratar dos situaciones que suponen dos hipótesis distintas, una cuando la venta no se ha realizado y otra cuando la venta ya se llevó al cabo; en la primera hipótesis no hay aún enajenación, lo que significa que el caso no es el de la enajenación que se realiza en favor del tercero extraño, sino simplemente el de los dos momentos diversos señalados.

Ahora bien, el sentido de la decisión en comentario es muy claro. El derecho del tanto nace en favor del titular cuando el comunero desea vender su derecho y se encuentra vigente mientras la venta con el tercero no se consuma; una vez ocurrido esto último, el derecho ha sido violado y procede la acción procesal de retracto, porque necesariamente deberá ejercitarse ante autoridad judicial dada la controversia a dirimir. En este punto la jurisprudencia no es contundente porque indica que el preterido "puede" ejercitar el retracto, cuando, como ha quedado anotado, la única forma de resarcir con justicia y equidad el derecho violado sin burlar el derecho de disposición del condueño vendedor, es al través de esa acción, que obliga a quien pretende el resarcimiento a la subrogación, manteniendo así la seriedad de la institución misma.

Derecho del tanto y acción de retracto. Duración. En los términos del artículo 1292 del Código Civil, el ejercicio del derecho del tanto supone que la venta de los derechos hereditarios entre el copartícipe y el tercero extraño no se ha consumado, así como que no se notificó a los coherederos las bases o condiciones en que fue concertada; de modo que si la venta se realiza omitiendo la notificación aludida, resulta jurídicamente imposible el uso del derecho del tanto;...

Hasta aquí la tesis distingue perfectamente los dos momentos que se vienen tratando, es decir, antes y después de la venta al tercero extraño, pero para efectos de precisar la causa de la sanción comete el mismo error técnico que los artículos 973 y 1292, ya que aparentemente sólo considera violado el derecho cuando se omite notificar al condueño, siendo que esa violación también se puede presentar cuando habiéndose hecho debidamente la notificación y habiendo manifestado el titular del derecho su voluntad de ejercerlo, el vendedor de todas formas transmite en favor del tercero incumpliendo así con su obligación de hacer correlativa al derecho del tanto.

"...mas el desconocimiento y violación de este derecho engendra la acción de retracto que tiene por objeto en la vía judicial..." [*Aquí el carácter de acción procesal del retracto*] "...el respeto de dicho derecho removiendo el obstáculo jurídico que implica la venta hecha al tercero. En virtud de la acción de retracto no solamente se nuli-

fica la venta sino que el coheredero se subroga en los derechos del cesionario;..."

Es en mi concepto absurdo hablar de una nulidad, relativa según otra decisión ya comentada, pero que no priva de efectos al acto. Es evidente que el retracto no puede confundirse con ninguna de las figuras que derivan de las teorías de las ineficacias y si acaso es asimilable en algunos puntos a los efectos prácticos jurídicos que los actos anulables producen según la posición de Japiot y Piedelievre; se trata pues de una excepción: el acto jurídico —la venta— con un objeto ilícito, no es anulable, el perjudicado deberá sustituirse en lugar del comprador mediante la exhibición del precio por éste pagado.

"...cabe observar que esta nulidad no tiene por objeto volver las cosas al estado que tenían antes, como sucede en el mayor número de las nulidades, toda vez que su efecto no es que el vendedor devuelva el precio al comprador y éste a aquel los derechos vendidos, sino que el heredero ejercitante de la acción de retracto se substituya y subrogue en los derechos y obligaciones del comprador en los términos y condiciones en que hubiere pactado devolviendo al comprador el precio que hubiere pagado; por ello, si en el ejercicio del derecho del tanto puede el heredero pagar el precio dentro del plazo de ocho días, en el ejercicio de la acción de retracto es condición *sine qua non* que se exhiba el precio con la demanda, puesto que el actor va a subrogarse en los derechos del comprador por efecto de la sentencia. Por otra parte, es también importante establecer que el término para hacer uso del derecho del tanto es diverso del término para ejercer la acción del retracto que compete a quien no se le dio oportunidad de hacer valer aquel derecho; en efecto, el plazo para usar del derecho del tanto es de ocho días contados a partir de la notificación que se haga a los coherederos, mientras que la acción de retracto puede deducirse durante el plazo de diez años que la ley señala para la prescripción en general de las acciones. El derecho del tanto y la acción de retracto son en el fondo lo mismo; mas de tal aseveración no puede deducirse que su ejercicio esté regido por el mismo término; es cierto que en el fondo ambas acciones son lo mismo en cuanto tienden a proteger el derecho de preferencia que concierne a los herederos excluidos en la venta de los derechos hereditarios, pero según se ha observado el modo de ejercitar ambos derechos y el plazo dentro del cual deben hacerse valer son completamente diferentes."⁴⁸

Esta última parte de la resolución adolece de cuatro defectos de téc-

⁴⁸ Sexta Época, Cuarta Parte, Vol. XXIV, p. 76.

nica jurídica: el hecho de que ambos derechos tutelén el mismo bien jurídico no significa que sean en el fondo lo mismo, uno es el derecho sustantivo y otro la acción procesal a ser ejercitada por el titular de aquél; como consecuencia, no es válido hablar de "ambas acciones"; el derecho del tanto no protege el derecho de preferencia que concierne al heredero excluido en la venta, pues éste existe cuando el comunero desea vender, es un derecho de preferencia y no concierne al heredero excluido por la venta al tercero extraño, pues cuando ésta se da, el derecho del tanto ha sido violado, no podrá ya ejercitarse y debe ser resarcido por medio del retracto mediante el ejercicio voluntario del condueño preterido de la acción correspondiente; por último, ciertamente la tesis pretende subsanar el defecto que deriva de la legislación por la no regulación del retracto, pero al hacerlo, en vez de acercarse a la justicia y equidad por medio de la creación y debida regulación de aquella acción, se aparta de esos primeros principios al determinar como plazo de caducidad de la acción el más amplio que la ley prevé para la prescripción de las obligaciones. También es cierto que no podría establecerse un plazo de caducidad para la acción de retracto porque ésta es facultad exclusiva del legislador, pero es evidentemente injusto establecer el larguísimo plazo de diez años, sobre todo para el adquirente, quien vería pagado el precio por él entregado en un tiempo muy posterior a la venta y que desde luego no tendría el mismo poder adquisitivo, situación a todas luces inaceptable en una época inflacionaria.

g) La sanción

Se desprende de líneas anteriores mi opinión respecto a este punto específico. Al ser violado el derecho del tanto por falta de notificación de la venta, o bien por haberse ésta realizado conteniendo términos distintos a la venta efectuada con el tercero, o bien, porque habiéndose realizado válidamente la notificación, el vendedor hubiere celebrado la venta con el tercero, no prefiriendo al comunero que ha manifestado su deseo de adquirir en las mismas circunstancias que aquel, la única sanción jurídicamente procedente es la vieja acción de retracto, por medio de la cual el preterido, exhibiendo el precio pagado por el tercero en un plazo razonablemente corto y, en caso de ser largo, con índice inflacionario reconocido, se subroga en los derechos y obligaciones que al propio tercero derivaron del contrato de compra-venta.

Conviene ahora realizar algún comentario respecto de algunas de las posiciones encontradas con la anterior opinión. Don José Arce y

Cervantes⁴⁹ considera que se trata de una anulabilidad porque la ley violada protege el interés privado del copartícipe. Aun cuando no se señala la causa de este tipo de ineficacia, debe suponerse que aquella es la ilicitud del objeto de la venta realizada con el tercero, aplicándose de esta forma la teoría de las ineficacias adoptada por el Código Civil. Sin embargo, he señalado ya que la sola privación de efectos a la venta por medio de la nulidad relativa, pone de manifiesto la falta de interés del preterido de adquirir los derechos vendidos, lo que atenta contra el bien jurídico protegido por la figura. Si el copropietario que ha visto violado su derecho desea hacerlo valer, deberá adquirir los derechos por medio de la acción de retracto, con lo que se da relevancia a la causa eficiente de la norma y se impide el que una vez privada de efectos la venta, el vendedor, respetando en una nueva operación el derecho del tanto del copartícipe, enajene los derechos al tercero, volviendo las cosas a presentarse en el mismo estado en que se encontraban cuando fue violado el derecho.

Por su parte, el maestro Rojina Villegas sostiene que la venta es inoponible al condueño preterido, quien estará facultado para intentar una acción judicial que tendrá por objeto que "... se decida por sentencia que por ser inoponible la venta al heredero o copartícipe excluidos... tendrán derecho en todo tiempo para adquirir la parte alicuota que indebidamente fue enajenada a un extraño."⁵⁰ La inoponibilidad de la venta frente al que ha visto violado su derecho del tanto, significa que la venta es válida pero carente de efectos frente a aquél. De lo anterior infiere Rojina Villegas dos ventas, una la válida pero sin efectos frente al preterido y otra la que éste deberá celebrar con el vendedor en las mismas condiciones que el tercero.⁵¹

En mi concepto esta solución transita por un camino sinuoso hacia la misma conclusión. El preterido deberá adquirir los derechos en las mismas condiciones que el tercero, si desea hacer valer su derecho violado. Sin embargo, presenta la dificultad técnica de determinar cuál es la situación de la primera venta que siendo válida sólo fue inoponible frente al condueño pero con efectos aparentes entre sus partes y los demás terceros. Por ello resulta más atinada la solución de obligar al preterido a subrogarse en el lugar del tercero respecto de la primera y única venta. La acción a que se refiere el citado autor es sin duda la del retracto, pero de la opinión se desprende la no caducidad de la

⁴⁹ Citado por DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, 4a. Ed., México, Porrúa, 1977, p. 380.

⁵⁰ *Derecho Civil Mexicano*, t. IV, *Sucesiones*, 4a. Ed., México, Porrúa, 1976, pp. 547 y 548.

⁵¹ *Loc. cit.*

misma, lo que resulta peligroso si no se reconoce el efecto inflacionario al precio pagado por el tercero.

El problema derivado del análisis del concepto previsto como sanción en el artículo 973, en el sentido de que la venta no producirá efecto legal alguno, ya ha sido tratado con anterioridad, en base a su razón histórica, de la que se desprende una difícil interpretación que en ocasiones ha sido soslaya.⁵² Ahora bien, si no se tomara en cuenta al retracto como la sanción más justa en razón del bien jurídico protegido, sería fácil concluir que la venta estaría afectada de nulidad relativa por adolecer de un elemento de validez, es decir, la licitud de su objeto,⁵³ pero en esta línea no es posible sostener, a la manera de nuestro máximo tribunal, que vía la acción de retracto el preterido se subrogará en el lugar del adquirente respecto de una venta afectada de una nulidad *sui generis*.⁵⁴

Por su parte, Aguilar y Carvajal sostiene que la venta estaría afectada de invalidez por falta de legitimación del adquirente.⁵⁵ Para llegar a esta conclusión, no se señala la razón por la que la venta no es nula pero sí ineficaz, ni se hace referencia a la ilicitud del objeto. Para demostrar el extremo, el autor hace dos comparaciones.⁵⁶ Por un lado sostiene que el testamento no es ineficaz sólo en el caso de la nulidad, sino también por revocación y caducidad. Difiero en este punto porque la revocación y la caducidad no son conceptos que puedan asimilarse a la falta de legitimación y porque la falta de legitimación en todo caso produce la nulidad del acto.⁵⁷ Por otro lado sostiene que si la venta de cosa ajena fuera realmente nula, tal nulidad devendría en absoluta por ilícita y que sin embargo puede convalidarse, adquiriendo el vendedor la legitimación que le faltaba. También en este ejemplo disiento de la opinión del autor porque se soslaya el hecho de que la ilicitud en el objeto también acarrea la anulabilidad del acto si la norma violada es de interés privado. Además, en la venta de cosa ajena, que en mi concepto es inexistente por falta de objeto jurídicamente posible, el vendedor se legitima para vender lo que vendió sin ser suyo, al adquirir el bien de su verdadero dueño, sin que esto pueda suceder en el caso de venta con violación del derecho del tanto.

Finalmente, Zepeda Trujillo, partiendo de la errónea opinión ya comentada de que el objeto directo del derecho del tanto es la absten-

⁵² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *Op. cit.*, nota 28, p. 332.

⁵³ RENAUD COURTNEY, *Op. cit.*, nota 16, p. 72.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 73, en el mismo sentido.

⁵⁵ *Op. cit.*, nota 21, p. 137.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 138.

⁵⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, México, Porrúa, 1976, p. 58.

ción del comunero de vender a extraños, sostiene que la sanción no es otra que la nulidad, porque de esa forma, habiéndose incumplido esa obligación de no hacer, por medio de la nulidad se dará el remedio simple de volver las cosas al estado en que se encontraban.⁵⁸ Al hablar del retracto, el autor lo desecha por su total desaparición del derecho positivo mexicano,⁵⁹ y sin embargo, con la claridad que le caracteriza acepta la mayor justicia en el ejercicio de esa acción. "Posteriormente, es cierto que se estimó poco eficaz un derecho del tanto cuyo incumplimiento trajera consigo la nulidad del contrato y, en remedio de dicha situación, se incorporó a la institución jurídica del retracto o tanteo. Empero, al efectuarse esta asimilación, prácticamente se derogó el derecho del tanto, tal y como se había concebido en un principio, puesto que el supuesto del retracto tenía que ser la validez del contrato."⁶⁰ No es que se derogue el derecho del tanto, éste continúa vigente mientras no se realice la venta con el tercero violándolo, caso en el que vía la acción del retracto opera la substitución del comprador respecto de un contrato que efectivamente no adolece de falta de validez.

2. Los demás derechos preferenciales

a) Derecho de preferencia por el tanto

Son la fuente, la naturaleza jurídica y la sanción, las diferencias fundamentales de este derecho frente al del tanto. El derecho de preferencia por el tanto puede tener origen en la ley o en la voluntad unilateral de un sujeto o en el consentimiento de las partes en el contrato. En este último caso no puede sostenerse que la fuente es la ley, pues aunque ésta prevé la posibilidad de que nazca en un contrato de compraventa, nada impide que se pacte en cualquier tipo de contrato y aunque nazca por voluntad unilateral,⁶¹ amén de que previsto en la ley para ese caso específico, se requiere necesariamente de la voluntad para su nacimiento. Los derechos de preferencia por el tanto que tienen como fuente a la ley son aquéllos ordenados en ésta, sin que se requiera voluntad del particular sino la sola actualización de las hipótesis normativas para su nacimiento.

⁵⁸ *Op. cit.*, nota 6, p. 128.

⁵⁹ El autor no toma en cuenta que la ley de condominio de 1954 ya preveía el retracto como sanción por violación al derecho del tanto.

⁶⁰ *Op. cit.*, nota 6, p. 131.

⁶¹ CUEVAS SENTÍES, *op. cit.*, nota 1, pp. 150 y 159. En el mismo sentido, ZEPEDA TRUJILLO, *Op. cit.*, nota 6, p. 139.

Por otro lado, el derecho de preferencia por el tanto no es, como el derecho del tanto, un límite o modalidad al derecho de propiedad, cuando no tiene como fuente a la ley sino a la voluntad de los particulares, y por esta razón no puede sostenerse que la facultad de disposición se ha visto limitada por un acto no previsto como excepción en la ley.⁶²

Finalmente, mientras que la violación al derecho del tanto tiene como sanción al retracto, la violación al derecho de preferencia por el tanto, aun cuando también mantiene válida la venta, acarrea exclusivamente el pago de daños y perjuicios, pudiendo en mi concepto pactarse válidamente una pena convencional para suplirlos.⁶³

Ahora bien, hasta aquí he seguido la posición unánimemente aceptada por los autores en la materia, sin embargo me parece que este derecho preferencial, cuando tiene como fuente a la ley, como sucede en el caso del derecho de preferencia por el tanto establecido en favor del arrendatario de inmuebles no destinados a casa habitación, es un límite al derecho de propiedad por cuanto que establece una excepción prevista en ley a la facultad de libre disposición. También en este caso la excepción sólo es aplicable en forma estricta y no por analogía o mayoría de razón. No obstante que se trata de un límite, la sanción por su violación en virtud de la ilicitud con que la venta se realizaría, es de menor grado, es decir, el solo pago de los daños y perjuicios causados, como sucede en el caso del derecho de preferencia por el tanto que tiene como fuente a la voluntad. La razón de esta sanción diferente y de menor grado frente al retracto que puede intentarse por la violación al derecho del tanto, estriba en la jerarquía de los valores protegidos en uno y otro caso. Mientras que en el derecho del tanto el bien jurídico protegido está constituido por la necesidad de evitar en lo posible los naturales conflictos que acarrearán la existencia de dos o más derechos respecto de un mismo bien, en el derecho de preferencia por el tanto no se consideró esta situación como relevante y se da importancia al solo derecho personal del titular de adquirir el bien si se dan las hipótesis previstas bien sea en la ley o en el acto jurídico, según el caso.

b) Derecho del tanto del usufructuario

En relación a este derecho previsto en el artículo 1005 del Código Civil, la mayoría de la doctrina considera que se trata de un derecho

⁶² CUEVAS SENTÍES, *op. cit.*, nota 1, p. 150.

⁶³ CUEVAS SENTÍES, *op. cit.*, nota 1, p. 160 y ZEPEDA TRUJILLO, *op. cit.*, nota 6, p. 139.

de preferencia por el tanto y no de un derecho del tanto, por el hecho de que la citada disposición no remite al artículo 973 en lo que toca a la sanción por su violación.⁶⁴ Existen en mi concepto tres razones para considerar a ese derecho como un derecho del tanto. Primero, porque la ley así lo denomina y no establece ninguna razón para considerarlo como derecho de preferencia, como sí sucede en el caso del derecho de preferencia previsto en el artículo 2447, denominado ahí derecho del tanto pero regulado como un derecho de preferencia por el tanto. En segundo término, porque la falta de remisión al artículo 973 por lo que se refiere a la sanción no es obstáculo para considerar, a la luz de la teoría de las ineficacias, que la venta realizada con infracción al derecho acarrea su nulidad o la acción de retracto, según la posición que se adopte, dado que de todas formas tal venta tendrá un objeto ilícito y, como consecuencia, estará afectada de un elemento de validez. Por último, y aquí la razón más importante, en este caso el bien jurídico protegido es, como en el derecho del tanto de los comuneros, tratar de evitar las situaciones anómalas que se dan en el derecho de propiedad al través de su cotitularidad o desmembramiento, y en ese sentido cabe aplicar el principio de que donde existe la misma razón debe existir la misma consideración. En efecto, si otorgando al usufructuario la ley un derecho del tanto para el caso de que el nudo propietario desee enajenar, se pretende consolidar en éste la propiedad, no veo razón alguna por la cual la sanción no deba ser la posibilidad de que el propio usufructuario ejercite la acción de retracto para hacer valer el derecho violado. En estas mismas condiciones y atendiendo fundamentalmente a la causa de ese derecho, se ha considerado unánimemente por la doctrina como erróneo el que no se otorgue el mismo derecho al nudo propietario para el caso de que el usufructuario desee enajenar su derecho.

Como se verá posteriormente al analizar el conflicto que surge cuando sobre un mismo bien existe co-nuda propiedad y usufructo y uno de los comuneros desea enajenar, ciertamente la Suprema Corte consideró que debía prevalecer el derecho del tanto del copropietario porque el derecho de éste es de la misma naturaleza al que aquél pretende enajenar. Pero debe tomarse en cuenta que en esa decisión, el máximo tribunal reconoció que el usufructuario sí tiene un derecho del tanto pero que no puede hacerse valer frente al copropietario cuando éste desea hacer valer el suyo. Al respecto en su parte final la tesis citada dice:

⁶⁴ RENAUD COURTNEY, *Op. cit.* nota 16, p. 82, CUEVAS SENTÍES, *Op. cit.*, nota 1, pp. 161 y 162.

De esta manera se ve con claridad, que aun cuando se reconozca al usufructuario, el derecho de retracto, cuando existan dos o más personas con el derecho de retraer, tiene preferencia el comunero, con relación al usufructuario, de modo que entre un copropietario y un usufructuario, gozando ambos del derecho del tanto, debe ser preferente el derecho del copropietario y que esto es, a lo sumo, lo que podría admitirse, ante el texto del artículo...1005 del Código vigente para el Distrito y Territorios Federales...

Esta conclusión concuerda con lo apuntado con anterioridad en relación con el bien jurídico protegido. En ambos casos se está en presencia de la misma causa sólo que una es jerárquicamente superior a otra, no sólo por la razón apuntada por la Suprema Corte, que desde luego es válida, sino también por el hecho de que en atención a la razón de ser del derecho del tanto, debe considerarse que mientras que el derecho del usufructuario es por esencia temporal, el del copropietario lo es perenne; en consecuencia, se concede mayor valor al derecho del comunero porque el derecho del usufructuario tiende a desaparecer, con lo que de todas formas queda cumplido el bien jurídico protegido.

Suponiendo que la ley otorgara al nudo propietario el derecho del tanto para el caso de que el usufructuario deseara enajenar su derecho, se presentaría una situación interesante suponiendo la cotitularidad del usufructo, la existencia de uno o más copropietarios de la nuda propiedad y que uno de los usufructuarios deseara enajenar su derecho.

c) Derecho del tanto del arrendatario de casa habitación

Lo relevante de este nuevo derecho del tanto es no sólo la sanción prevista para el caso de violación, sino la marcada falta de técnica jurídica de que adolece su reglamentación, por lo demás injusta e inequitativa y que llevada a la práctica ha ocasionado diversas interpretaciones y simulaciones con el fin de soslayar su aplicación. En efecto, este derecho que pretende aumentar el proteccionismo gubernamental a los inquilinos en aras de una mal entendida paz social y que en general ha demostrado sus consecuencias adversas desde el punto de vista económico y de inversión para este tipo de construcciones, ha provocado que en la práctica se celebren otros tipos de contratos como velo de verdaderos contratos de arrendamiento, según lo previó el maestro Sánchez Medal.⁶⁵

Una de las importantes deficiencias de este derecho preferencial es la falta de concordancia entre el bien jurídico protegido y el derecho del

⁶⁵ *Op. cit.*, nota 33, pp. 14 y 15.

que deriva, dado que en este caso, al encontrarnos frente a un derecho de crédito, esencialmente temporal, la naturaleza más conveniente para este derecho en aras de la seguridad jurídica de terceros, lo es el derecho de preferencia por el tanto, que sólo trae como consecuencia el pago de daños y perjuicios. En la forma prevista se crea un verdadero derecho oculto que viene ya en forma definitiva a dar este carácter al derecho del inquilino. En efecto, si ya en doctrina se presentan grandes dificultades para sostener el carácter personal del derecho del inquilino, sobre todo si se le compara con el derecho del usufructuario que ha adquirido a título oneroso y por un plazo determinado, el nuevo derecho del tanto le da a aquel derecho un carácter real indiscutible por ser oponible *erga omnes*, con el gravísimo inconveniente de que en la mayoría de los casos no es inscribible en el Registro Público de la Propiedad.⁶⁶

Ahora bien, como tampoco se prevé en este caso al retracto como sanción, podría presentarse la absurda situación de que el inquilino, con el único afán de destruir la venta, intentara la acción de nulidad sin pretender hacer efectivo su derecho violado, sólo para que el dueño tenga que reiniciar todo el trámite de notificación, papeleo administrativo y firma de la correspondiente escritura de compraventa.

Por lo que se refiere al trámite de notificación y de ejercicio del derecho previstos en las diversas fracciones del artículo 2448-J, cabe mencionar que el plazo que se confiere para solicitar la nulidad de pleno derecho, que es de seis meses siguientes al en que se haya tenido conocimiento de la venta, podría dar lugar a "... situaciones injustas que afectarían a terceros de buena fe que al consultar al Registro Público de la Propiedad sin que de éste resulte derecho alguno que le fuere oponible, después de años resultará que alguien, (con base en un derecho que quedó oculto) exhibiendo el precio que el comprador pagó (aquí el autor supone el ejercicio de la acción de retracto), se subroga en su calidad de propietario."⁶⁷ En este punto Sánchez Medal no concede la acción de retracto al inquilino básicamente porque siendo un derecho diferente al del tanto, no se encuentra previsto en las reformas como sanción.⁶⁸

Otra de las deficiencias técnicas se presenta porque no se prevé como requisito que el inquilino esté habitando el inmueble, "... para que en esa forma pueda constatarse que se trata de un inmueble arrendado para habitación..."⁶⁹ lo que por otro lado traduce a la actividad del Notario Público autorizante de la venta en una gestión de investigación

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 22 y 23 y CUEVAS SENTÍES, *op. cit.*, nota 1 pp. 178 y 179.

⁶⁷ CUEVAS SENTÍES, *op. cit.*, nota 1, pp. 177 y 178.

⁶⁸ *Op. cit.*, nota 33, p. 23.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 22. En el mismo sentido CUEVAS SENTÍES, *op. cit.*, nota 1, p. 179.

privada; ante la gran dificultad que para él significa cerciorarse si el inmueble objeto de la venta está o no dado en arrendamiento. Por esta razón, incluso en contra del severo texto de la ley, a la consulta formulada por el Colegio de Notarios a la autoridad correspondiente del Departamento del Distrito Federal, se señaló que dichos fedatarios públicos cumplieran con su obligación de verificación, tratándose de inmuebles no arrendados, con la declaración bajo protesta del vendedor en este sentido, y con el apercibimiento de que en caso de incurrir en falsedad el contrato "será nulo" y, en caso de inmuebles cuya base para el pago del impuesto predial sea la de renta, con dicha declaración y otra en el sentido de que el inmueble está ocupado por el inquilino, acompañada de la constancia de la Tesorería del Distrito Federal que compruebe que ante ella se ha manifestado la terminación del contrato.⁷⁰

Otra de las dificultades prácticas que presenta la reforma, se da en el caso de que se pretenda enajenar un inmueble con varias unidades habitacionales sujetas a distintos contratos de arrendamiento. En este caso en mi concepto no ha nacido ningún derecho del tanto dado que éste está previsto para el caso de que se pretenda enajenar la finca arrendada, según dispone el artículo 2448-I. Sin embargo, en la realidad y ante la grave sanción prevista para los notarios en caso de incumplimiento, se ha optado por notificar a todos los inquilinos, pudiendo presentarse el caso inconveniente, no previsto en la ley, de que varios inquilinos hicieren uso del derecho.⁷¹

d) Derecho del tanto de arrendamientos de inmuebles sujetos al régimen de propiedad y condominio

Otra de las deficiencias de las normas que regulan el derecho del tanto de inquilinos de casa habitación, es la excepción de su aplicación prevista en la fracción IV del artículo 2448-J para las casas habitación sujetas al régimen de propiedad y condominio, pues, como se verá, este derecho sólo está previsto para los casos en los que exista declaratoria de regeneración urbana, por lo que se deja sin derecho de preferencia a un importante número de inquilinos de casas habitación sujetas a ese régimen que no han sido objeto de tal declaratoria. Además, resulta en mi concepto fuera de toda lógica y contrario al principio de igualdad de los sujetos ante la ley, el que existan derechos preferenciales con distinta regulación, cuando en esencia el derecho de los arren-

⁷⁰ Oficio no. 5891 de fecha 7 de marzo de 1985, girado por la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del D. D. F.

⁷¹ En este sentido SÁNCHEZ MEDAL, *op. cit.*, p. 24.

datarios es igual en uno y otro caso. Lo mismo debe decirse por cuanto hace al derecho de preferencia por el tanto previsto para cualquier tipo de inquilinos, frente al derecho del tanto que la ley de la materia concede a los arrendatarios si el inmueble está sujeto al mencionado régimen. Si bien es cierto que el derecho del tanto de los arrendatarios de casa habitación adolece de los defectos de una regulación que busca alcanzar fines políticos más que jurídicos, el derecho del tanto previsto para los condóminos adolece de serios efectos de técnica jurídica, que lo han apartado de la práctica para dejarlo en calidad de letra muerta. En efecto, el último párrafo del artículo noveno de la mal llamada Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, prevé un derecho de preferencia para los inquilinos de unidades privativas de inmuebles sujetos a este régimen, pero sólo respecto de aquellos que se encuentran en una zona que haya sido objeto de declaratoria de regeneración urbana, por lo que no se concede este derecho a inquilinos de condominios no comprendidos en tales zonas. Este derecho supone, de acuerdo con el texto del propio artículo noveno, la terminación de los contratos de arrendamiento, lo que a su vez supone en mi opinión una expropiación al propietario para destinar el inmueble a la construcción de vivienda, hecho lo cual el inquilino gozará el derecho de preferencia para convertirse en dueño o bien en arrendatario bajo la base de un nuevo contrato.

Este derecho, que es de carácter genérico para todos los casos en que exista tal declaratoria de regeneración urbana, que constituye su presupuesto primario, no contiene en su regulación plazo para su ejercicio ni normas que establezcan la forma en la que debe ejercitarse, independientemente de que para este caso genérico y como sucede en toda la normatividad del tanteo, no se prevé al retracto como la única forma de hacer valer el derecho cuando ha sido violado.

Por otro lado, dentro de este género, los artículos 18 a 20 prevén un derecho del tanto especial para el caso de condominios financiados por instituciones oficiales. La regulación del derecho indica que las instituciones oficiales reglamentarán el derecho de preferencia de que trata el artículo 9o. Lo anterior supone que para su nacimiento se requiere de la actualización de la hipótesis genérica consistente en la declaratoria de regeneración urbana y, posteriormente, del financiamiento o construcción del inmueble por parte de una institución oficial. El primer problema que se presenta es el de qué debe entenderse por institución oficial. Del texto aparece que o bien se trata de una institución financiera gubernamental o bien de una empresa paraestatal constructora. Respecto de las primeras, debe tomarse en cuenta que cuando la ley fue creada no todas las instituciones financieras formaban parte de

la Administración Pública Federal y en mi opinión con esa reserva debe interpretarse, dado que en caso contrario cualquier inmueble sujeto al régimen, construido con crédito bancario, estaría sujeto a esa regulación, imposible de darse en la práctica. El segundo problema que se presenta es el de determinar si tratándose en este caso de un derecho del tanto que no constituye un límite al derecho de propiedad, pueda ser reglamentado por la institución oficial, con lo que estaría de acuerdo si se tratara de un derecho de preferencia por el tanto, pero no en el caso de un derecho del tanto puesto que teniendo éste como única fuente posible a la ley resulta absurdo que una vez creado por ésta se delegue la facultad legislativa a la institución oficial.

Posteriormente el artículo 18 señala: "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." Se comete el mismo error de delegación, aun cuando esto resulte intrascendente, toda vez que este derecho no sólo nace en la ley, sino que es reglamentado por lo que toca a su ejercicio y a la sanción en los artículos siguientes. Este segundo derecho del tanto sí constituye un límite al derecho de propiedad privada, ya que está impuesto a quien resulte propietario del inmueble afecto al régimen, una vez cumplida la declaratoria de regeneración urbana. Asimismo, dentro del propio derecho se establece un segundo grado en la preferencia en favor de la institución oficial constructora o financiadora.

En cuanto a la sanción, se prevé por primera vez el ejercicio de la acción de retracto con dos defectos a mi entender. Se establece aparentemente como una sanción facultativa y no como la única a ejercitarse por el inquilino o la institución preterida en caso de desear hacer valer el derecho violado, los que según el artículo 20 "...podrán subrogarse en lugar del adquirente con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de compra-venta, siempre que haga uso del derecho de retracto..." El segundo defecto se presenta porque este derecho del tanto deriva de derechos que no son inscribibles como los que derivan del contrato de arrendamiento o bien, de derechos que habiendo sido inscribibles, la inscripción misma ha sido cancelada, como sucede en el caso del financiamiento. Además, la acción de retracto debe ejercitarse dentro de los 15 días siguientes a aquel en que se haya tenido conocimiento de la enajenación, situaciones todas éstas que acarrear una grave inseguridad jurídica para los terceros, incluyendo al adquirente. Como ha quedado anotado en párrafos anteriores, en mi opinión la acción de retracto debe ejercitarse dentro de un plazo posterior a la inscripción de la enajenación en el Registro Público de la Propiedad.

...se trata de un derecho del tanto y por lo tanto oponible a terceros aunque por la situación misma del presupuesto que exige la ley (que hayan sido financiados o construidos por una institución oficial) en que habiéndose extinguido la garantía del crédito utilizado para su construcción o en el segundo caso, después de una segunda o tercera enajenación, es prácticamente imposible que un tercero pueda conocer esa situación, resultando totalmente injusto que una institución ejerciera una acción de retracto motivada por un derecho que no resulta del Registro Público de la Propiedad.⁷²

3. Conflictos por la concurrencia de diversos derechos preferenciales

En este punto sigo de cerca a Cuevas Senties, quien señala: "La existencia de derechos de adquisición preferente establecidos por la ley, en ocasiones trae como consecuencia que un mismo acto de enajenación de inmueble genera la concurrencia o el conflicto de diversos derechos de adquisición preferente de diferente naturaleza debiendo por lo tanto la ley establecer reglas que solucionen estos conflictos."⁷³

Ciertamente la única regla es la prevista en los artículos 974 y 1293 para el caso de que dos o más copropietarios o coherederos deseen hacer uso del derecho del tanto, prefiriéndose al que represente la mayor parte y en caso de ser éstas iguales, al que decida la suerte. Aun cuando ésta no es la única regla que desde 1928 se debió prever y, desde luego, dado el incremento de derechos preferenciales en distintas leyes, se requiere de una reglamentación más específica, la solución prevista en aquellas disposiciones da la pauta para las que en lo sucesivo deban emitirse. En efecto, al concederse el derecho en ese conflicto al comunero que representa la mayor parte y, siendo iguales, al designado por la suerte, la ley deja clara constancia de que su razón inmediata es la necesidad de cumplir con el fin del bien jurídico protegido del derecho, esto es, establecer los medios necesarios para que a la brevedad el derecho de propiedad vuelva a su purismo individual evitando situaciones anómalas que necesariamente son fuente de conflicto. Esto es así aun cuando parece más justo que se permitiera ejercer el derecho del tanto a los comuneros en proporción a sus respectivas porciones, de donde debe concluirse que el legislador consideró de mayor jerarquía axiológica aquel valor que este último.

Con esta pauta analizaré algunos de los conflictos que pueden presentarse por la coexistencia de derechos preferenciales respecto de un mismo bien.

⁷² CUEVAS SENTIES, *op. cit.*, nota 1, p. 179.

⁷³ *Op. cit.*, nota 1, p. 180.

a) Comunero y usufructuario

Ya ha quedado apuntado que teniendo el usufructuario derecho del tanto reconocido por la Suprema Corte, frente a su derecho prevalece el del comunero no sólo porque éste es de la misma naturaleza al que se pretende enajenar, sino ante todo porque esta razón deriva de otra más trascendente, es decir, la necesidad de lograr el bien jurídico protegido en una mayor medida, para lo cual debe considerarse la necesaria extinción del usufructo por su carácter esencialmente temporal.

b) Comunero y arrendatario

Con los mismos argumentos vertidos en el párrafo anterior es fácil concluir que también en este caso es mejor derecho el del comunero, aun cuando es necesario distinguir si se trata de arrendamiento de casa habitación, de inmuebles sujetos al régimen de propiedad y condominio, o de cualquier otro. En este último caso, opera como argumento secundario el de que en éste la sanción es el pago de daños y perjuicios por tratarse de un derecho de preferencia por el tanto, frente a la acción de retracto concedido al comunero para reparar la violación de su derecho. Para los otros dos casos es válida la siguiente opinión:

... Desde luego cabe apuntar que ante la redacción del citado artículo 2448-I... deja claro que lo que busca el legislador es que el arrendatario adquiera en propiedad la finca que habita, lo cual no podrá lograr al adquirir una porción indivisa de la misma y se contraría el fin perseguido por la ley de liquidar la copropiedad o conservar la intimidad de los que originalmente la formaron, al ingresar el arrendatario a dicha comunidad, y por lo tanto que prevalece el derecho preferente del comunero sobre el del arrendatario.⁷⁴

c) Usufructuario y arrendatario

En mi concepto este conflicto debe resolverse siempre en favor del usufructuario, aun cuando en este caso los argumentos se presentan endebles. Se ha señalado como única base el carácter real del derecho de usufructo; lo anterior parece simplista, además de que no atiende al bien jurídico protegido y por ende resulta injusto, ya que la oponibilidad del derecho frente a terceros, la obligación correlativa de no hacer y la facultad de obtener los derechos de la cosa, en nada se relacionan con la necesidad de consolidar la propiedad para evitar conflictos;

⁷⁴ *Op. cit.*, nota 1, pp. 182 y 183.

además, las características del derecho del arrendatario pudieran considerarse semejantes, es decir, es oponible a terceros que tienen obligación de respetar y en realidad el arrendatario tiene facultad para obtener o explotar los beneficios del bien aun cuando la ley lo ha considerado tradicionalmente como un derecho de crédito y, como consecuencia, con una obligación correlativa de dar el uso y goce de la cosa.

Parece necesario distinguir si el arrendatario tiene derecho al uso y goce de la cosa por virtud del contrato con el dueño o como consecuencia de ser arrendatario del derecho de usufructo. En el primer caso, no hay duda de lograrse en mayor medida el fin del derecho del tanto si se considera al usufructuario con mejor derecho, toda vez que quedaría consolidado el derecho de propiedad y vigente el derecho del arrendatario hasta su extinción. En el segundo caso, si se considera prioritario el derecho preferencial del usufructuario, traería como consecuencia la extinción del derecho del arrendatario por haberse extinguido el derecho de usufructo, objeto indirecto de aquel derecho. Por otro lado, si se considera mejor derecho el derecho del tanto del arrendatario, no se lograría el fin de este derecho, porque el inquilino se convertiría en nudo propietario y subsistiría el foco de conflicto. Por ello, ante una jerarquización de valores, en este último caso específico considero más justa la primera opción, con la salvedad de que al regularse este conflicto deberá señalarse como excepción que el derecho del arrendatario no termina sino que continuará vigente por ministerio de ley, pues debe tomarse en consideración que la intención del usufructuario es la permanencia del derecho del arrendatario hasta su extinción natural o bien hasta la terminación del usufructo y aun cuando en el caso ha operado esta hipótesis, es justo prorrogar la vigencia del contrato hasta la llegada de su plazo extintivo o cualquier otra causa de terminación, lo que no atenta en contra del citado fin del derecho que tiende a lograr el referido bien jurídico protegido.

d) Otros conflictos

Existen algunos otros conflictos que pueden presentarse en la práctica, como es el caso de copropietarios y colindantes para efectos de la Ley de Fomento Agropecuario y de la Ley de Bienes Nacionales, que desde luego requieren de una solución regulada en ley, a la que remitimos al autor en cita.⁷⁵

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 180 a 182.