

El Derecho del Tanto de los Copropietarios

Por el

Lic. JOSÉ ARCE Y CERVANTES.

Notario Núm. 102 del Distrito Federal

Nuestro derecho civil positivo, al reglamentar el derecho del tanto, se refiere a él en esos o semejantes términos, suponiendo que es una Institución suficientemente conocida por el jurisperito. Por esta razón se hace necesario recurrir a los antecedentes jurídicos y doctrinales que hubo de tener en cuenta el legislador para legislar sobre esta materia, ya que sin estos antecedentes no puede comprenderse la Institución. Por consiguiente, en estas notas se examinarán las fuentes que lógicamente debieron servir de base a la reglamentación actual del derecho del tanto de los copropietarios en nuestro Derecho Civil positivo.

I. Antecedentes Españoles

1. Pasamos por alto los precedentes más remotos de la Institución ¹ y nos fijamos en el derecho español en donde esta figura tiene cuerpo suficiente como inspiradora de nuestras leyes.

Por primera vez aparece claro el derecho del tanto como tal, distinguido perfectamente del retracto, en la Partida V, Título V, Ley 55 que dice: "Dos omes ó mas, habiendo alguna cosa comunalmente de so uno, decimos que cualquier de ellos puede vender la su parte, maguer la cosa non sea partida. E puédela vender a cualquier de los que han en ella parte ó á otro extraño. Pero si alguno de los que han parte en la cosa, quisiesen 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, entonce non la podría vender al extraño fasta que fuese partida, fueras ende con otorgamiento de los otros compañeros".

Los autores reconocen ² —y a nuestro juicio el texto transcrito

1 Para la historia de la institución pueden verse las obras de Gutiérrez Fernández, Moya Palencia, García Coronado, que adelante citamos.

2 Benito Gutiérrez Fernández: *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español* (Madrid, 1868), tomo II, pág. 400.

lo expresa con nitidez— que esta Ley concede el beneficio del tanteo, es decir el que se ejercita antes de la venta y no del retracto que debe ejercerse después de verificada. Esta Ley tiene importancia por su claridad y minuciosa reglamentación en tan pocas palabras. Por esta razón conviene desprender de ella sus elementos característicos. Los elementos esenciales para la existencia del tanteo en la citada Ley, supuesta la copropiedad, son: 1. Intención de venta de la parte alicuota: No habla de otra forma de enajenación y sí cuatro veces de este contrato. 2. Intención de vender a un extraño: La connotación del término “extraño”, está expuesta en su contrario “cualquiera de los que han en ella parte”, o sea parte en la cosa; vale decir extraño a los condueños. 3. Parece tener lugar en toda clase de cosas, ya que la ley no distingue: “etiam in re movili vel se moventi, cum istud verbum res sit generales et omnia comprehendat” (Gregorio López: glosa 1a. Cit. por Gutiérrez Fernández). 4. El derecho se dá 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 quiere “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.

2. Posteriormente, la práctica introdujo el retracto que quedó consagrado al ser reconocido por la Ley 74 del Toro. * Aunque se trata de dos instituciones perfectamente diferenciadas, el tanteo y el retracto tienen un fondo teleológico común —proteger determinadas situaciones contra la incursión de extraños— y semejante reglamentación —por estas razones es pertinente revisar someramente— la legislación española en materia de retracto, considerando, además, que en el retracto se encuentra más abundante reglamentación y doctrina que en el tanteo.

3. La Ley 75 del Toro establecía: “Si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene común con otro, en caso que según la Ley de la Partida pudiese el comunero sacar por el tanto, sea obligado el que la quisiere sacar, á, consignar el precio é término é con las diligencias é solemnidades...” Comentando esta dis-

3 *Diccionario de Derecho Privado*, Ed. Labor 1950. Voz. Tanteo y Retracto.

posición, Gutiérrez Fernández⁴ dice que, de acuerdo con esta Ley, el retracto establecido por la misma debía considerarse limitado al caso de comunidad de bienes inmuebles y que no hacía diferencia entre el condueño que tiene más o que tiene menos parte de la cosa. El mismo autor da algunas interpretaciones que en la Jurisprudencia española del siglo pasado se dió a las disposiciones sobre el retracto de comuneros, entre ellas: "Por Sentencia de 18 de junio de 1857 se halla establecido: que las leyes de partida y recopiladas exigen para que proceda el retracto de comuneros, que el que la halla de invocar, posea en común con otra la cosa que pretende reclamar; y que la mera falta aún suponiéndola de línea o señales de división de dos propiedades, cuya cabida, situación y linderos están determinados, no es título o razón bastante para estimarlas poseídas de consuno por los respectivos dueños..." Cita después el título XIII de la Ley de Enjuiciamiento Civil la cual fija los siguientes requisitos para que pueda darse curso a las demandas de retracto: "1o. que se interponga en el juzgado competente, que es el del lugar en donde está situada la cosa ó del domicilio del comprador, a elección del demandante...; 2o. que se consigne el precio si es conocido, ó si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea; 3o. que se acompañe alguna justificación, aun cuando no sea cumplida, del título en que se funde el retracto...; 5o. que se comprometa el comunero a no vender la participación del dominio que retraiga, durante cuatro años..." Finalmente da a conocer las siguientes resoluciones: "La sentencia de 11 de enero de 1860 declara: 1o. que corresponde exclusivamente al Juez de Primera Instancia la calificación de la fianza, que preste el retrayente, de consignar el precio de la finca luego que le sea conocido... 3º que para cumplir lo prevenido en el Art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basta que el retrayente consigne expresamente en la demanda el compromiso de conservar la finca retraída... Según sentencia de 23 de mayo de 1861, la demanda de retracto no es admisible, cuando está destituida de los requisitos que el Art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige como indispensables para que pueda dársele curso".

4. Las Leyes I a IX del Título XIII, Libro X de la Novísima Recopilación, regían el retracto en varios aspectos: Las Leyes I y II, hablan del retracto de abolengo y del modo de contar el plazo para ejecutarlo; la Ley III limitaba el derecho al caso de

⁴ Gutiérrez Fernández, op. cit. págs. 411 y ss.

venta de bienes que el vendedor hubiere heredado de su abuelo; la ley IV (que proviene de la Ley 70 del Toro), lo ampliaba aún 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 sacar las que quisiera; la Ley VI, (Proveniente de la Ley 72 del Toro) preceptuaba que si se trataba de cosas de venta al fiado, se podrían sacar al tanto fiado; las leyes VII y VIII establecen el orden de los parientes a quienes se concede el retracto gentilicio; y la IX ordenaba que el retracto entre comuneros, el que lo quisiere sacar, consignara el precio "en el tiempo y término".

5. Algunos de estos precedentes, que habían de serlo también para nuestra legislación, los encontramos consagrados en el Proyecto García Goyena, que a su vez inspiró nuestros Códigos Civiles. El retracto legal en ese proyecto está reglamentado en los artículos 1450 y siguientes. La primera disposición establecía el retracto legal en caso de compra o dación en pago de una "cosa" y es de notarse que el comentario a dicha disposición expone que "la Comisión entendió limitar la palabra 'cosa' a los inmuebles por su mayor importancia y por ser muy rara la comunión de cosas o bienes muebles". Es de interés, además, conocer el artículo 1451 del citado proyecto, que dice: "El co-propietario de una cosa común que no puede dividirse cómodamente ó sin menoscabo, puede usar del retracto, en el caso de venderse á un extraño la parte de alguno o de todos los demás condueños. En el caso que dos o más co-propietariosquieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo á prorrata de la porción que tengan en la cosa común". El comentario a esta disposición manifiesta que está conforme con la Ley 55, Título V de la Partida 5 que más arriba ha quedado transcrita en parte.

6. En el México independiente y antes de redactarse el primer Código Civil, siguieron en vigor las leyes españolas junto con la Reconilación de Leyes de Indias y con el Derecho peculiar de las Colonias. En la materia que nos ocupa, antes de nuestras codificaciones, Sala se expresa en estos términos: los retractos de

- 5 Lic. Juan N. Rodríguez de San Miguel: *Pandectas Hispano Mejicanas* (México, 1852), tomo II, págs. 608 y ss.
- 6 Florencio García Goyena, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español* (Madrid, 1852). Arts. 1450 y ss y sus comentarios.
- 7 Toribio Esquivel Obregón: *Apuntes para la Historia del Derecho en México*. (México, 1938, tomo III, pág. 25). Miguel S. Macedo: *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano* (México, 1931), págs. 197 y ss.

comuneros "propenden a disminuir los casos de comunión involuntaria que produce tan perniciosas discordias: él simpatiza con los naturales objetos de la propiedad, por cuya razón es favorable y de interpretación benigna...". "Compete... no sólo en la venta sino también en transacción, dación en pago, permuta, arrendamiento por largo tiempo y otros por ser de una misma manera urgente en todos estos contratos, la necesidad de extinguir las comuniones con personas desconocidas...". "Cuando un parcionero vende a otro su parte, cesa este derecho para los demás".*

II. Antecedentes Legislativos Mexicanos

7. Nuestro Código de 1870 reglamenta el punto que tratamos principalmente en estas dos disposiciones: "Art. 2973. Los co-propietarios de cosa indivisible no pueden vender á extraños su parte respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del tanto". "Art. 2974. En caso de contravención a lo dispuesto en el artículo anterior, podrá el co-propietario preterido pedir la rescisión del contrato; pero solamente dentro de seis meses contados desde la celebración de la venta".

La exposición de motivos de este Código dice al respecto: "Se ha conservado en los Arts. 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". De las disposiciones citadas se desprende que para la existencia del derecho es necesaria una pretendida venta y que se trate de hacerla a favor de extraños.

En este mismo Código encontramos las siguientes disposiciones útiles para el estudio que venimos haciendo: el derecho del tanto del dueño y del enfiteuta se concedía en caso de venta o de dación en pago (Art. 3274) y tenían lugar aun en el caso de venta judicial (Art. 3277); el mismo derecho, concedido a los coherederos para el caso de enajenación, (nótese la última palabra: Arts. 4105 y 4107) cesaba si la enajenación se hacía a un coheredero o cuando se hacía a un extraño por donación (Art. 4108).

8 Juan Sala: *Sala Mexicana o sea La Ilustración al Derecho Real de España* (México, 1845), tomo II, Tit. XVII.

9 Exposición de los Cuatro Libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California que hizo la Comisión al presentar el proyecto al Gobierno de la Unión (México, 1871). Esta misma idea, expuesta por Miguel S. Macedo en la exposición que hace de los Libros del mismo Código (Edición: México, 1883).

8. Mateos Alarcón,¹⁰ al comentar los Arts. 2843 y 2844 del Código Civil de 1884, expresa como concordancia de esas disposiciones la citada Ley 55 de las Partidas y las Leyes de la Novísima Recopilación que antes se han mencionado. Agrega, además, que el Art. 2843 "no hace más que conservar el retracto entre comuneros establecido en nuestra antigua legislación". Enseguida reproducimos los Arts. citados del Código de 1884: "Art. 2843. Los propietarios de cosa indivisa no pueden vender á extraños su parte respectiva si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el co-propietario que enajene notificará a los demás por medio de Notario o judicialmente la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el sólo lapso del término se pierde ese derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno".

"Art. 2844. Si varios co-propietarios de cosa indivisa hicieren uso del derecho del tanto, será preferido el que represente mayor parte, y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario". En comparación con el Código anterior, el de 1884 es más completo en esta materia puesto que establece la notificación, la forma de hacerla, el plazo para ejercitar el derecho, el efecto de la falta de notificación, y resuelve el conflicto que puede surgir cuando hay varios co-propietarios que deseen tantear. Estas disposiciones, al igual que las correlativas del Código anterior, se encuentran en el capítulo titulado "De los que pueden vender y comprar", el que en su Art. 2847, sanciona las compras hechas en contravención a lo dispuesto en el propio capítulo con el "no producirá efecto alguno".

El mismo ordenamiento concedía el derecho al dueño y al enfiteuta (Art. 3134) aun en caso de venta judicial (Art. 3137) y en lo que se refiere a coherederos, instituía que "serán preferidos por el tanto si usan de este derecho dentro de los tres días siguientes al aviso (que ordenaba el Art. 3803) y cumplen las demás condiciones impuestas al cesionario extraño" (Art. 3804). El derecho cesaba también si la "enajenación" se hacía a un coheredero o a un extraño por donación (Art. 3805). Del artículo 3804 es interesante subrayar que el co-propietario debía cumplir con las con-

10 Manuel Mateos Alarcón: *Código Civil del Distrito Federal concordado y anotado* (México, 1906). (Comentario a dichos artículos).

diciones del extraño. Aparece nuevamente la igualdad en la prestación para no sacrificar al enajenante.

III. Disposiciones del Código Vigente

9. El Código en vigor regula esta materia en las disposiciones que mencionaremos a continuación: El Art. 950, después de expresar que todo condueño tiene la plena propiedad de la parte alícuota y su facultad de enajenarla, agrega: "Los condueños gozan del derecho del tanto". El Art. 973 que dice: "Los propietarios de cosa indivisa no pueden *enajenar* a extraños su parte alícuota respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A ese efecto el co-propietario notificará a los demás, por medio de Notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes, hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el sólo lapso, del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la *venta* no producirá efecto legal alguno". Art. 974 que dice: "Si varios propietarios de cosa indivisa hicieren uso del derecho del tanto, será preferido el que represente la mayor parte, y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario". El Art. 2279 que se encuentra en el capítulo "De los que pueden vender y comprar" y establece: "Los propietarios de cosa indivisa no pueden vender su parte respectiva a extraños, sino cumpliendo lo dispuesto en los Arts. 973 y 974". El Art. 2282, que se haya en el propio capítulo, sanciona con nulidad las "Compras" hechas en contravención del mismo. Los antecedentes de las disposiciones citadas, según García Téllez,¹¹ son las siguientes: del Art. 950, el Art. 399 reformado del Código Civil Español con el que concuerda en su mayor parte, pero que no expresa nada sobre el derecho del tanto; de los Arts. 973 y 974 y del 2289, los Arts. 2843 y 2844, reformado el primero, del Código de 1884.

10. Antes de entrar al análisis detallado de las disposiciones vigentes conviene que, de lo expuesto y con el fin de determinar un poco más la naturaleza y los fines del tanto, nos detengamos a considerar los caracteres que, en términos generales, ha tenido y tiene esta institución. Puede decirse que el derecho del tanto, como lo establece nuestro derecho positivo, considerando sus precedentes, tiene los siguientes caracteres:

11. Ignacio García Téllez: *Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano* (1932).

10. Es un derecho de excepción a la norma común que faculta a un propietario a disponer de sus bienes (y que reconoce el Art. 950 del Código), puesto que la elección del adquirente no corresponde ya al dueño sino a la ley. En consecuencia, se impone la interpretación estricta de las normas o leyes que lo regulan¹² o, como lo dispone el Art. 11 del Código, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

20. No atribuye al obligado más deber que la elección de la persona que debe adquirir cuando aquél pretenda enajenar, pero no exige de él que soporte un menoscabo en su patrimonio, puesto que el tanteador debe darle tanto cuanto le tenía ofrecido el extraño o presunto adquirente. Como consecuencia de esto y de su carácter de estricto derecho, no se puede gravar al obligado con más cargas que las establecidas por la ley.

30. Tiene por objeto evitar perjuicios; no facilitar el lucro. Su fin inmediato es ofrecer protección a los condueños contra la participación de un extraño en la cosa común, y el mediano no prolongar los estados de co-propiedad que jurídica y económicamente, siempre se han estimado como perjudiciales. El Código expresa esta última propensión en los Arts. 939 y 940.

40. Propiamente, su fin es amparar los intereses privados de un grupo: los co-propietarios. Si estuviera ordenado a tutelar el orden público no se dejaría su posibilidad de realización pendiente del simple deseo de los titulares del derecho del tanto, a quienes les corresponde decidir, en último término, si un extraño puede o no formar parte de la comunidad. 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 por lo menos de uno de los condueños. Por tanto creemos que las normas que rigen esta materia, son de interés privado.

IV. Ejercicio del Derecho

La reglamentación del derecho del tanto por el Código vigente es escasa y deja muchos aspectos sin precisar, por lo que nos parece necesario suplir e interpretar las disposiciones legales mediante la agrupación de elementos basados en los antecedentes, en los fines

12 Fernando García Coronado: *El Pacto de Preferencia y el Derecho del Tanto*. Tesis. Escuela Libre de Derecho 1955. pág. 135.

que persigue la institución y en el derecho positivo, para ser posible su aplicación en la práctica. En los siguientes párrafos tratamos de señalar algunas ideas que pueden servir para este objeto.

11. El primer supuesto para la existencia de ese derecho es la co-propiedad, la que según el Código, se da "cuando una cosa o un derecho pertenecen pro-indiviso a varias personas" (Art. 938). Las presunciones en favor (Art. 953) y en contra (Arts. 954 y 955 a 958) de la co-propiedad, lo son, en principio y por consiguiente, para la existencia o no existencia del derecho del tanto. Sin embargo, no es aplicable cuando se trata de enajenar la parte alicuota de un muro medianero juntamente con el inmueble de que forma parte, y esto, primeramente, porque el derecho del tanto nace para el condueño en cuanto tiene un derecho de propiedad sobre la totalidad del bien y en la medida en que tiene vocación para hacerlo totalmente suyo. Extenderlo hasta ese grado, sería hacerlo extensivo o cosa sobre la cual no tiene ningún derecho el condueño o sea sobre el resto del inmueble, lo que va contra la naturaleza de la institución. En segundo término, porque sería supeditar lo principal —la suerte del inmueble— a lo accesorio que, en este caso, es el muro medianero.

12. Para conceder el derecho el Código no distingue si se trata de bienes muebles e inmuebles, de bienes corpóreos o incorpóreos, ni en la proporción que se tiene en la co-propiedad. Emplea simplemente la palabra "cosa" y el significado que esta expresión tiene en varias disposiciones (por ejemplo Arts. 747, 748, 749, 772), no permite limitar el derecho a una de esas categorías de bienes, por lo que se puede afirmar que el derecho es susceptible de nacer en todos esos casos, no obstante el comentario en contrario que García Goyena daba sobre este punto.

13.—Los Códigos anteriores lo concedían en caso de venta y, por su carácter de excepcional, creemos que no hubiera podido aplicarse a otra clase de enajenaciones o, a lo más, extenderse a casos que guardaran estrecha analogía con la venta. El Código vigente, en su Art. 973, cambió el término "vender" que existía en el de 1884 por el de "enajenar", aunque los redactores no fueron lo suficientemente cuidadosos para poner en consonancia todo el texto del citado artículo donde, en dos ocasiones, vuelve a hablarse de "venta". Esta última expresión se usa en el Art. 2279.

Ante esa modificación no es posible poner en duda la intención del legislador. Concedió el derecho del tanto no sólo en el caso de que se pretenda vender, sino en el caso de que se quiera enajenar.

Sin embargo, si lo que la ley quiso establecer fue el derecho del tanto, el término "enajenar" debe interpretarse de acuerdo con la naturaleza del derecho, que hemos tratado de fijar líneas atrás. Si se considera lo antes expuesto, principalmente que el que pretende tantear debe dar al que quiere enajenar lo que a éste está dispuesto a dar el extraño y tomando en cuenta que el co-propietario no debe sufrir menoscabo en su patrimonio, hay que concluir que el derecho del tanto nace solamente cuando el tanteador puede dar al co-propietario una prestación igual a la ofrecida por el extraño.¹³

Si por el retracto se consigue una sustitución del adquirente por el retrayente en la esfera jurídica, en el tanto, que persigue el mismo fin que el retracto, debe existir esa sustitución en el orden práctico, o, en otras palabras, el tanteador debe constituirse deudor del enajenante en la medida en la que estaba dispuesto a serlo el extraño. De esto se deduce que, por regla general, existirá el derecho del tanto siempre que la contraprestación consista en la entrega de cosas fungibles o de obligaciones de hacer de aquéllas que admiten sustitución en el obligado (Art. 2027 y 2064 del C. C.) o, finalmente, de obligaciones de no hacer, cuyo cumplimiento tenga para el enajenante el mismo efecto patrimonial sea quien fuere el que las cumpla.¹⁴ Nótese que no basta que la contraprestación tenga el mismo valor teórico sino que tendrá que ser además en los mismos términos, condiciones y modalidades y con equivalentes garantías que ofrecía el presunto adquirente y de modo que el enajenante quede obligado en los mismos términos en los que iba a estarlo. Un cambio en estos modos de ser, traería como consecuencia una mutación en la contraprestación.

Dijimos prestaciones de cosas fungibles por regla general; por que es posible que en determinados casos, aun tratándose de cosas no fungibles, pueda el tanteador ofrecer igual prestación que la que ofrecía el extraño. En esta hipótesis, es lógico que subsista el derecho del tanto. Conviene notar que para estos supuestos es aplicable la regla que rige en materia del pago, a saber, que el enajenante no está obligado a recibir cosa distinta de la debida —y en este caso de la ofrecida por extraño— aunque sea de mayor valor (Art. 2012).

13 Aunque de naturaleza y efectos diversos, el Derecho del Tanto que tiene el arrendatario (Art. 2447) está concedido "en igualdad de condiciones".

14 Ejec. Sup. Corte de Just. de la Nación. Sem. Jud. de la Fed. Tomo XXXI pág. 2213, que aunque se refiere al Código de Jalisco, es interesante por sostener que cuando la igualdad de las propuestas o la superioridad de la hecha por el copropietario no son manifiestas, al vendedor le corresponde elegir la más ventajosa.

La tesis expuesta sobre la procedencia del derecho del tanto podrá verse más clara con algunas aplicaciones prácticas:

- a). Es aplicable en todos los casos de venta en los que la contraprestación se ha de pagar íntegramente en dinero, cosa fungible por excelencia, pero en los que parte del precio se paga con dinero y parte con otra cosa (Art. 2250), existirá el derecho siempre que el adquirente esté en aptitud de dar la cosa con la cual se complementa el precio.¹⁵
- b). Para la permuta será aplicable lo dicho anteriormente. Ya en la legislación española se establecía que no procedía el tanto en caso de trueque.
- c). En los casos en que el condueño quisiera enajenar por medio de la dación en pago, habrá derecho del tanto si el que adquiere proporciona al enajenante lo que a éste sirva, sin necesidad de gestiones o trámites excepcionales, para liberarse de su obligación en la medida en que lo iba a liberar la dación. No existirá si no reúne estos extremos, porque el enajenante-deudor no está obligado a hacer gestiones extrañas a su negocio.¹⁶
- d). No puede existir en casos de donación, sea ésta pura, condicional, onerosa y —menos aún—, remuneratoria porque en todos ellos hay un elemento esencial "intuitu personae" junto al elemento liberalidad que nadie puede proporcionar, excepto el donatario. Recuérdese la excepción establecida por nuestros Códigos anteriores en caso de donación de los derechos de coheredero a un extraño. Aquí conviene prevenir la situación del condueño que puede donar, por ej., una porción mínima de su parte alícuota al extraño, convertirlo así en co-propietario, y enajenarle después la porción restante de su cuota, con lo cual quedaría burlado el derecho del tanto de los otros condueños. En estas condiciones, habrá que distinguir: si la donación es simulada, el derecho sustantivo la invalida y, por ende podría anularse la enajenación posterior. Si la donación es real, posible-mente estemos ante un caso de fraude a la ley.

15 Ver contra: Mario Moya Palencia: *Expropiación Privada: Los Retractos. Las Preferencias por el Tanto*. Tesis Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1955.

16 Moya Palencia (op. cit., pág. 49) coloca a la dación en pago como caso típico en el que procede el derecho.

- e) El derecho no nacerá tampoco —salvo casos hipotéticos o muy raros en los que se reúnan las condiciones de procedencia antes mencionadas— cuando por aportación a título oneroso, se trate de enajenar la parte alícuota a una persona moral (a cambio de la cual recibirá el enajenante-aporante la calidad de socio y una parte social, acciones, participación social) ni por transacción (en los que el enajenante recibirá el beneficio de terminar una controversia presente o de prevenir una futura), de remisiones de deuda (condiciones especialísimas también “*intuitu personae*”) y otros semejantes, en los que el tanteador no podrá proporcionar al que enajena lo que éste tiene derecho a recibir.
- f). Sí nacerá el derecho en casos de venta judicial, por tres razones principales: porque la contraprestación será en moneda efectiva y al contado, por regla general (Art. 2325); porque estas ventas se rigen por las normas de la compraventa (Art. 2323); y, por último, porque es aplicable al caso la prevención (Art. 2307) que así lo establece cuando hay un derecho de preferencia sobre el objeto que va a venderse, puesto que, si en el caso del derecho nacido del pacto (cuya violación se resuelve en daños y perjuicios) la ley establece la obligación de hacer saber la subasta al titular, con mayor razón deberá existir esa obligación si la preferencia nace de la ley o sea la que el Derecho está más interesado en que se respete puesto que la sanciona como pena más grave como lo es la nulidad.¹⁷

14. El privilegio del tanto tiene lugar únicamente cuando el dueño pretende enajenar a un extraño.¹⁸ Esto se desprende de los antecedentes y de nuestro Código. En efecto, en ninguno de los preceptos que han servido de precedentes hemos encontrado disposición diversa. Igualmente, los vigentes Arts. 973 y 2279 lo conceden exclusivamente cuando se trata de enajenar o de vender a extraños y la significación de este último término está suficientemente clara para que requiera interpretación.

Se ha sostenido, sin embargo, que el Art. 974 concede el mismo derecho para los otros copartícipes aun cuando el pretendido ad-

17 Tesis contraria en Ejec. S. C. de J. en Sem. Jud. de la Fed., Tomo XLVII pág. 1439 y en favor del mismo Sem. Tomo LXXI pág. 987.

18 Nos extendemos sobre este punto porque en el Registro Público de la Propiedad se ha sustentado la tesis contraria.

quirente sea un co-propietario. Tomando esta disposición desligada de su contexto y de sus orígenes, pudiera hacer surgir la duda en este sentido, pero no es lícito separarla de las normas y fines que rigen la institución. Las ideas expresadas en los Arts. 973 y 974 del Código, se encontraban en un solo artículo en el Proyecto García Goyena (ver No. 5) y el hecho de que hoy se encuentren divididas en dos artículos diversos no implica que el derecho se conceda en ambos casos. El Art. 974 está simplemente previendo la situación que se presenta cuando se trate de enajenar a extraño y de copartícipes quieran hacer uso del derecho, o dicho de otro modo, tal disposición debe leerse: "Si varios copropietarios hicieren uso del derecho del tanto concedido en el Art. 973..." Por último, en apoyo de lo anterior, en materia de herencia —caso enteramente análogo al de la co-propiedad, en este punto por lo menos— se concede el derecho cuando se trata de enajenar a extraños (Arts. 1292 y 1293) y expresamente el Art. 1294 lo excluye cuando la enajenación se hace a un coheredero. La paridad es clara.

Un argumento esgrimido para sostener la tesis contraria es el de que, aun en el caso de enajenación a un co-propietario, los demás pueden tener interés en adquirir para acrecentar su parte. El interés no se discute. Puede existir, como es posible que un colindante lo tenga, de adquirir el predio que colinda con el suyo y no por esto puede concederse el tanto "hic et nunc" al colindante, como antiguamente lo tenía. El punto que ha de resolverse no es la conveniencia del otorgamiento del tanto, lo cual puede quedar "lege ferenda", sino si la ley lo concede o no en caso de enajenación a un condueño, porque no puede hacerse extensivo a otros casos. Creemos que la negativa ha quedado demostrada.

15. Reunidos los requisitos enumerados, el co-propietario que pretende enajenar, deberá notificar a los demás, por medio de Notario o judicialmente, la enajenación que tuviere convenida. Sobre esta notificación estimamos pertinente señalar lo siguiente:

- a). La notificación deberá hacerse aun en caso de duda de procedencia del derecho, para evitar la sanción legal. No obstante esto, si el enajenante omite la notificación y prueba que en el caso no hubiera sido posible la existencia del derecho (casos vistos anteriormente), la enajenación hecha será válida.
- b). La notificación es simplemente el acto por el que se hace saber la enajenación. No tiene la naturaleza de una oferta

de contratar como parece indicarlo Moya Palencia,¹⁹ porque una oferta es ante todo una manifestación de voluntad de querer celebrar un contrato (Art. 1804 y en este caso el notificador no está proponiendo la celebración: está dando a conocer un hecho, cumpliendo con una obligación legal de hacer saber —puede ser que aun contra la voluntad del notificador— que tiene la pretensión de enajenar. Si, por cualquier circunstancia, la operación primeramente convenida y notificada no se efectuare, el que notificó no queda obligado a enajenar al co-propietario notificado. Su obligación es preferir a éste frente a un extraño, en igualdad de circunstancias, y, no habiendo el segundo extremo de la elección, cesa su obligación.

- c). Debe notificarse a todos los condueños, sin omitir ninguno, porque a todos se concede el derecho.
- d). En cuanto a su contenido, la notificación tendrá que reunir todos los elementos que sean necesarios para poder determinar, jurídica y económicamente, la operación de que se trata: identificación, condiciones, plazos, si los hay; forma de pago, garantías, si las hay, etc. La omisión de algún elemento esencial para el caso concreto, implicaría la nulidad de la notificación.²⁰
- e). No obstante que el Código establece que la notificación se haga por medio de Notario o judicialmente, no se trata aquí de formas “ad solemnitatem” pues es clara la intención de la ley de que se haga simplemente de una manera fehaciente. Por lo tanto, si el condueño tuviere conocimiento indubitante de la enajenación por otros medios, ese conocimiento será bastante porque con esto se ha cumplido con el fin del precepto: el conocimiento del interesado.

V. Violación y Renuncia del Derecho

16. La ley expresa que la venta no producirá efectos “mientras no se haya hecho la notificación”, pero se deduce que se incurre en violación de las disposiciones relativas no solamente en ese

¹⁹ Ob. cit., pág. 50.

²⁰ El nombre del adquirente no es necesariamente dato esencial de la notificación como lo indica Moya Palencia (ob. cit., pág. 88). Lo será en los casos que sea capaz de determinar la adquisición, por ej. si el que va a adquirir es un competidor del condueño.

caso, sino en todos los que enseguida se mencionan: a). Si se omite la notificación o no se hace a todos los titulares o si no reúne los requisitos esenciales; b). Si la enajenación se efectúa dentro de los ocho días de hecha la notificación sin que se haya recibido respuesta negativa de todos los condueños; c). Si se efectúa después del plazo habiéndose recibido por lo menos una aceptación de los condueños. Para que esta aceptación haga nacer la obligación del enajenante, debe ser *recibida* dentro del plazo establecido por la ley, puesto que por el solo lapso del tiempo, se pierde el derecho y en virtud de que debe aplicarse la regla de la formación de contratos entre ausentes (Art. 1907). La aceptación, por analogía evidente, debe ser también hecha de manera fehaciente y, además, ser "lisa y llana" porque es aplicable el Art. 1810. Cualquier modificación a los términos propuestos implica negativa de aceptación.

17. A nuestro modo de ver la simple aceptación de un copartípe no basta para obligar al condueño a enajenarle. Más arriba quedó expuesto que el Derecho Procesal español, exigía la fianza o consignación del precio; y dada la naturaleza del derecho del tanto que no pretende hacer más onerosa la condición del enajenante, sino conceder un beneficio a los condueños, nos parece que son aplicables a esta situación las reglas que establece el Código para el pacto de preferencia convencional en cuanto regulan las seguridades que debe dar el aceptante (Art. 2306). Si cuando la fuente de la obligación de enajenar es el convenio se piden esas garantías en favor del enajenante, por mayoría de razón deben exigirse cuando se trata de una obligación que se impone al obligado sin su consentimiento.

Más aún, tomando en consideración, por una parte, que el condueño tiene a su favor el privilegio gratuito de la ley y que por otra, el obligado, sin posibilidad de beneficio, tiene a su cargo un deber del que podrían sobrevenirle daños y perjuicios si el titular del derecho no cumpliera, a pesar de su aceptación es de equidad exigir al beneficiado las seguridades necesarias. Por esto, opinamos que la aceptación debería hacerse con las garantías convenientes de cumplimiento, como por ej., consignación del precio, caución de cumplimiento. Es decir la ley deberá seguir en este punto las normas generales del Derecho que garantizan el cumplimiento de una obligación cuando el beneficio lo recibe el que debe cumplir la obligación. Es difícil precisar cuáles garantías y en qué forma, pero podrían tomarse como ejemplo las reglas para la caducidad del plazo (Art. 1959 frac. I del C.C.) y las que menciona el Derecho Procesal para los casos de remate, de ejecución de sentencias recurridas o de pro-

videncias precautorias, en los cuales se protege a aquél que se encuentra paralizado frente a una situación que tiene que respetar a su pesar.

18. Resta ver las consecuencias de la violación a las leyes del tanteo. Los términos que usa el Código no nos dan solución: "no producirá efecto legal alguno" (Art. 973); "serán nulas" (Art. 2282). Si siguiéramos al pie de la letra la expresión primeramente citada en relación con el capítulo de las inexistencias y las nulidades, llegaríamos a la absurda conclusión (dada la redacción de nuestros textos) que el acto violatorio de las normas a que nos referimos sería inexistente, porque la inexistencia es la única categoría que tiene esa privación total de efectos (Art. 2224), ya que ni los actos viciados de nulidad absoluta ni los sujetos a la relativa están despojados totalmente de consecuencias (Art. 2226).

La cuestión debe plantearse en otro terreno. La clasificación de la ineficacia de un acto jurídico no se plantea atendiendo a las consecuencias, sino a la clase de intereses que protege la ley infringida y cuya violación es causa de la ineficacia.²¹

Colocados en este punto, lo que hay que precisar es si las normas del derecho del tanto buscan una protección del interés público, o sin dejar de estar interesados en él, tratan preponderantemente de amparar la situación de los condueños o sea intereses privados. Más arriba esbozamos nuestra opinión de que son normas protectoras de intereses privados (ver No. 10) y nos parece aplicable a ellas lo que dice Ferrara²² cuando habla de las infracciones a las normas jurídicas: "Ordinariamente la Ley prohibitiva es impulsada por un interés general, de orden público, esto es, tiene por objeto la protección del orden jurídico y asume un carácter rígido e inflexible, imponiendo la pena más grave de que pueda disponer: la nulidad. Otras veces la violación es más leve, los intereses en juego son particulares y se refieren a determinadas personas que son en sustancia los verdaderos jueces del daño que resienten por la violación; en este caso, la Ley no quiere sustituirse a la voluntad privada, no quiere coactivamente hacer que se infiera la ineficacia del acto, sino que al contrario procura evitarla en cuanto sea posible, siendo la nulidad siempre un mal en la vida jurídica y una causa de perturbación en

21 Jerónimo Díaz: *Las nulidades en el Código Civil*, en Boletín de Información Judicial, año IX, No. 87. Ver asimismo Georges Lutzesco: *Teoría y Práctica de las Nulidades* (México, 1945), págs. 243 y ss. y págs. 309 y ss.

22 *Teoría del Negozio Illicito nel Diritto Civile Italiano*, cit. por Manuel Borja Soloriano: *Teoría General de las Obligaciones* (México, 1953), t. I, No. 178.

las relaciones económicas y, entonces, hace depender la ineficacia del contrato de la instancia o impugnación de las partes lesionadas: tenemos entonces la anulabilidad".

Somos de opinión que las normas que establecen el tanteo pertenecen a las de la segunda categoría de las mencionadas por Ferrera, por lo que inferimos que su violación produce la anulabilidad y no la nulidad absoluta.²³

Además de los puntos antes expuestos (ver No. 10), hay una razón de hecho que es fundamental para llegar a esta conclusión. La anulación de la enajenación contraria al derecho del tanto tiene un solo objeto y una sola razón de ser: hacer posible que el preterido adquiera la parte alícuota enajenada. Este fin, que con el retracto se consigne mediante la sustitución del adquirente por el retrayente, en el derecho del tanto tiene que seguir dos fases: primera, la anulación de la enajenación violatoria; y segunda, la adquisición del condueño en cuyo perjuicio se violó el derecho. Si no va averificarse la segunda fase, no puede anularse la enajenación porque no tendría razón de ser. Y como, por otra parte, el Derecho no obliga —ni puede obligar— al condueño a adquirir lo que se va a enajenar, la eficacia o ineficacia del acto infractor, en última instancia, queda sujeta a la decisión del condueño preterido—. La ley no puede declarar que el acto está viciado de nulidad absoluta: los condueños son los únicos que deben juzgar el daño que les causaría la co-propiedad con un tercero que, hasta entonces, era extraño. El Derecho, en esta ocasión, no tiene imperio suficiente para sustituirse a la voluntad de los coparticipes.²⁴

En estas circunstancias habrá que aplicar a la enajenación infractora las consecuencias de la anulabilidad por lo que podemos decir que tal enajenación tiene los siguientes caracteres que se desprenden de lo dicho anteriormente:

23 La Efed. S. C. de J. en Sem. Jud. de la Fed., Tomo XCIX, pág. 1705 sostiene que la falta de notificación no motiva una nulidad absoluta porque no contraviene una ley imperativa o prohibitiva, es decir de orden público; que el tanto tiende a proteger al copropietario pues debe entenderse que la falta de efectos legales, es con relación al mismo copropietario.

24 La ejecutoria de la Corte 5965/957 establece que antes de ejecutarse la venta, el co-propietario puede hacer uso del derecho y que después de ejecutado, puede ejercer el retracto, por el cual se subroga en los derechos del adquirente. (Cit. "La Justicia", mayo 1961).

Si fuese nulidad absoluta cualquier interesado podría intentarla y ¿qué interesado puede haber además del condueño? Podría haber un interesado indirecto en anular la venta, pero por causas ajenas al Derecho del Tanto.

- a). Está sujeta a la prescripción. La Ley no fija plazo de prescripción de la acción de nulidad ni parece haber clara analogía de este caso con aquellos afectados también de anulabilidad para los cuales se fija un plazo de prescripción. No es aplicable a esta situación el plazo de 8 días que establece el Art. 973 porque éste lo es de caducidad para el ejercicio del derecho. Posiblemente fuera equitativo aplicarle los plazos de prescripción que existen para los actos viciados de error o dolo ya que, con éstos, el que se analiza tiene de común la ignorancia del perjudicado de la existencia de su derecho.
- b). Puede convalidarse por el consentimiento que presten los conductos a la enajenación, o, mejor dicho, con su declaración "a posteriori" y antes que opere la prescripción, en el sentido de que no desean hacer uso del derecho del tanto. La conformidad, aun tácita, con la enajenación verificada, tendría efectos de convalidación.
- c). La anulación sólo puede ser intentada por el conducto preterido²⁵ que quiera y esté en posibilidad de adquirir por el tanto. Ninguno otro podría pedirla, ni aun los acreedores ejerciendo la acción Pauliana para el caso de renuncia indebida de derechos (Art. 2170) puesto que el efecto de esta acción no es sino negativo: revocar el acto fraudulento; pero no alcanza a obligar a celebrar actos jurídicos como sería el caso, en el que no se concibe una revocación de renuncia del derecho del tanto si no viene seguida de una adquisición posterior del conducto.

19. Para terminar este capítulo analizaremos si el derecho de pedir la anulación se transmite por herencia. El derecho que nace del pacto de preferencia es personalísimo y no se transmite a los herederos (Art. 2308) pero, a nuestro juicio, esta disposición no es aplicable al caso. Hay que considerar que el pacto de preferencia es una excepción a la prohibición del convenio de retroventa prohibido estrictamente por el Código. Pero como el derecho del tanto está inherentemente ligado a la calidad de copropietario y sea quien fuere éste interesa al Derecho que no se prolongue la indivisión, es claro

25 La Ficc. S. C. de J. en Sem. Jud. de la Fed., Tomo XX pág. 521 sostiene que el d. del t. da lugar solamente a una acción personal de quien lo tiene, pero no a la acción de nulidad de la venta, que sólo toca al co-propietario de cosa indivisa.

que la acción de nulidad se trasmite por herencia, al transmitirse la calidad de co-propietario. Es ocioso decir que el derecho mismo, "per se", no puede ser cedido separadamente por su inherencia a la co-propiedad.

20. Si el derecho queda sujeto a la voluntad del titular, ¿puede ser renunciado anticipadamente, es decir, antes que haya visos de alguna enajenación de la parte alícuota?²⁶ En vista de lo expuesto con anterioridad y de conformidad con el Art. 6o. del C.C., esto es, como la renuncia no afecta directamente al interés público ni perjudica derechos de terceros, se debe concluir que la renuncia es válida.

26 Se ha visto en México que, tratándose de co-propiedades en las que existen multitud de co-propietarios, en el mismo acto de la adquisición se renuncia al d. del t. para el caso de futuras enajenaciones, con el fin de evitar el problema, casi irresoluble en esos casos, de notificar a todos los dueños y de esperar su respuesta.