

DERECHOS PREFERENCIALES DE TERCEROS SOBRE INMUEBLES

Por: Carlos CUEVAS SENTÍES

INTRODUCCIÓN

PREFERENCIA (*Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo VIII, p. 166, Pérez Duarte Alicia) (Del latín *praeferens-entis*, participio activo de *praeferre*, (preferir) "...Es la primacía que se otorga a una persona por disposición de la Ley, por declaración unilateral de voluntad o por acuerdo de voluntades para hacer efectivos ciertos derechos o con el fin de su elegibilidad para ser titular de un derecho en relación con otras personas que pudieran tener, expectativas sobre ese mismo derecho...")

La ley establece y es posible establecer voluntariamente diversos tipos de derechos preferenciales, pero aquí se hará referencia a los derechos preferenciales sobre inmuebles, conocidos también como derechos de adquisición preferente.

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.

El principio general conocido como libertad de contratar que consiste en la facultad de decidir, tanto la celebración o no de un contrato, como la persona con quien se ha de contratar, es consagrado por la legislación mexicana, pero la misma establece en diversas ocasiones excepciones a este principio general, como es el caso de que un copropietario o un coheredero quiera enajenar su porción a un extraño; el caso del usufructuario respecto a sus co usufructuarios y respecto a los copropietarios que deseen enajenar su porción; los diferentes casos de los arrendatarios cuando el propietario desee, ya sea arrendar a otra persona o bien enajenar el inmueble arrendado a un sujeto extraño a ese contrato de arrendamiento; el de los colindantes, en que la Ley, tomando en cuenta diversos intereses a proteger, establece en favor de los otros comuneros, del usufructuario, del colindante o del arrendatario, el derecho de adquirir con preferencia a cualquier extraño a esa relación, los derechos que pretenden enajenarse, siempre que se cumpla con los requisitos que la misma ley esta-

blece, en la inteligencia de que en virtud de que tales derechos preferenciales constituyen una excepción a la regla general de libertad del titular del derecho que pretende enajenar, consistente en escoger la persona a quien le va a enajenar, arts. 830 y 950 del C. Civ. 28 su aplicación conforme a lo dispuesto por el artículo 11 del C. Civ. 28. (El texto de las disposiciones que se citan en este tema, se transcriben al final del mismo), no puede ser más que a los casos expresamente determinados en la Ley, no cabiendo aplicaciones por analogía o por mayoría de razón.

No obstante lo anterior, la Ley permite el establecimiento de derechos de preferencia mediante la intervención de la voluntad de las personas, que no serían una contradicción a lo establecido en el citado artículo II, ya que la naturaleza de tales derechos creada por la voluntad de las personas y las consecuencias a su violación viene a ser diferente a algunos de los establecidos por disposición legal que como se verá en función del interés que la Ley pretende proteger, aún en casos de derechos de preferencia establecidos por la misma, la naturaleza de los mismos y por lo tanto las consecuencias a su violación son diferentes.

En la doctrina extranjera se incluyen dentro del grupo de los derechos de adquisición preferente, al tanteo legal y voluntario, el retracto tanto convencional como el legal y el derecho de opción. En la legislación, doctrina y jurisprudencia mexicanas, se habla de derecho del tanto y de derecho de preferencia por el tanto, (pudiendo este último tener su origen en la Ley y en la voluntad de los particulares) y en algunas disposiciones del retracto. En vista de lo anterior es conveniente aclarar conceptos.

a) RETRACTO CONVENCIONAL O PACTO DE RETROVENTA

El Retracto Convencional o Pacto de Retroventa, que consiste en el pacto que se incluye en un contrato de compraventa, por medio del cual el vendedor queda facultado a recuperar la cosa objeto de tal compraventa mediante su voluntad y sin la necesidad del concurso de la voluntad del comprador, está prohibido por el Art. 2302 del C. Civ. 28, en los siguientes términos: "...Que-
da prohibida la venta con pacto de retroventa, así como la promesa de venta de un bien raíz que haya sido objeto de una compraventa ante los mismos contratantes..."

Sostiene la doctrina Española, Badenes Gasset Ramón, *La preferencia Adquisitiva en el Derecho Español*, Bosch casa editorial, p. 33. Puig Peña Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo III, vol. I, Editorial Revista

de Derecho Privado, p. 601 que es esta figura de la retroventa, a la única que debería llamarse retracto, pues esta significa volver a traer, traer otra vez, "...Retrayendo se recupera un objeto que salió del mismo 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. *No debe confundirse el retraer con la adquisición que mediante otro pacto o hecho realice una persona con su comprador y respecto al mismo objeto de la primera compraventa pues si "...se produce una adquisición que no trae causa de la enajenación anterior no se readquiere jurídicamente..." aunque la cosa estuvo en poder de la misma persona en otra ocasión y otra vez vuelve a ella, no es retracto si hubo un tiempo durante el cual no obró su voluntad sobre aquella, ya que si se realiza una nueva adquisición, no es retracción jurídicamente hablando, como no lo sería si en lugar de comprarla de nuevo le hubiese sido dejada en testamento o donada por el que fue su comprador...* (Ramón Badenes Gasset, *op. cit.*, p. 34).

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.

b) DERECHO DE OPCIÓN

El derecho de opción no está regulado expresamente por la legislación mexicana, aunque lo anterior no significa que no pueda pactarse válidamente, pues reconoce la libertad en el contrato, tanto en el aspecto de celebrar o no un contrato como el de celebrarlo con la persona que el interesado elija "libertad de contratar", como la forma y contenido del contrato "libertad contractual", siendo esto un principio general, lo contrario, o sea la limitación o imposibilidad de celebrar algún acto jurídico debe estar contenido en disposición expresa; así no hay inconveniente jurídico para la celebración del contrato que dé nacimiento al llamado derecho de opción. *...de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para celebrar o no los contratos, y al celebrarlos, obran libremente.. fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin más limitación que el orden público. Esta limitación se encuentra... en el artículo 6 del código de 1928 según el cual: ...la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no*

perjudique derechos de tercero...” Esto quiere decir que los particulares pueden estipular en sus contratos todo lo que no sea contrario a una ley, y aun pueden convenir en lo que sea contrario a una ley si esto no es de interés público, sino solo supletoria de la voluntad de las partes... (Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, 9ª edición, p. 122).

Roca Sastre citado por Federico Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, Bosch Casa Editorial, 3ª edición, p. 397, define al derecho de opción 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, queda vinculada a soportar los resultados de dicha libre decisión del titular del derecho de opción...”

El Tribunal Supremo Español, a través de diversas resoluciones, (y ante la ausencia de regulación legal) ha sostenido que el derecho de opción “...consiste en la facultad de adquirir una cosa, dentro del plazo y en las condiciones preestablecidas y como tal preparatorio y unilateral...” pues mientras se halla pendiente, el concedente u optatario está vinculado por el pacto y nada puede hacer para frustrarlo, y su consumación depende por modo exclusivo de la decisión del optante que realizada dentro del plazo establecido constriñe al titular del derecho al cumplimiento pues el optante es el único que puede exigir la realización del contrato principal a que el optatario se obligó...”

Conforme a lo anterior, el derecho de opción que nace en favor del optante, consiste en la posibilidad de crear una relación contractual, con sólo emitir una declaración de voluntad, sin necesidad de que posteriormente su contraparte la acepte, pues dicha contraparte, cuando pactó la opción, ya manifestó su voluntad de vender (señalando cosa y precio), que lo vinculará durante el plazo establecido, dentro del cual el optante tiene el derecho de aceptar y así perfeccionar (integrando el consentimiento) el contrato de compraventa cuyas características esenciales fueron precisadas al celebrarse la opción entre el concedente y el optante, sin que deba existir necesariamente, a cargo del optante obligación correlativa, aunque, puede pactarse en favor del concedente una contraprestación correlativa a su obligación de sostener su oferta.

El derecho en favor del optante normalmente es exclusivo, aunque nada impide que el optante pueda optar para sí (opción directa) o para otra persona (opción mediatoria) si así se pactó.

Ante la ausencia de regulación legal específica de este acto jurídico, deberá quedar sujeto a las reglas generales y en particular a las del acto jurídico con el que más semejanza tenga y por las estipulaciones de las partes. Art. 1858 del C. Civ. 28, así, para que exista el derecho de opción, es necesario el acuerdo de voluntades de concedente y optante en los elementos del contrato por cuya celebración puede optar el optante (generalmente de compraventa y el plazo dentro del cual deba ejercerse la opción siendo aplicable para este punto, lo dispuesto por el Art. 1804 del C. Civ. en relación con el artículo 1858 del mismo ordenamiento.

La celebración del contrato de opción obliga al concedente, a mantener su oferta durante el plazo pactado (y por lo tanto se traduce en una obligación de no hacer, consistente en no celebrar con otra persona el contrato por el que puede optar el beneficiario ni efectuar nada que pueda frustrar la efectividad del mismo (Castán Tobeñas, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, 10ª edición, Reus, S. A., tomo IV, p. 52) por lo que se refiere al optante, nace a su favor, el derecho de perfeccionar el contrato materia de la opción mediante su aceptación unilateral y en caso de haberse pactado así, la obligación de pagar al concedente una contraprestación correlativa a su obligación.

Una vez ejercitada la opción, el contrato principal se perfecciona y produce sus efectos Arts. 2014 y 2249 del C. Civ. 28 y, tratándose de una opción de compra, respecto de un inmueble, cabe decir que al ejercitarse la opción se integra el consentimiento y se trae como consecuencia la inmediata transmisión de la propiedad del inmueble materia de la compraventa.

Por lo que se refiere a la formalidad que debe revestir al contrato donde se pacte la opción de compra de bienes inmuebles debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 78 de la L.N.D. F., (D. O. 8 de enero de 1980) en virtud de que, como más adelante se verá; no se trata de una promesa unilateral de venta, sino de un pacto normalmente anexo a un contrato principal de compraventa, en el cual se encuentran ya determinados los elementos esenciales de la compraventa, tales como la manifestación de voluntad del vendedor-concedente, de vender una cosa a un precio determinado a otra persona también determinada y la cláusula que propiamente establece la opción, o sea la que genera el derecho del optante a completar o integrar el consentimiento mediante la manifestación de su voluntad, dentro del plazo al efecto estipulado.

Podría decirse a fin de aclarar los anteriores conceptos, que mediante la opción de compra, el dueño de una finca “concedente u optatario”, expresa su voluntad de vender esa finca, a otra persona, “optante”, determinando el precio, conviniendo ambos (aquí el contrato de opción) en que el optante

dispone de un plazo, para aceptar la oferta. Como se ve, mientras el optante no acepte, no existe la compraventa pues para esto, debe integrarse el consentimiento y esto sucede hasta que el “optante” acepta, pero, la opción tanto como contrato como derecho resultante, existe desde el momento en que las partes celebraron el acuerdo de voluntad que tuvo por objeto conceder al optante la facultad de decidir sobre la celebración de la compraventa y obligan al concedente a mantener su oferta de vender en los términos precisados.

Al respecto, Roca Sastre (citado por F. Puig Brutau, *op. cit.*, p. 503) dice: “...Cuando calificamos como pacto o estipulación añeja el en que se concede la opción de compra, en rigor más bien hay un verdadero contrato accesorio de opción conectado con otro contrato de compraventa, aunque para destacar la dependencia existente con esta se emplee el concepto de pacto o estipulación accesorio...”

En cuanto a su naturaleza es indudable que se trata de un derecho personal, que en el Distrito Federal no cabe la posibilidad de su inscripción como tal en el Registro Público de la Propiedad, aunque nada impide que el cumplimiento de las obligaciones a cargo del concedente, pueden ser garantizadas mediante fianza, prenda o incluso con hipoteca sobre el mismo inmueble materia de la compraventa del que es anexo el pacto de opción.

Es común la confusión del contrato o el derecho de opción con otras figuras jurídicas con las que ciertamente guarda cierta similitud, tales como la oferta irrevocable, los contratos de promesa o bien con contrato sujeto a condición.

Por lo que se refiere a la confusión entre la Opción y la Oferta Irrevocable o policitación en que el oferente o la ley Arts. 1804 y 1806 del C. Civ. 28 establecen un plazo para que el destinatario acepte formándose así el contrato, cabe sostener la posición contraria, pues analizando el texto de los mencionados Arts. 1804 y 1806, vemos que éstos se refieren a una oferta de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, respecto de la cual, ese destinatario, si bien ha recibido la oferta, no ha manifestado su voluntad y sin embargo, el oferente resulta vinculado en los términos de su oferta manifestada que se ha hecho del conocimiento del destinatario, con el ánimo durante el plazo fijado por él o por la ley; es decir, que la obligación del oferente, ha nacido de una declaración unilateral de voluntad a diferencia de la opción que nace de un acuerdo de voluntades de oferente y optante es decir, “...En las opciones no hay una simple oferta comunicada, sino un acuerdo de voluntades con ánimo de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas...” (Jerónimo González, citado por Ramón Badenes, *op. cit.*, p. 219); un ver-

dadero contrato por el cual oferente y optante constituyen el derecho de este último a optar o no por la celebración del contrato principal propuesto, y en ocasiones el establecimiento de una contraprestación en favor del oferente, correlativa a su obligación, al respecto Rafael Rojina Villegas nos dice: *en el Código Civil vigente podemos fundarnos en el sistema llamado de la declaración unilateral de la voluntad, por dos razones: 1ª porque en la retractación de la oferta es inoperante de manera que la obligación de celebrar el contrato existe y no puede producir ningún efecto esa retractación; 2ª porque ya el código actual acepta el sistema de la declaración unilateral de voluntad, y los autores modernos, al comentar esta obligación del oferente y esta retractación inoperante, consideran que la obligación ha nacido de una simple declaración de voluntad. Es decir, cuando el oferente manifiesta su voluntad de obligarse y concede un plazo o en su silencio la Ley lo impone, es por su propia manifestación de voluntad, antes de que haya contratado, como ha nacido una obligación a su cargo...* (*Derecho Civil Mexicano*, antigua Librería Robredo, tomo quinto, volumen I, 2ª edición, p. 359).

Como se ve, quizá la única diferencia práctica entre una y otra figura sería que solo en el contrato de opción podría resultar para el oferente el derecho a una contraprestación correlativa a su obligación de sostener la oferta para el optante a optar para sí o para otra persona.

En cuanto al contrato de promesa, la diferencia es clara, pues mientras en la promesa o contrato de promesa las partes se obligan a celebrar un contrato futuro, la opción es un pacto también de naturaleza contractual contenido en un contrato principal (generalmente de compraventa) en el cual una de las partes (concedente) ya otorgó su voluntad de celebrar ese contrato principal el cual está pendiente de su perfeccionamiento sólo por el consentimiento del optante, que en virtud del derecho de opción puede optar entre aceptar o no dentro del plazo fijado.

En cuanto a su diferenciación con el contrato sujeto a condición Dieter Henrich, citado por F. Puig Brutau, *op. cit.*, p. 504 dice que "...por condición debe entenderse la modalidad de un contrato que podría existir perfectamente sin ella. Un elemento esencial del contrato al que se puede optar como es la aceptación, no puede calificarse de condición" y en verdad no se puede pensar en una opción que no tuviere como elemento de ella la obligación del concedente consistente en esperar la decisión optante, es decir no es una condición sino un elemento del contrato.

Después de lo expuesto ¿El derecho de opción es un derecho de adquisición preferente? (es igual que los derechos de tanteo y retracto o bien que el derecho del tanto o de preferencia por el tanto. Aunque adelante se verá

del derecho del tanto, podemos adelantar que la opción, en realidad no es un derecho de adquisición preferente, pues en estos últimos el titular del derecho solo puede ejercitarlo, si su propietario decide enajenar.

c) DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO, DERECHO DEL TANTO Y RETRACTO

La ley y la voluntad de los particulares pueden crear en favor de alguien, el derecho de adquirir alguna cosa, con preferencia a otros posibles adquirentes, cuando su dueño decida enajenarla.

Habrán casos en que el derecho de que se trata es oponible *erga omnes* y otro en que solo surte efectos entre partes y su violación, en el primer caso puede acarrear la nulidad del acto y en el segundo, solamente la reparación del daño.

Los diferentes derechos preferenciales establecidos o permitidos por la legislación mexicana, se encuentran contenidos en diversos ordenamientos, (algunos de carácter local y otros de carácter federal) y los nombran como Derecho de Preferencia por el Tanto Arts. 2304, 2305, 2306, 2307 y 2308 del C. Civ. 28, Derecho del Tanto Arts. 973, 1005, 2447, 2448 I, 2448 J y 2750 del C. Civ. 28, Retracto Art. 20 de la LC, pero nombrando igual a casos en que establece derechos de diferente naturaleza, lo que ocasiona la necesidad de aclarar conceptos y las diferencias existentes entre los casos establecidos por la ley.

Derecho de preferencia por el tanto

Conocido también como Derecho por el Tanto, se encuentra regulado en C. Civ. 28, en los Arts. del 2303 al 2308, como una modalidad del contrato de compraventa.

De tales disposiciones resulta que este derecho surge del pacto entre las partes, anexo a un contrato de compraventa y consiste en el derecho que tiene el vendedor en esa compraventa, de adquirir la cosa objeto de la misma con preferencia a otras personas, en igualdad de circunstancias, en caso de que su propietario decida vender. Este derecho no es transferible; su violación no acarrea la nulidad del acto, sino únicamente el derecho a su titular de ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le ocasionen y su no ejercicio dentro de los plazos y en la forma establecidos por la ley, ocasiona su pérdida.

No obstante lo anterior, Ernesto Gutiérrez y González, (*El Patrimonio Pecunario y Moral o Derecho de la Personalidad*, Editorial José M. Cajica,

Jr., S. A., p. 318), sostiene que el derecho de preferencia por el tanto no solo puede pactarse en un contrato de compraventa sino también como pacto dentro de cualquier otro contrato traslativo de dominio, y aún independientemente de cualquier otro contrato, dado lo dispuesto por el Art. 1859 del C. Civ. 28.

Por lo anterior, el autor antes citado define la institución que nos ocupa así "...Es la facultad pactada de un contrato traslativo de dominio, para que el enajenante adquiera la misma cosa que enajenó, con preferencia que un tercero, si fuere el caso de que el adquirente deseara volver a enajenarla, o bien, es la facultad otorgada a una persona por el titular de un derecho transmisible, para que adquiera si lo desea, con preferencia a cualquier otra persona, ese derecho..."

Como se verá al hablar del *Derecho del Tanto*, existen elementos que diferencian al Derecho de Preferencia por el Tanto y el Derecho del Tanto; en efecto, el Derecho del Tanto, por su naturaleza solo puede existir cuando la ley expresamente lo establece y nunca puede producirse por voluntad de los particulares, en cambio el Derecho de Preferencia por el Tanto puede crearse por convenio, aunque esto no impide que haya casos de este último determinados expresamente por la ley, como el del arrendatario de inmuebles no destinados a habitación, el del aparcero y el del usufructuario, aunque la ley los nombre como "derecho del tanto".

El derecho del tanto puede ser transmitido si se transmite la calidad de copropietario o de coheredero, en cambio el derecho por el tanto convencional es intransmisible; el Derecho del Tanto, debe ejercitarse dentro de un plazo de ocho días; en cambio, el derecho por el tanto podrá ejercitarse en tres días si la cosa es mueble y de diez días si fuera inmueble y quizá la diferencia más trascendente que resulta de la importancia que el legislador concede al interés protegido por la norma, y que es la consecuencia de la violación del Derecho del Tanto, que produce la nulidad del acto por medio del cual se violó, a diferencia de la violación del Derecho por el Tanto, que no afecta al acto y sólo ocasiona el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados.

Como antes se dijo, hay casos en que la ley establece derechos de adquisición preferente sin que tales derechos puedan considerarse como casos de Derecho del Tanto, sino como casos de Derechos de Preferencia por el Tanto, por más que la ley los nombre como derecho del Tanto.

El Art. 2447 del C. Civ. 28, en relación con los Arts. 2304 y 2305 del mismo ordenamiento, establecen un derecho de adquisición preferente en favor del arrendatario que reúna los requisitos que el Art. 2447 exige, pero al

remitir a lo dispuesto por los Arts. 2304 y 2305, determina la naturaleza de este derecho que no es oponible a terceros y su violación por lo tanto solo trae como consecuencia la obligación por parte del arrendador de indemnizar al arrendatario por los daños y perjuicios que se le causen.

La disposición (Art. 2447) antes referida, originalmente se aplicaba a todo caso de arrendamiento, pero de acuerdo con la LC y las reformas al C. Civ. 28, publicadas en el *Diario Oficial* de la Federación de siete de febrero de mil novecientos ochenta y cinco, que modificaron las disposiciones que integraban el capítulo IV del título Sexto del Libro Cuarto segunda parte del propio Código titulado “Del Arrendamiento de Fincas Destinadas a la Habitación” creando un derecho de preferencia para los arrendatarios de inmuebles destinados a la habitación con una naturaleza diferente al contenido en el Art. 2447 antes transcrito, quedó por lo tanto, este último, aplicable a todos los arrendamientos de inmuebles no destinados a la habitación o que no sean las viviendas, casas o locales a que se refiere la LC.

El Art. 1005 del C. Civ. 28, establece un derecho de preferencia o de adquisición preferente en favor del Usufructuario (Después de que el Art. 1004 autoriza al dueño de un inmueble dado en usufructo, a enajenarlo).

Del texto del Art. 1005, se ve que el usufructuario goza de un derecho de adquirir el inmueble que tiene en usufructo, en caso de que su propietario desee venderlo a un tercero, nombrándolo “derecho del tanto”.

No obstante que el Art. 1005 lo nombra como “derecho del tanto”, al remitir dicho Art. al 973, se refiere solo en cuanto a: 1.—A la forma de dar el aviso de enajenación; 2.—Al tiempo para hacer uso del derecho del tanto, y excluye de esa manera la aplicación de la última parte del Art 973, que es de la cual resulta la diferencia entre las dos instituciones.

Respecto al derecho del usufructuario a que nos estamos refiriendo, y en cuanto al caso consistente que el inmueble que tiene en usufructo sea además objeto de una copropiedad y uno de los copropietarios quiera enajenar su porción, es indudable que cualesquiera de los otros copropietarios son quienes pueden adquirir preferentemente incluso respecto al usufructuario, sin que pueda creerse que entre el derecho del usufructuario y el de los copropietarios se encuentren en conflicto en este sentido, Ernesto Gutiérrez y González, *ob. cit.*, p. 323. Consideramos que respecto al problema apuntado es conveniente reproducir aquí la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. . . . *Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes 1955-1963 Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Mayo Ediciones, 2ª edición, Tesis 2035, p. 939. “. . . *Usufructuario*. Goza del derecho del tanto. Pero sólo entre sus copartícipes, con el mismo derecho e interés. *Usufructo y nuda copropiedad*,

son derecho sobre la misma cosa, *pero de diferente naturaleza. Entre ambos derechos, no hay, comunidad de interés. El usufructuario por no ser copartícipe con el nudo propietario, tiene que ser considerado como extraño en la enajenación de este último a lo sumo, en defecto del uso del Derecho del Tanto, por los copropietarios de la nuda propiedad, debe ser preferido, en igualdad de circunstancias, a cualquier otro postor, en la enajenación de dicha nuda propiedad.* El Art. 1105 del Código Civil del Estado de Jalisco, establece que el usufructuario goza del Derecho del Tanto y agrega, que a él, es aplicable lo dispuesto en el Art. 984, en lo que se refiere a la forma de dar el aviso de la enajenación de la cosa indivisa que se tiene convenida con un extraño, a fin de que los copartícipes puedan hacer uso del Derecho del Tanto, de que gozan al tiempo, en que se debe hacer uso de dicho derecho.

Para la correcta interpretación de tal precepto, es pertinente tener en cuenta que su texto corresponde exactamente al del Art. 1005 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, actualmente vigente y que tiene su antecedente en el artículo 892 del Código Civil para el Distrito Federal del año de 1884, que solo decía así: “El usufructuario goza del Derecho del Tanto”, Artículo que a su vez, fue tomado del 992 del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, redactado en idénticos términos, de los que se desprende el reconocimiento al usufructuario, del Derecho del Tanto, pero no que lo pueda hacer valer frente a los copropietarios de la nuda propiedad, por que con respecto a estos se encuentre en situación de copartícipe, ni con igual interés entre sí, y no sea extraño a ellos.

Es indudable que el Derecho del Tanto, se concede a las personas que tienen el mismo interés entre sí, o sea entre los que tienen un derecho de igual naturaleza, como sucede entre los copropietarios, entre los coherederos o entre los socios y sucederá igual cosa entre los usufructuarios, cuando existan cusufructuarios, porque entonces, esto significaría que entre sí tienen el mismo interés.

Pero tal situación no surge, entre los copropietarios de la nuda propiedad y el usufructuario, pues entre aquellos y éste, no existe identidad de interés, ni de derechos, ya que la copropiedad y el usufructo, suponen derechos de diversa naturaleza, aunque versen sobre la misma cosa, de lo que se sigue que el nudo propietario y el usufructuario resultan titulares de Derechos Reales Distintos, de manera que entre ambos, no existe la comunidad de intereses que se ve claramente entre socios, coherederos y copropietarios; lo cual lleva a concluir, que el usufructuario, es extraño a los copropietarios.

En apoyo de esta conclusión, puede invocarse que en nuestra tradición jurídica se ha negado el derecho del retracto al usufructuario, por la razón

de que el usufructuario, no es dueño ni casi dueño directo ni útil de la cosa, como se puede ver en Hermosilla, en sus comentarios a la Ley 55, título 5º de la parte 5ª en las adiciones nota 8 al párrafo II en donde dice: (Si el señor de la propiedad vende, el usufructuario no podrá usar del Derecho de Retraer, que compete a los dueños de la cosa). (Véase Gómez en la Ley 70 del Toro, núm. 3) donde dice: Que esto es así, porque el usufructuario no es dueño ni directo ni útil de la cosa misma. Matienzo se adhiere a esta opinión y la fundamenta, y Gutiérrez lo mismo, Castillo refuta la resolución de Cavalcanti, que estima que el propietario que quiere enajenar su propiedad, debe hacerlo más bien al usufructuario que a cualquier otro).

En la obra Derecho Civil Mexicano, Rafael Rojina Villegas. Derechos Reales y Posesión. Tomo tercero, volumen II, p. 45 se ve ...en cambio, en el usufructo son cargas que, como hemos visto, afectan o gravan la cosa misma, de naturaleza real, independientes de la persona del propietario, que existen a pesar de todo cambio de propiedad. Separación de sus intereses. No existe entre el nudo propietario y el usufructuario ninguna comunidad de intereses análoga a la que crea la indivisión o la sociedad. Aunque sus derechos coexisten sobre la misma cosa, no solamente son distintos, sino que también son de naturaleza diferente. La indivisión y la sociedad suponen que los asociados o copropietarios tienen derechos de la misma naturaleza...

En el tratado Cosas y Sucesiones. Antonio de Ibarrola; en las páginas 275, 279 y 280 puede leerse: El usufructuario tiene Derecho del Tanto (Artículo 1005). Es aplicable lo dispuesto en el Artículo 973, en lo que se refiere a la forma para dar el aviso de enajenación y al tiempo para hacer uso del Derecho del Tanto.

El usufructo y la nuda propiedad, son dos derechos rivales, de naturaleza diferente, sobre la misma cosa. No hay copropiedad: ello supone dos derechos de la misma naturaleza, sobre la misma cosa: nunca podrá haber partición entre el nudo propietario y el usufructuario. Podrá haber partición, cuando varias personas sean cusufructuarias de la misma cosa; podrá haber división, cuando haya varios nudo copropietarios... repitamos, que no hay comunidad de intereses entre ambos. (Entre el usufructuario y el nudo-propietario), como los que existen en la sociedad y en la copropiedad. Coexisten derechos sobre la misma cosa; pero estos derechos son no tan solo distintos, sino de naturaleza diferente...

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 1105 del Código Civil del Estado de Jalisco, idéntico al Artículo 1005 del Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales...

Consiguientemente, se repite, que en la especie, el usufructuario, por ser extraño a los copropietarios, no fue copartícipe en la nuda propiedad y no tenía derecho a adquirirla sin que a la copropietaria, hoy quejosa, dueña de la tercera parte del inmueble, se le diera la oportunidad de hacer uso de su Derecho del Tanto, de lo que resulta que le fue infringido.

Derecho del tanto

El C. Civ. 28 regula esta materia, principalmente en los Arts. 950, 973, 974, 1292, 1293, 1294, 2279, 2282 y 2448 I y 2448 J.

Estas disposiciones, y sobre todo los Arts. 973 y 974 tienen como antecedente inmediato los Arts. 2843 y 2844 del C. Civ. 84 y éstos, según Manuel Mateos Alarcón en su Código Civil del Distrito Federal concordado y anotado, (México, 1906) (citado por José Arce y Cervantes, *El Derecho del Tanto de los Copropietarios*, Revista de Derecho Notarial núm. 53, p. 18), señala como concordancia a esas disposiciones, la ley 55 de las Partidas, y que, “El artículo 2843 antes citado”, no hace más que conservar el retracto entre comuneros establecido en nuestra antigua legislación (ciertamente se refiere a la legislación española que estuvo en vigor en México).

La doctrina Española habla de Tanteo y de Retracto al tratar el derecho de preferencia de origen legal, en que el titular del mismo, “...excluirá y apartará a otros posibles adquirentes o incluso los desplazará si la transmisión ya hubiese sido realizada a favor de quien no era preferente. A la primera fase la Ley la llama tanteo y la segunda retracto...” (Puig Brutau, *ob. cit.*, p. 395).

Dice Santos Briz (citado por Puig Brutau, *ob. cit.*, p. 395). “...El tanteo y el retracto, en principio presentan distintas fases de un mismo derecho: mientras el tanteo ha de ejercitarse antes de la perfección del contrato translativo que lo origina, el retracto ha de ejercitarse después, es decir, una vez perfecto dicho contrato. Así, puede decirse que tanteo es el derecho de preferencia que tiene su titular para subrogarse en el lugar del futuro comprador de una cosa, y retracto es un derecho de preferencia que atribuye a su titular la facultad de subrogarse en el lugar del que ha adquirido una cosa a título oneroso, por compra, o dación en pago...”

Ernesto Gutiérrez y González, (*ob. cit.*, p. 314) al hablar del Derecho del Tanto, sostiene que éste lo confiere la Ley a los comuneros (copropietarios, coherederos, cosocios) para adquirir en igualdad de bases que un tercero, la parte de comunidad que un comunero desee enajenar.

Este derecho "...subsume dos instituciones conocidas en Derecho Español como derecho de Prelación: El derecho de Tanteo y el Derecho de Retracto..."

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido: (*Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia*, 1974, 1975 actualización IV Civil, p. 6).

"...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 preteridos pueden ejercitar el derecho del retracto por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador.

A. D. 4983/1957. Sexta Epoca, vol. XIII, Cuarta Parte, p. 198.

A. D. 5965/1957. Sexta Epoca, vol. XL, Cuarta Parte, p. 112.

A. D. 5073/1959. Sexta Epoca, vol. XLIII, Cuarta Parte, p. 49.

Queja 247/1962. Sexta Epoca, vol. LXXXV, cuarta Parte, p. 54.

A. D. 8785/1962. Sexta Epoca, vol. LXXXV, Cuarta Parte, p. 64.

De lo antes expuesto se desprende que (en esto se sigue de cerca a José Arce y Cervantes, *ob. cit.*, p. 18) como regla general todo comunero tiene la facultad de vender o no y la plena disponibilidad de su porción en la comunidad (Art. 950 del C. Civ. 28) con la limitación de que antes debe respetar el derecho preferente de sus condueños conforme a las disposiciones que lo regulan, las cuales son de aplicación estricta conforme al artículo II del propio ordenamiento, que dice: "...Las Leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas Leyes..."

No impone al comunero vendedor más obligación que vender al preferente en las mismas condiciones que pretendía vender, es decir, la Ley no le impone cargas adicionales y mucho menos la obligación de vender contra su voluntad, pues las medidas legales, van encaminadas unas a conservar la comunidad entre las personas que originalmente la constituyeron y otras a irla liquidando,

al procurar que las porciones que se vayan enajenando vayan quedando entre los comuneros y así, llegando a concentrar todas ellas en un solo sujeto, se liquida esta situación anómala.

Es evidente que los intereses protegidos por estas disposiciones son los intereses privados de los comuneros. "...Si estuviera ordenado a titular 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 alargen 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..." (Arce y Cervantes, *ob. cit.*, p. 20).

En cuanto a su ejercicio y tomando en cuenta la raquítica regulación legal, se encuentra como supuestos necesarios para que se dé este derecho:

- a) La existencia de la copropiedad sobre bienes muebles e inmuebles.
- b) Que uno de los copropietarios decida enajenar "a un extraño" a la comunidad, (si la enajenación se hiciera a uno de los comuneros, no existe para los demás derecho de preferencia aunque su porción sea mayor que la del adquirente ya que del texto de los Arts. 973 y 974, sólo nace el derecho del tanto si se enajena a extraños la porción que tiene en la comunidad, debe entenderse que el derecho del tanto se concede no sólo cuando la enajenación sea mediante una venta sino, tomando en cuenta que quien pretenda ejercer su derecho del tanto debe dar al comunero que quiera enajenar, lo mismo que el extraño le dará como contraprestación, (pues la ley no impone a este último sacrificio económico alguno) debe entenderse que existirá el derecho del tanto en aquellas enajenaciones en las que el comunero deba recibir como contraprestación cosas fungibles u obligaciones de hacer en que la Ley permite la sustitución del obligado (a este caso se refiere el Art. 2064 del C. Civ. 28 que dice: "...La obligación de prestar algún servicio se puede cumplir por un tercero, salvo el caso en que se hubiere establecido por pacto expreso, que la cumpla personalmente el mismo obligado, o cuando se hubieren elegido sus conocimientos especiales o sus cualidades personales...")

También podría aceptarse el caso en que el enajenante vaya a recibir como contraprestación una obligación de "no hacer", siempre que para él resulte patrimonialmente indiferente quien la cumpla.

Respecto a lo anterior es indudable que es de aplicación el Art. 2012 del C. Civ. 28 que dispone:

“...El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aun cuando sea de mayor valor...”

Por lo tanto, el derecho del tanto procede; en el caso de compraventa, pues la contraprestación consiste en entregar una suma determinada del bien fungible por excelencia y si esta fuere parte en dinero y parte con otra cosa, procederá siempre que el tanteador esté en posibilidad de dar lo mismo que ofrece el tercero, siendo esto último también aplicable a la permuta.

En el caso de que el comunero enajenara a un tercero a título de dación en pago, procederá el derecho del tanto, sólo en el caso de que el tanteador pueda entregar 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...” (Arce y Cervantes José, *ob. cit.*, p. 23).

Ahora bien, no es factible pensar que habiéndose notificado al o a los condueños la intención de enajenar, la simple aceptación de uno de los copropietarios sea suficiente para considerar que la enajenación se haya consumado, pues partiendo del punto de que la Ley no pretende gravar al enajenante con más cargas que el deber de preferir al copartícipe, resulta evidente que el tanteador debe exhibir la contraprestación que según la notificación pretende el enajenante, y, en caso de que se hubiere concedido plazo, el tanteador debe proporcionar garantía suficiente de que pagará en el momento ofrecido, pues esto, aunque las disposiciones que regulan el derecho del tanto no lo establece, deberá aplicarse lo dispuesto por el C. Civ. 28 en cuanto al Derecho de Preferencia por el tanto convencional en el Art. 2306 que dice: “...Si se ha concedido plazo para pagar el precio, el que tiene el derecho de preferencia no puede prevalerse de este término si no da la seguridad necesaria de que pagará el precio al expirar el plazo...” ya que si la Ley así lo establece en el caso convencional por mayoría de razón deberá aplicarse al caso de preferencia ordenado por la Ley.

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.

Respecto al vendedor resulta que la Ley le impone el deber de preferir (cuando decida vender) a quienes tienen derechos similares a los suyos en la comunidad y para tal fin, antes de efectuar la enajenación debe notificar a todos sus condueños o coherederos en la forma señalada en los Arts. 973

y 1292 del citado código, incluyendo en tal notificación, (a fin de que sea válida) la determinación de los elementos jurídicos y económicos necesarios para que los notificados aprecien si pueden y quieren adquirir en tales términos; así, deberá incluirse lo que se vende, la contraprestación condiciones y plazos para el pago y garantías.

A lo anterior puede agregarse que si se omite la notificación, pero puede demostrarse que los copropietarios tenían conocimiento de la enajenación y no ejercitaron su derecho de preferencia dentro del término de ley, la enajenación será válida ya que tal notificación no la impone la ley como un elemento del acto, sino como una manera de que los condueños sepan de la enajenación a fin de que puedan decidir sobre el ejercicio o no del derecho de preferencia que la misma ley les concede.

Por lo que se refiere a la violación del derecho del tanto, es de notarse que los Arts. 973 y 2282 del C. Civ. 28 plantean soluciones diferentes ya que interpretando a la letra la primera “no producirán efecto alguno” nos llevaría a pensar en el absurdo que el acto violatorio sería inexistente, contra la segunda que señala que las compras hechas en violación al derecho del tanto “serán nulas” sin aclarar a qué tipo de nulidad se refiere.

Respecto a los actos contra la ley Manuel Borja Soriano, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, tomo I, p. 212, núm. 178) dice (citando a Ferrara) que “...según la importancia de los fines que la ley se propone defender y según la naturaleza de la violación, la ley prohibitiva varía de intensidad y mide su sanción contra el acto ilícito. Ordinariamente la ley prohibitiva es impulsada por un interés general, de orden público, ...imponiendo la pena más grave de que puede 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, ...y entonces, hace depender la ineficacia del contrato a la instancia o impugnación de las partes lesionadas; tenemos entonces la anulabilidad...”

Así, y partiendo de la base de que los intereses que los artículos 973 y 1282 protegen, son intereses particulares de los copropietarios y que ellos son los únicos que podrían inconformarse ante su violación ya que dejando caducar o prescribir su derecho, o expresamente manifestar su deseo de no ejercitarlo, perfeccionarían la venta hecha a un extraño, sería absolutamente inútil que la ley declarara nula tal venta, si el copartícipe preterido no fuera a adquirir la porción enajenada, es decir, la ley no podría substituirse en la

voluntad de los interesados e imponerles la adquisición. En fin, ante la posibilidad de la prescripción del derecho del tanto, de la posibilidad de convalidación de la enajenación violatoria del derecho del tanto y de que solo el copartícipe preterido puede pedir la nulidad del acto, estamos frente a una nulidad relativa.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado las siguientes resoluciones: *Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes, Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 1955-1963, Mayo Ediciones, 2ª edición, pp. 378 y siguientes.

820. DERECHO DEL TANTO Y ACCIÓN DE RETRACTO. Legislación para el Distrito y Territorios Federales. De conformidad con el artículo 1292 del Código Civil, el ejercicio del derecho del tanto supone que la venta de los derechos hereditarios concertada entre el copartícipe y el tercero extraño no se ha consumado, así como que 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; más el desconocimiento y violación de este derecho engendra la acción de retracto que tiene por objeto lograr en la vía judicial el respeto de dicho derecho, removiendo el obstáculo jurídico que implica la venta hecha a tercero.

En virtud de la acción de retracto no solamente se nulifica la venta, sino que el coheredero se subroga en los derechos del cesionario; 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 aquél 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 se hubiere pactado la venta, devolviendo al comprador el precio que haya 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 exhiba el precio con la demanda, puesto que va a subrogarse en los derechos del comprador por efecto de la sentencia.

Directo 3761/1959. 3ª Sala.—Boletín 1961, p. 78, Sexta Epoca, vol. XXXIV, Cuarta Parte, p. 76.

821. DERECHO DEL TANTO Y ACCIÓN DE RETRACTO. Términos para ejercitarse. Legislación para el Distrito y Territorios Federales. El término para

hacer uso del derecho del tanto es diverso del plazo para ejercitar la acción de retracto que compete a quien no se le dio oportunidad de hacer valer aquel derecho; en efecto, el plazo para usar el derecho del tanto es de ocho días contado 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. Conviene hacer notar, que la Suprema Corte de Justicia manifestó, al resolver el amparo directo 1082/52 promovido por la Sucesión de la señora Teresa Galván viuda de González y coagraviados, que el derecho del tanto y la acción de retracto son en el fondo lo mismo; mas de tal aseveración no puede inferirse 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 coherederos excluidos en la venta de los derechos hereditarios; sin embargo, el modo, forma y término en que deben hacerse valer son completamente diferentes.

Directo 3761/1959, 3ª Sala, Boletín 1961, p. 79, Sexta Epoca, vol. XXXIV, Cuarta Parte, p. 76.

822. DERECHO DEL TANTO Y DE RETRACTO. LA ACCIÓN RELATIVA SÍ ES SUSCEPTIBLE DE EXTINGUIRSE POR PRESCRIPCIÓN. Si es verdad que por la acción de retracto se nulifica la venta celebrada con el tercero extraño a la copropiedad, esa nulidad no tiene por objeto volver las cosas al estado que antes tenían, como sucede en la mayor parte de las nulidades, puesto que no tienen el efecto de que el comprador devuelva el precio al vendedor y éste recupere la propiedad de la cosa, sino por el retracto el copartícipe actor se subroga en los derechos del comprador, de modo que éste le devuelve el precio y es éste quien le entrega la cosa. Se trata en consecuencia de una nulidad, la proveniente del retracto, con características especiales que lo distinguen de la generalidad de las nulidades. Ahora bien, aunque el artículo 970 del Código Civil del Estado de Nuevo León, establece que “mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno”, es evidente que no debe tomarse en cuenta literalmente, dicha expresión para calificar la clase de nulidad que establece. Precisa tener en consideración, fundamentalmente, cual es el interés, que la ley pretende proteger al exigir la notificación de que se trata, esto es, si se busca protección del interés público o si por el contrario se quiere salvaguardar solamente intereses de particulares. Para el efecto debe hacerse notar que el derecho del tanto tiene por objeto fundamental evitar la intromisión de un extraño en la comunidad, evitar que la participación de un extraño en la cosa común pueda crear pro-

blemas mayores que los que ya por sí mismo crea frecuentemente el estado de indivisión por otra parte, también tiene como un fin mediano, evitar la prolongación del estado de copropiedad. En consecuencia, puede decirse que tiene por fin proteger los intereses privados de los copropietarios, y no pretende tutelar el orden público, pues si bien es verdad que puede pensarse que la ley está interesada en que no se prolonguen los estados de indivisión, también lo es que no establece imperativamente la obligación de terminarlos, puesto que si bien es cierto que el derecho de retracto tiene por objeto, como antes se dijo, hacer posible que el preterido adquiriera la part alícuota enajenada en favor del tercero, también es que la ley no lo obliga a ello, de tal modo que es el propio titular del derecho quien decide si lo ejercita o no. En estas condiciones, es pertinente concluir que las normas referente al derecho del tanto, son normas de interés privado y, por consiguiente, la nulidad a que se refiere el artículo 970 si es susceptible de extinguirse por confirmación (la renuncia tácita o expresa de los condueños no notificados y por prescripción. Puede citarse en apoyo de lo anterior, la tesis que aparece en la página 1706 del tomo XCIX del *Semanario Judicial* de la Federación. Directo 5965/57, 3ª Sala. Informe 1960, p. 47, Sexta Epoca, vol. XL, Cuarta Parte, p. 111.

El derecho de preferencia que la Ley concede a los arrendatarios, varía esencialmente según se trate de arrendamientos que tengan como objetivo inmuebles destinados a habitación o a otros usos.

En efecto, el Art. 2447 del C. Civ. 28, (que antes de las reformas que a este respecto fueron efectuadas en los Arts. 2448 y siguientes del referido Código) se aplicaba a todos los casos de arrendamiento, estableció el derecho de preferencia en favor de arrendatarios que habiendo hecho mejoras de importancia en la finca arrendada, estuvieran al corriente del pago de la renta y hubieran ocupado dicha finca durante más de cinco años, consistiendo tal derecho en ser preferido respecto de terceros y en igualdad de condiciones, para la celebración de otro contrato de arrendamiento o bien para la compra de la finca arrendada, remitiendo, y esto señala la naturaleza del derecho, a lo dispuesto en los Arts. 2304 y 2305 señalando el último de ellos que en caso de violación al derecho, la venta es válida y solo da lugar a la indemnización por los daños y perjuicios que pudiera habersele causado al arrendatario; en síntesis, el Art. 2447 estableció en favor del arrendatario en general un derecho de “preferencia por el tanto” y con motivo de las reformas antes dichas, y que más adelante se verán, quedó reducido este derecho en cuanto a su ámbito de aplicación, únicamente a los casos de arrendamiento de inmuebles no destinados a casas habitación.

La LC establece en el caso de que el dueño quiera enajenar, derechos de preferencia en favor de inquilinos, no solo al caso de que el inmueble objeto del arrendamiento esté destinado exclusivamente a casas habitación, sino que lo extiende a “departamentos”, “viviendas”, “casas” o “locales”, lo que incluye por lo tanto a inmuebles destinados a usos diferentes a la habitación, sólo que, en su Art. 9º lo establece, ya sea para convertirse en condómino o para continuar como arrendatario únicamente, cuando el inmueble que es objeto del arrendamiento, se encuentre ubicado en una ‘zona de regeneración urbana’. La misma ley establece que la constitución de zonas de regeneración urbana, para que surta efectos legales, deberá publicarse la declaratoria correspondiente en el *Diario Oficial* de la Federación y a la fecha no se ha hecho publicación alguna.

La Ley de que se trata, también establece derechos de preferencia en favor de inquilinos de departamentos, viviendas, casas o locales, respecto de inmuebles que hayan sido construidos o financiados por “Instituciones Oficiales”; en primer lugar, en favor del inquilino al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones que por más de un año hayan ocupado el inmueble y en segundo lugar en favor de la Institución Oficial que haya “construido o financiado el condominio”. El Art. 19 establece el procedimiento de notificación y el plazo de ejercicio del derecho del tanto que en cuanto al plazo difiere de las demás disposiciones del C. Civil 28 y el Art. 20, la sanción a la violación del derecho del tanto instituido en favor del inquilino o de la “Institución Oficial”, estableciendo con toda claridad el derecho de retracto que debe ejercitarse con exhibición del precio, dentro de los quince días siguientes al en que haya tenido conocimiento tal enajenación.

El 7 de febrero de 1985, se publicó en el *D. O.* diversas reformas al capítulo IV del título sexto, segunda parte del libro cuatro del C. Civ. 28, que se refiere al arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, y que se contienen en los artículos 2448, 2448-A al 2448-L, 2449, 2450, 2451 y 2452, estableciendo en el 2448-I, el derecho de preferencia en favor del arrendatario de un inmueble urbano destinado a habitación, en igualdad de circunstancias, para celebrar nuevo contrato de arrendamiento o bien el derecho del tanto para el caso de que el propietario desee enajenar el mismo inmueble, estableciendo también en el Art. 2448-J fracción VI que en el caso de que se venda tal inmueble violando tal derecho, tanto en sí mismo como respecto al procedimiento establecido por la misma ley para su ejercicio, la “nulidad de pleno derecho” respecto de la misma además de la responsabilidad a cargo del notario ante quien se haya otorgado tal compraventa, estableciendo como plazo para la acción, de nulidad de que se trata, seis meses contados a partir

del momento en que el arrendatario tuvo conocimiento de la realización del contrato. Con el fin de que la creación de un derecho de esta naturaleza cuyo ejercicio puede producir consecuencias injustas y antijurídicas respecto a terceros, hubiera sido conveniente que el legislador estableciera con mayor precisión no solo el derecho mismo, sino también la forma y cómputo de plazos para su ejercicio, pues decir que optar por el retracto “dentro de los 15 días siguientes al en que haya tenido conocimiento de la venta” ante la gran dificultad de probarse que el interesado tuvo en determinada fecha conocimiento de la venta, podría solaparse con esto situaciones injustas que afectarían a terceros de buena fe que al consultar al Registro Público de la Propiedad sin que de éste resulte la existencia de derecho alguno que le fuera oponible, después de años, resultara que alguien, (con base en un derecho que quedó oculto) exhibiendo el precio que el comprador pagó, se subroga en su calidad de propietario. Es indudable que la única forma de establecer este derecho cuyo ejercicio no ocasione inseguridad en el tráfico de inmuebles sería basado en los asientos del Registro Público de la Propiedad, exigiendo, para que este derecho de preferencia fuera oponible a terceros, la inscripción del arrendamiento.

El Art. 2448-J en sus fracciones I, II, III, IV y V, establecen el procedimiento que debe seguirse para garantizar el cumplimiento del derecho del tanto establecido en favor del arrendatario, el cual no requiere para los efectos de este estudio mayor comentario.

Lo que sí parece importante de comentar es la sanción de nulidad de pleno derecho que establece la ley, la que por las mismas razones hechas valer en cuanto de derecho del tanto de los copropietarios tanto doctrinalmente como por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de diversas resoluciones citadas, puede concluirse que no hay tal nulidad de pleno derecho sino una simple nulidad relativa con las características a que la misma Suprema Corte ha hecho referencia, en el sentido de que la acción que debiera ejercitar el arrendatario preferente será la acción de retracto y que la nulidad del acto no traería como consecuencia la destrucción de los efectos de la compraventa sino una subrogación por parte de quien ejercite el retracto en la situación del comprador del inmueble, mediante la exhibición del precio que aquel pactó en el contrato de compraventa de que se trata.

Asimismo, merece la pena observar que el derecho de preferencia del arrendatario resulta de un contrato de arrendamiento que puede quedar oculto, Art. 3042 fracción III del C. Civ. 28 y que el legislador estableció para el caso de su violación una sanción que afecta a terceros creando una situación de inseguridad en el comercio de inmuebles lo cual puede evitarse im-

niendo la obligación para el arrendatario de inscribir en el Registro Público de la Propiedad su contrato de arrendamiento y solo así el retracto puede ser ejercitado con justicia en contra de cualquier adquirente.

Hubiera sido conveniente también con el fin de establecer un derecho más justo, como requisito para la procedencia del derecho del tanto, que el arrendatario habitara el inmueble objeto del arrendamiento y además para el caso de que adquiriera el inmueble en el ejercicio de su derecho del tanto, no pudiera enajenarlo dentro de un plazo que el mismo legislador considerara prudente.

Como puede observarse, el derecho de preferencia existente en favor de los arrendatarios varía, según se trate o no de inmueble destinado a habitación urbana, pues en caso contrario sólo se disfruta de un derecho de preferencia por el tanto; el caso de los arrendatarios de inmuebles de zonas de regeneración urbana; el caso de los inquilinos de departamento, viviendas, casas, o locales que estén sujetos al régimen de propiedad y condominio que hayan sido financiadas o construidas por instituciones oficiales, en que tanto los inquilinos, en primer lugar, como las mencionadas instituciones oficiales, en segundo lugar, gozan de un derecho de preferencia que por las consecuencias que su violación establece la ley, 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 adquirente pueda conocer tal 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.

La existencia de derechos de adquisición preferente establecidos por la ley, en ocasiones trae como consecuencia que un mismo acto de enajenación de inmueble genere 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.

En efecto, los Arts. 974 y 1293 del C. Civ. 28, ante la posible concurrencia de varios copropietarios ejercitando su derecho de adquisición preferente, solucionan tal conflicto estableciendo como regla que si dos o más comuneros hicieren uso del derecho del tanto, se preferirá al que represente mayor porción en la comunidad y dado el caso de que fueran iguales, se decidirá mediante la suerte.

En virtud de que ante la redacción original del C. Civ. 28 no existía

salvo los nombrados, la posibilidad de estos conflictos, no se establecieron reglas para la solución de los mismos; en efecto, conforme a las disposiciones originales no podría darse conflicto entre copropietarios y usufructuarios por las razones señaladas por la Suprema Corte de Justicia en la resolución transcrita; entre copropietarios y coherederos, en virtud de que solo podrían coexistir coherederos y copropietarios en el caso de que los primeros heredaran a algún copropietario y por lo tanto quedarían sujetos a las reglas contenidas en los Arts. 974 y 1293 del C. Civ. antes citado; copropietarios y colindantes dado que el derecho de preferencia resultante de la colindancia a que se refieren la LGBN y la LFA, en virtud que no podría darse caso de que algún o algunos particulares fueren copropietarios con el Gobierno Federal respecto de algunos de los inmuebles de los cuales podría generarse el derecho del tanto de colindantes. No obstante, en función de disposiciones más o menos recientes como son el caso de la LC; la Ley de Fomento Agropecuario que entró en vigor en el mes de enero de 1981 y la última reforma al C. Civ. 28 en lo que se refiere al arrendamiento urbano y que entró en vigor en febrero de 1985, se ha creado la posibilidad de que concurren titulares de derechos de adquisición preferente entre comuneros y colindantes en el caso de la Ley de Fomento Agropecuario; entre arrendatarios en los casos previstos por los artículos 2448-I y J del C. Civ. 28; en estos casos, la Legislación no ha establecido reglas para solucionar estos conflictos.

En efecto, en el caso de que un inmueble que sea objeto de copropiedad y uno de los comuneros decida enajenar su porción, creará el conflicto entre los demás copropietarios y los colindantes si es que dicho inmueble se encuentra en el supuesto a que se refiere el artículo 70 de la Ley de Fomento Agropecuario.

También podría darse el caso de que ese inmueble objeto de copropiedad y en el que el comunero enajenara su porción, fuera objeto de un contrato de arrendamiento de casa habitación.

Como se ha dicho aparte de las reglas expresamente establecidas por los Arts. 974 y 1293 del C. Civ. 28, dicho ordenamiento no establece reglas que resuelvan los conflictos antes apuntados, no obstante podría sugerirse como principio, que los derechos de preferencia de origen legal, prevalezcan sobre los de origen convencional, pero sin dejar de tomar en cuenta que hay casos, como el del Art. 2447 del C. Civ. 28, que no obstante estar establecido por la ley, entrando en conflicto con otro también establecido por la ley, como es el caso del Art. 973 del propio Código Civil, para saber cual de los intereses protegidos consideró el legislador como más importante, bastaría guiarnos por la sanción que el mismo legislador impuso para el caso de

violación de uno y otro, resultando evidente entonces que sería preferente el derecho al que la ley protege con la sanción de nulidad sobre aquel en que ante la violación sólo impone la obligación de indemnizar.

Podría darse el caso de que un inmueble que fuera objeto de copropiedad y uno de sus copropietarios decidiera enajenar su porción y además tal inmueble fuera un Minifundio en los términos de los Arts. 63 y 70 de la Ley de Fomento Agropecuario, colindante además, con otro minifundio; el que produciría el conflicto entre los copropietarios y los colindantes, como titulares de derechos de adquisición preferente de origen legal. Ciertamente, la legislación no resuelve este problema; ante esta situación se considerará oportuno transcribir opinión de *Mucius Scaevola*. . . Citado por Puig Brutau, *ob. cit.*, p. 497. "...Pero, incluso sin esta disposición del Art. 1524 cabría poner en duda la posibilidad de ejercitar el retracto de colindantes en el caso de venta de una cuota indivisa de la finca vecina. *Mucius Scaevola* llamó la atención sobre este punto al comentar el citado artículo. La cuota indivisa de una finca no está localizada en ningún lugar material de la que está en indivisión. Según el Art. 399 del mismo Código, la cuota indivisa sólo se convertirá en una porción física cuando sea adjudicada a su titular parte de la finca al hacerse la división. Por tanto, la porción indivisa de una finca no puede ser colindante con el predio vecino. Además, el ejercicio del retracto de colindantes en este caso daría lugar a que la comunidad se mantuviera invariable, con la sustitución de uno de los comuneros. Por tanto, el Art. 1524 significa que la ley no quiere que un comunero entre en la comunidad de la finca vecina sólo para que, al dividirse ésta, pueda alcanzarse, entonces y no antes, la finalidad del retracto de colindantes. A esta solución prefiere la que consiste en un cambio que, ya de momento, hace desaparecer la comunidad o disminuye el número de comuneros. . ."

Más complicado resultaría el caso de conflicto entre los derechos de los comuneros y el de un arrendatario de un inmueble destinado a habitación urbana, si alguno de dichos copropietarios decide enajenar su porción.

Desde luego cabe apuntar que ante la redacción del citado Art. 2448-I "...asimismo, tendrá derecho del tanto en caso de que el propietario quiera vender la finca arrendada. . ." 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.