

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL
DERECHO DE TANTEO**

ABRAHAM ISAÍ GIRÓN MORALES

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2009

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL
DERECHO DE TANTEO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ABRAHAM ISAÍ GIRÓN MORALES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2009

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
Vocal: Licda. Edith Marilena Pérez Ordoñez
Secretaria: Licda. Laura Consuelo Montes Mendoza

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Adrian Antonio Miranda
Vocal: Lic. Ronald Ortiz
Secretario: Lic. Ricardo Alvarado Sandoval

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LICENCIADO OTTO RENÉ GUERRA MONTERROSO
ABOGADO Y NOTARIO
7. AV. 15-41 "A" ZONA II COLONIA MARISCAL
TELEFONO: 23840553



Guatemala, 31 de enero de 2009

Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy.-
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala;



Licenciado Castro Monroy:

Atentamente me dirijo a Usted con el objeto de informarle que procediendo de conformidad con el nombramiento de fecha once de septiembre de dos mil ocho, en mi calidad de Asesor de Tesis del Bachiller ABRAHAM ISAÍ GIRÓN MORALES, he procedido a asesorar metódica y técnicamente al estudiante en el desarrollo de su tesis titulada: **"ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE TANTEO"**, tema interesante para los abogados en ejercicio de su profesión como a los estudiantes de derecho.

En virtud de una lectura acuciosa de la investigación realizada por el estudiante sustentante de la tesis, manifiesto que contiene aportes científicos y técnicos al conflicto de la interpretación y calificación clara de la ley respecto al Derecho de Tanteo, en el Registro de la Propiedad Guatemalteco, analizando su evolución histórica, su naturaleza jurídica, sus teorías de aplicación, su comparación con otras legislaciones, tanto legal como doctrinariamente, y su postura respecto a la modificación del Criterio que debe prevalecer en su interpretación tanto de derecho personal como derecho real, por lo que afirmo que en el contenido de la tesis tiene el nivel científico y técnico adecuado.

La metodología y técnicas de investigación utilizadas encuadran con las enumeradas en su plan de investigación, pues se emplearon las técnicas de recopilación de información correctas, como se desprende de la bibliografía utilizada; la metodología que el sustentante empleó en el desarrollo de la investigación es ajustada a la redacción que se utiliza, pues de forma genérica se puede deducir de la tesis, que la misma presenta una estructura analítica y deductiva, pues aborda el tema del derecho de tanteo como punto de partida para la descomposición de sus elementos y estudio analítico de cada uno de ellos, para lo cual hace uso de la deducción, pues se plantean como géneros del derecho de tanteo los derechos personales y reales, los cuales son deductivamente desarrollados para obtener las conclusiones precisas sobre sus caracteres esenciales, y una vez obtenidos, son aplicados sintéticamente a la

estructura del derecho de tanteo, y en base a ello se logran alcanzar los resultados propuestos de la tesis con respecto al derecho de tanteo y su implicación registral.



La redacción es concisa y se adecua con los requerimientos académicos de la Unidad de Tesis, aunado a lo anterior, manifiesto que la investigación mencionada, brinda una contribución científica y doctrinaria para los efectos de calificación del Derecho de Tanteo a la legislación registral Guatemalteca; además las conclusiones son acordes a lo expresado en el cuerpo capitular de la investigación, las cuales son precisas en señalar las falencias de la legislación actual en torno a la figura del derecho de tanteo y en su interpretación registral; de dicha cuenta, las recomendaciones proponen de forma pertinente las acciones que se deben de tomar a efecto de brindar una solución adecuada a la problemática expuesta en torno a la legislación y a la interpretación registral de la figura estudiada; la bibliografía que se utiliza es la que corresponde para el tipo de investigación realizada, pues contiene la información que conduce directamente a la obtención de las conclusiones expuestas en la tesis revisada.

De modo que por encontrarse el trabajo de tesis asesorado científica y técnicamente expuesto en su contenido, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, son congruentes con los requisitos del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, emito el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, para que el trabajo presentado pueda ser utilizado como base para el examen público correspondiente.



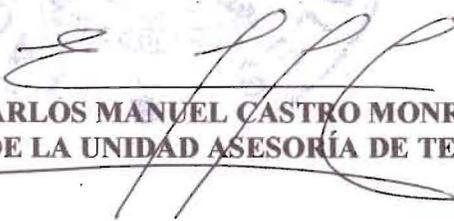
Lic. Otto René Guerra Monterroso
Abogado y Notario
Colegiado 3,503



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, nueve de febrero de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) GREGORIO ARTURO LÓPEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ABRAHAM ISAÍ GIRÓN MORALES, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE TANTEO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

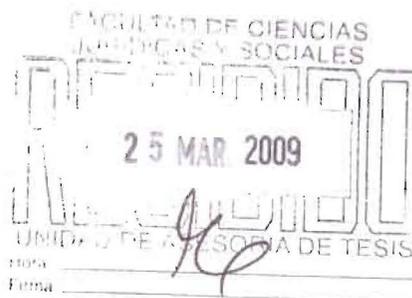


cc. Unidad de Tesis
CMCM/nmmr



Guatemala, 16 de Marzo de 2009

Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento de la providencia de fecha nueve de febrero del año dos mil nueve, emanada de esa Unidad de Asesoría de Tesis procedí a revisar el trabajo de tesis del estudiante ABRAHAM ISAÍ GIRÓN MORALES, titulado "ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERÉCHO DE TANTEO" por lo que para el efecto emito el dictamen correspondiente en el sentido siguiente:

Con relación al contenido de la tesis, debo decir que refleja un estudio acucioso, en el cual se desarrollan los aspectos científicos fundamentales del derecho, y particulares de la institución denominada Derecho de Tanteo, y Derecho Registral guatemalteco; para tal efecto, el autor desarrolla una investigación histórico-doctrinaria, comparando el desenvolvimiento de la institución en legislaciones internacionales con su regulación y su aplicación en nuestra legislación. De igual forma, el contenido capitular de la tesis denota un conocimiento científico adecuado al tema, el cual es expuesto de manera coherente y apropiada al tema que se aborda, utilizándose apropiadamente la terminología técnica.

En el desarrollo de la tesis, el sustentante aplicó de manera adecuada los aspectos técnicos pertinentes para la obtención de la información y para la consecución de los razonamientos conclusivos; habiéndose hecho una correcta aplicación de la metodología, pues se puede apreciar en el contenido de la tesis, que se emplean distintas formas de exposición de los razonamientos, en formas inductivas, deductivas, e incluso analíticas, pues como se puede apreciar en toda la forma capitular de la tesis,



la misma desarrolla analíticamente el derecho de tanteo, descomponiéndolo en todos sus elementos estructurales para obtener su esencia o género, y luego realizarse una reestructuración sintética del mismo, conjugándose adecuadamente la metodología analítica y sintética.

El tema fue redactado con propiedad y con criterio personal del autor, se ajusta a los requerimientos científicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, habiéndose empleado la terminología técnica pertinente; las conclusiones se derivan directamente de lo expuesto en el contenido capitular, las cuales son precisas en señalar los aspectos fundamentales que se tratan en la tesis, particularmente la puntualización de la naturaleza jurídica del derecho de tanteo y los efectos que su determinación producen con relación a la actividad registral; las recomendaciones propuestas por el sustentante brindan soluciones precisas a las conclusiones expuestas y que se ajustan al entorno legislativo guatemalteco; la bibliografía utilizada es la adecuada, pues de la misma se obtiene información de carácter nacional como internacional, desde aspectos puramente teóricos hasta aspectos históricos, de manera que la bibliografía empleada es la oportuna para la tesis que se presenta.

Puesto que la tesis manifiesta un contenido científico y técnico adecuado, que la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, son congruentes con los requisitos del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, por tanto no tengo ningún inconveniente en emitir **DICTAMEN FAVORABLE** aprobando el trabajo de Tesis revisado.

Atentamente,

Lic. Gregorio Arturo Lopez
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Gregorio Arturo López
Abogado y Notario
Colegiado No. 3803

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, uno de septiembre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ABRAHAM ISAÍ GIRÓN MORALES, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE TANTEO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/nmmr.

DEDICATORIA

A Dios: Quien me ha bendecido con eterna salvación y misericordiosa redención, y a quien espero agradar como es debido.

A mis padres: Gracias a quienes he logrado alcanzar al día de hoy las metas que juntamente con ellos me he trazado, pues todo éxito personal es igualmente familiar, estándoles profundamente agradecidos por el apoyo prestado en todo cuanto he deseado, a quienes afirmo públicamente que los quiero con todo mi corazón.

A mis hermanos: Junto a quienes he vivido todas las etapas de mi vida, y seguramente en las restantes también lo haré; que nuestro Dios los continúe bendiciendo.

A mi novia: Con quien he aprendido algo más que solamente a razonar, y quien le ha dado sabor a todo cuanto hago, pues una buena compañía siempre es necesaria, y como la que ella me presta no hay otra. Te amo linda.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala: Alma Mater que cultivó mi mente y me enseñó la razón real de ser un profesional: la sociedad. USAC, ciertamente eres grande entre las del mundo.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: Cuyas aulas, cual brazos, me cobijaron a lo largo de mis estudios profesionales; le estoy altamente agradecido, sabiendo que no podré regresar todo lo que me enseñó, trataré de hacerlo en cuanto las posibilidades lo permitan.

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....i

CAPÍTULO I

1. Derecho de tanteo.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Elementos del derecho de tanteo.....	7
1.3. Derecho de tanteo en la legislación guatemalteca.....	12
1.4. Formas de constitución y situaciones en las que se contempla.....	13

CAPÍTULO II

2. Naturaleza jurídica del derecho de tanteo.....	17
2.1. Prolegómenos.....	18
2.2. Teorías sobre los derechos personales y reales.....	35
2.3. Naturaleza jurídica del derecho de tanteo en el derecho comparado.....	46
2.4. Determinación de la naturaleza jurídica del derecho de tanteo.....	50

CAPÍTULO III

3. Registro de la propiedad.....	59
3.1. Definición y funciones.....	59
3.2. Criterio registral.....	64
3.3. Calificación del instrumento a inscribir.....	73

	Pág.
3.4. Anotaciones.....	82
3.5. Cancelaciones.....	84
3.6. Inscripciones.....	85
3.7. Rechazo.....	87

CAPÍTULO IV

4. Efectos de la determinación del derecho de tanteo como derecho personal.....	91
4.1. Consideraciones previas.....	91
4.2. Derecho comparado.....	92
4.3. Efectos generales.....	96
4.4. Efectos específicos con relación al registro de la propiedad.....	100
CONCLUSIONES.....	105
RECOMENDACIONES.....	107
BIBLIOGRAFÍA.....	109

INTRODUCCIÓN

En la edad moderna, se presenta como necesaria la determinación exacta de la esencia y características de todas las figuras jurídicas, siendo una de ellas, la del derecho de tanteo; sin embargo, entorno a la precisión de la naturaleza jurídica, se presentan ideas dicotómicas, que le expresan como un derecho real y otras como derecho personal, atribuyéndole ambas corrientes caracteres distintos. Es debido a ello que la presente investigación profundiza en torno a las corrientes que definen a los derechos reales y personales en sí, para partir de ellos y lograr determinar con la mayor precisión posible cuál es la naturaleza jurídica que debe atribuírsele al derecho de tanteo en la legislación civil guatemalteca, y en base a ello proponer una definición adecuada de la misma.

Los objetivos de la presente investigación son precisamente determinar la esencia del derecho de tanteo, analizar el criterio de calificación registral del Registro General de la Propiedad, en torno a dicho derecho, confrontar la legitimación de dicha institución para velar por su cumplimiento, y precisar los efectos que la determinación de su naturaleza jurídica genera. De igual forma, sobre la validez *per se*, de los negocios jurídicos celebrados en los que no se haya dado oportunidad al ejercicio del derecho de tanteo, pues el ejercicio del mismo no es un requisitos de validez del negocio jurídico.

El contenido de la presente tesis se encuentra conformado por cuatro capítulos, en el primero de ellos, trata todo lo relacionado con las circunstancias, elementos, estructura y situaciones en que se contempla el derecho de tanteo en la legislación civil guatemalteca; en el segundo capítulo, se presentan las distintas teorías que se refieren a los derechos reales y personales, logrando determinar a cuál de ellas corresponde el derecho de tanteo; en el tercer capítulo, se esboza el tema del Registro General de la Propiedad, en relación con el derecho de tanteo, tanto en la función de inscripción como en su función interpretadora de la norma jurídica; y en el cuarto capítulo se precisan

cuáles son las características y efectos generales y particulares que se atribuyen al derecho de tanteo por la determinación de su naturaleza jurídica. Dentro de los capítulos indicados, se desarrollan de manera expositiva y analítica las doctrinas referentes a los derechos personales, a estos como universales, paucilaterales, y bilaterales; de igual forma los derechos reales; las teorías económicas y lógicas de dichos derechos, y brevemente lo relativo a los derechos propter rem y ad rem, lo cual sirve de base para la obtención de una definición más precisa del derecho de tanteo.

Los métodos utilizados en la investigación se encuentra el analítico, en base al cual se determinan las notas esenciales de los derechos reales y personales, a la vez que el del derecho de tanteo; de igual forma se utiliza el método deductivo, bajo el cual se presentan como generales las categorías de los derechos reales y personales y como particular el derecho de tanteo; de igual forma dentro de las técnicas que se utilizan se encuentra la técnica documental, en base a la cual se recopiló información doctrinaria sobre el derecho de tanteo y demás temas abordados, haciendo uso de la técnica de análisis de documentos se estudiaron los documentos recopilados y obtenido de ellos la información adecuada para la consecución del fin de la presente investigación.

De modo que por el uso debido de los métodos y técnicas referidas, y la exposición y análisis lógico y analítico de los diversos temas, es que se logran alcanzar planteamientos de gran utilidad para el desarrollo dogmático de la ciencia jurídica guatemalteca en relación con el derecho de tanteo en el ramo civil.

CAPÍTULO I

1. Derecho de tanteo

Dentro de la dogmática jurídica, específicamente en el ámbito civil, se pueden hallar un cúmulo de instituciones cuya injerencia en la vida civil es de suma importancia, siendo una de ellas la propiedad, la cual ha sido estudiada a lo largo del desarrollo de la sociedad por los más eminentes juristas. Dentro de los asuntos relativos al derecho de propiedad, se encuentra el régimen de copropiedad, el cual concede una serie de privilegios y deberes a cada uno de los copropietarios; precisamente el derecho de tanteo, es uno de los referidos privilegios que el régimen de copropiedad concede a los copropietarios; y en ese sentido, se procede a analizar su situación en la normativa guatemalteca, la cual muy poco ha dicho al respecto, siendo por dicha razón que se pretende la conceptualización de dicha institución del derecho privado para poder establecer con mayor certeza su naturaleza jurídica y sus consiguientes efectos dentro de la legislación civil y registral actual.

1.1. Definición

Toda definición, principalmente jurídica, debe procurar la comprensión de dos categorías primordiales, que determinan directamente la cientificidad de una definición, siendo estas el género próximo (*genus proximum*) y la diferencia específica; refiriéndose el género próximo a la clase a la que pertenece un ente, y la diferencia específica a las características particulares que los diferencian de los demás que se le parecen dentro de la clase dada; dichas categorías se ven directamente relacionadas con las categorías de la intensión o contenido y la extensión de un concepto. Para realizar una conceptualización más comprensible se prevé como necesaria la explicación de dichas categorías.

Según lo apuntado por el profesor Rolando Morgan Sanabria, la intensión en un concepto viene dada en el reflejo mental del conjunto de caracteres o propiedades del objeto u objetos a que el concepto se refiere, comprendiendo las propiedades esenciales de los objetos singulares que forman la clase dada de objetos o del único objeto que constituye la extensión del concepto correspondiente. De manera que la intensión del concepto lleva por implicación la determinación, al menos referencial, del *genus proximum* del *definiendum* (expresión u objeto a definir), por lo cual es vital en la presente tesis determinar la intensión, y por consiguiente el *genus proximum* del derecho de tanteo, como expresión a definir.

El otro aspecto que conforma el concepto es la extensión, que es considerada como el reflejo mental del conjunto de los objetos o de los diferentes estados de un objeto único a que el concepto se refiere, es decir, que la extensión expresa la cantidad de objetos que pueden ser incluidos dentro de una categoría dada por la intensión, y no propiamente las cualidades. Por ejemplo: se puede definir el término vehículo como una herramienta creada por el hombre con el propósito de desplazarse de un lugar a otro empleando medios distintos de la fuerza humana. Dicha definición realza los caracteres de un vehículo, siendo ello la intensión del concepto vehículo, sin embargo, la extensión implicaría catalogar como vehículo a automóviles, motocicletas, motonetas, barcos y otra cantidad de objetos, pero excluyendo otros objetos similares como la patineta, bicicleta y otros por el hecho de utilizar la fuerza humana para su desplazamiento, de manera que la definición dada puede no ser la más apropiada o exacta para lo que realmente representa el término vehículo, pudiendo ser demasiado estrecha o amplia, debiéndose revisar o criticar la definición propuesta y mejorar así la intensión o contenido dado.

Lo anterior se puede resumir estableciendo que la intensión en un concepto es una expresión cualitativa y la extensión, cuantitativa, pero que ambas se determinan mutuamente.

Por medio del establecimiento de la intensión del *definiendum* se logra determinar el género próximo y la diferencia específica del mismo. Por género próximo debe entenderse, de acuerdo a Rolando Morgan Sanabria, como "...el elemento de la definición que revela, establece o precisa los caracteres esenciales, universales del objeto o conjunto (clase) de objetos que se definen, y que permite incluirlos en un conjunto (clase) mayor de objetos que les son semejantes...indica el conjunto mayor de objetos con el cual el objeto o conjunto de objetos que se definen tiene algo en común, con los cuales objetos forman una clase mayor. Esta clase mayor es el género del objeto...En resumen, el género próximo expresa la identidad, es decir, las propiedades que identifican al objeto o conjunto de objetos definidos con los objetos que integran una clase mayor, en virtud de esta identidad..."¹ Dicho en palabras más sencillas, el género próximo expresa la esencia de un objeto que lo vincula con otros objetos por razón de su esencia, los cuales poseen la misma sustancia, formando así una esencia universal, llamada clase.

Siguiendo lo expuesto por Rolando Morgan Sanabria, se debe comprender como la diferencia específica de la definición, el componente de la definición que precisa los caracteres esenciales singulares del objeto o clase de los objetos definidos, y en virtud de ellos los objetos pueden diferenciarse de los que les son semejantes, y relación a los cuales tiene sentido lógico hacer la diferenciación. La diferencia específica permite diferenciar dentro de una clase dada, a un objeto de los demás, por medio del establecimiento de sus caracteres particulares. Siguiendo el ejemplo dado anteriormente, se puede decir del automóvil que su género próximo es el término vehículo, es decir, que pertenece a la clase vehículo, pero se puede predicar de él las siguientes diferencias específicas: que tiene cuatro ruedas, tiene dos o cuatro puertas laterales, un timón, generalmente tres pedales, una palanca de velocidades y otras muchas características, que al final terminan por diferenciarlo y singularizarlo de la clase a la cual pertenece.

¹ Morgan Sanabria, Rolando, **El conocimiento cotidiano y el conocimiento científico**, pág. 18.

En palabras más claras: el concepto de todo objeto se encuentra conformado por la intensión del concepto, en base a la cual se determina la clase del objeto (genero próximo) y sus características individualizadoras (diferencia específica); y por la extensión, que cumple la función de conjuntar al objeto con sus similares en la universalidad de su clase (por el género próximo), y dentro de su clase singularizarlo (por la diferencia específica) o bien conformar una sub categoría particular. Siendo esa la estructura de toda conceptualización científica, de las que se puede resaltar la definición catalogada como real, que es una operación lógica por medio de la cual se concretan los rasgos esenciales del objeto definido y, al mismo tiempo, se le diferencia de todos los objetos que le son parecidos. La definición rigurosamente científica es la que pone de manifiesto la esencia del objeto que se define, lo que es necesario tener en cuenta para el efecto de la definición del derecho de tanteo.

Lo expuesto anteriormente puede ser mejorado con la clasificación de conceptualización propuesta por García Maynez, que de acuerdo a José Fernando Velásquez Carrera se puede plantear de la siguiente forma: Desde el punto de vista del objeto, los conceptos lógicos- jurídicos son los que tienen como objeto un juicio o concepto jurídico, en este caso sería el tanteo como un derecho; los conceptos ontológicos- jurídicos son los referidos a hechos jurídicos, consecuencias jurídicas, a la conducta objeto de esos deberes y derechos y a los sujetos de la relación jurídica, en el caso del derecho de tanteo implicaría el establecimiento de las consecuencias jurídicas por la determinación de su naturaleza jurídica; desde el punto de vista de la extensión, es similar a la expuesta con anterioridad, variando únicamente de clases particulares a singulares; por el contenido, los clasifica en conceptos simples, los formados por una sola nota, y los compuestos, formados por varias notas, en el caso del derecho del tanteo, se trataría de una conceptualización compuesta; y por el punto de vista de sus relaciones, en conceptos dependientes, que basan su validez en otros conceptos, y en independientes, que tienen validez individual; en conceptos compatibles, que poseen coherencia con su esencia, e incompatibles cuando encierran una contradicción; y los conceptos supra y subordinados muestran una relación que existe entre nociones

referidas a clase y a miembros de estas clases o subclases; con relación al derecho de tanteo se estaría ante un concepto dependiente, compatible y subordinado.

Lo antes explicado sirve para representar el modelo lógico ideal sobre la conceptualización de un término jurídico cualquiera, y siendo que en el presente caso corresponde el análisis de la institución jurídica del derecho de tanteo, queda expresado como ha sido expuesto en el párrafo anterior la forma en que se debe proceder para la obtención de una definición científica correcta.

Todo lo expuesto anteriormente sirve para la construcción teórica de un concepto jurídico integral del derecho de tanteo, sin embargo, dicha definición final es expuesta en el capítulo final de la tesis, por lo pronto se presentan como nociones iniciales del derecho de tanteo o de preferencia las siguientes definiciones dadas por distintos autores:

“Derecho que por ley, costumbre o convenio se concede a una persona para adquirir algo con preferencia de otros y por el mismo precio, en caso de enajenación a título oneroso.”² Hace referencia a un derecho subjetivo, aunque no cumple con la exposición adecuada de la diferencia específica del derecho de tanteo, porque dentro de la extensión de esa definición queda comprendido también el contrato de retroventa, que en la legislación guatemalteca no existe, pero sí en otras, por lo que deviene obligatorio particularizar aún más dicha definición.

“(Término en inglés: right of pre-emptive purchase) Derecho de adquisición preferente, que se articula de manera complementaria y previa con el derecho de retracto y que

² Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Tomo 3, págs.134 a 135

posibilita la adquisición de bienes con preferencia a un tercero, estando obligado el propietario a comunicar al titular de este derecho su intención de vender así como las condiciones en que quiere hacerlo.”³ Establece que el derecho de tanteo para una adecuada funcionalidad debe encontrarse complementado con el derecho de retracto, lo que los convierte en un derecho real por la posibilidad de reivindicar; sin embargo, no es un aspecto esencial del derecho de tanteo la complementariedad con el retracto, como lo demuestra el caso de la legislación guatemalteca, siendo ese carácter expuesto no propio, ni esencial para la existencia del derecho de tanteo.

“Es la preferencia, que es uno de los medios de solución que el Derecho tiene para resolver los problemas de concurrencia o colisión de Derechos sobre una misma cosa. Normalmente cuando diversos derechos coinciden sobre un mismo bien, el problema se resuelve mediante unas normas especiales, donde a los diferentes derechos se les otorgan diversos rangos preferenciales que suponen una prioridad frente a los que le siguen.”⁴ Forma de otorgar derechos a copropietario sirviendo como mecanismo de solución de cierta clase de problemas; sin embargo, el género próximo del derecho de tanteo no puede catalogado como una simple preferencia, por lo que dicha definición no cumple con la regla de estructuración de una definición científica.

“...es un derecho de adquisición preferente cuyo titular está facultado para adquirir, con preferencia a cualquier otra persona, una vivienda que va a ser enajenada por su propietario a un tercero por el mismo precio que ese tercero abonaría. El propietario está obligado a comunicar al titular del derecho de tanteo su intención de vender así como las condiciones en las que quiere hacerlo...”⁵ Esta definición sí cumple con las

³ http://www.eslee.org/result_listado.php?qlosario=gestiontur&Términos=derecho%20de%20tanteo, (8 de Agosto de 2008)

⁴ Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa**, pág. 254

⁵ Diccionario de hipotecas para euroresidentes edición electrónica:
<http://www.euroresidentes.com/vivienda/hipotecas/diccionario/> (10 de Junio de 2008)

reglas lógico-formales, sin embargo, no descubre la esencia de ese derecho preferencial, al indicar si debe considerársele como derecho personal o real.

“Facultad que tiene una persona designada por la ley a adquirir un bien por el precio convenido o el legal, según el caso, con preferencia a otro adquirente, cuando su propietario pretenda enajenarlo.”⁶ Según esta definición, el derecho de tanteo no es contractual sino legal, no siendo precisa en la particularización del mismo, porque si bien es el caso de que en Guatemala no hay derecho de tanteo contractual, en otros países sí lo hay.

Las definiciones antes dadas llenan algunos de los requisitos expuestos al inicio. Sin embargo, se precisa un mayor análisis sobre el género próximo del derecho de tanteo, es decir, sobre la clase a la cual pertenece, que según la filosofía del derecho implicaría un análisis metafísico-ontológico de dicha institución para lograr tomar una postura sobre su naturaleza jurídica, si es de ser un derecho real o un derecho personal, y por consiguiente las consecuencias que su determinación conlleva, principalmente con relación al Registro General de la Propiedad.

1.2. Elementos del derecho de tanteo

El derecho de tanteo, como toda institución jurídica, debe ser estudiado en su forma estructural, es decir, con relación a los elementos que lo conforman, debiéndose para el efecto analizar sus elementos subjetivos, objetivos, formales, y por ser un acto jurídico, también eventuales; sin embargo, para ello es necesario analizar el presupuesto del derecho de tanteo que será analizado en la presente tesis.

⁶ Grupo Wolters Kluwer, **Estudio de obligaciones: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez**, pág. 244

Presupuesto: El supuesto de hecho preexistente para el ejercicio del derecho de tanteo en el presente trabajo de tesis, es la configuración de una concurrencia de derechos de propiedad de distintas personas sobre un mismo bien inmueble, es decir, que debe existir un bien inmueble sujeto a copropiedad a partir del cual surge el derecho de tanteo. De manera que tomando como referencia el ejercicio del derecho de tanteo surgido con ocasión de la compraventa de derechos en copropiedad sobre un bien inmueble, se pueden postular los siguientes elementos:

1) Elemento Objetivo: es el bien inmueble sobre el cual recae el derecho real que se pretende adquirir con preferencia por el ejercicio del derecho de tanteo. En otros supuestos del derecho de tanteo, sería todo bien patrimonial que se pretenda adquirir con preferencia a terceros adquirentes o proponentes.

2) Elemento subjetivo: En toda relación jurídica, tanto real como obligatoria, el derecho de tanteo, por el hecho de ser un derecho, debe ser representado cuando menos por dos polos: uno activo y el otro pasivo; sin embargo, en el presente caso se encuentra, al menos contingentemente, la participación de un tercero. En el caso del derecho de tanteo, el polo activo se encuentra formado por el sujeto copropietario no vendedor, siendo a quien le asiste el derecho de ser preferido en la adquisición del bien en copropiedad; también llamado por algunos como tanteante. El polo pasivo se forma por el sujeto copropietario vendedor, quien es el obligado a hacer saber al polo activo de la intención de enajenar sus derechos en copropiedad, para el solo efecto de que se pueda ejercer o no el derecho de tanteo o preferencia. En cuanto al tercer sujeto, denominado por la doctrina como tercero comprador o proponente, es la persona a quien el sujeto pasivo ofrece con anterioridad la venta del bien inmueble, y con quien se pactan las condiciones de venta que deben ser propuestas al sujeto activo del derecho del tanteo.

3) Elemento formal: en la legislación, el elemento formal se encuentra configurado en el Decreto-Ley 106, Código Civil, incluido dentro del libro de los derechos reales, aunque ello no implica su consideración como uno de ellos, como se observa ya más adelante. Igualmente se le ubica en el Decreto-Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil y Código de Comercio.

4) Elemento eventual: dentro de los elementos que configuran el derecho de tanteo, el elemento eventual es el que demuestra más complejidad, pero que es brillantemente explicado por el doctor Esteve Bosch Capdevila, quien indica que en el estudio del derecho de tanteo se le debe analizar en su desenvolvimiento temporal o eventual en tres momentos o eventos, los que son:

a) Momento negocial o propositivo: (Intervención del tercero proponente o comprador)
En la etapa negocial, el sujeto pasivo, que es titular de derechos de copropiedad sobre un bien inmueble, toma la decisión de enajenar sus derechos y los ofrece a una tercera persona, con quien pacta las condiciones de la posible compraventa de sus derechos de copropiedad, llegándose a un acuerdo sobre el precio de dichos derechos, la forma de pago, intereses, plazo y cualquier otra situación que se considere conveniente. Este acuerdo es esencial para el derecho de tanteo, puesto que en base a la negociación realizada entre el tercero y el sujeto pasivo es que se permitirá al sujeto activo el ejercicio del derecho de tanteo.

Este momento negocial se encuentra claramente reconocido en la legislación, como se puede apreciar al tenor de lo indicado en el Artículo 491 del Código Civil: los condueños gozan del derecho de tanteo que podrán ejercitar dentro de los 15 días siguientes de haber sido notificados del contrato que se pretende celebrar. De modo que como se puede apreciar, al momento en que se notifica al sujeto activo ya se han

fijado las bases para el otorgamiento de un contrato, reconociéndose de esa forma el momento negocial estructurado en la doctrina.

De igual forma se encuentra el reconocimiento legal del momento negocial en el Artículo 498 del mismo cuerpo legal. Si se hubiera de poner en explotación todo o parte de la cosa común, cualquiera de los comuneros tendrá derecho preferente a obtenerla en igualdad de condiciones del que ofrezca la mejor propuesta. En base a este Artículo se faculta a la negociación previa de las condiciones en base a las cuales se deberá permitir el ejercicio del derecho de tanteo del sujeto activo, titular del derecho de tanteo.

b) Momento de notificación o cognoscitivo: En esta etapa el sujeto pasivo debe dar a conocer por medio de notificación al sujeto activo las condiciones, bases o acuerdo sobre el cual se pretende enajenar los derechos de copropiedad al tercero proponente. Para el cumplimiento de la notificación la ley no establece un plazo perentorio, sino únicamente regula el hecho mismo de la notificación, como lo indica el Artículo 491 del Código Civil: Los condueños gozan del derecho de tanteo que podrán ejercitar dentro de los 15 días siguientes de haber sido notificados del contrato que se pretende celebrar. Realizando una interpretación de este Artículo, se puede apreciar la inexistencia de un plazo legal para notificar las bases del contrato que se pretende otorgar, sin embargo, al establecer dicho Artículo, contrato que se pretende celebrar, deja estipulado claramente que la notificación de las bases del contrato debe realizarse por lo menos con 15 días de anticipación a la fecha en que efectivamente se celebre el mismo, a efecto de darle la oportunidad al sujeto activo del derecho de tanteo a que lo ejercite.

c) Momento de ejercicio optativo: No obstante, la ley no fija un plazo para que se realice la notificación del contrato que se pretende celebrar o las bases que se hayan acordado, sí fija un período de tiempo para el ejercicio del derecho de tanteo por parte

del sujeto activo; período que empieza a correr desde el momento en que se realiza la notificación pertinente. De modo que el derecho de tanteo se encuentra sujeto a un periodo de prescripción, el cual una vez transcurrido sin que se haya realizado el acto jurídico del ejercicio del derecho de preferencia, se tiene por extinguido (o prescrito), dejando en libertad al sujeto pasivo para otorgar el contrato con el tercero proponente. Sin embargo, la prescripción no es la única forma bajo la cual el sujeto pasivo queda facultado para desconocer el derecho del tanteante, sino que igualmente se encuentra facultado para celebrar el contrato con el tercero proponente a pesar de que el tanteante manifieste su interés en la adquisición de los derechos cuando lo quiere hacer en situaciones que son inferiores a las pactadas con el tercero, o que implican desventajas al sujeto pasivo. Es decir, que cuando el sujeto activo ejercita su derecho de tanteo pero lo quiere hacer con condiciones distintas e inferiores de las acordadas entre el sujeto pasivo y el tercero proponente, el sujeto pasivo se encuentra en libertad de contratar con el tercero proponente, ello debido a que el derecho de tanteo no implica una preferencia o ventaja en cuanto a las condiciones, sino únicamente una preferencia en cuanto al orden de contratar en base a las mismas condiciones, pues es un derecho concedido *intuito personae*. Ahora bien, en caso de que el sujeto activo sí acepta las condiciones y ejercita su derecho preferente en el tiempo legal, no hay duda que el contrato deberá otorgarse entre éste y el sujeto pasivo, en base a dichas condiciones.

La facultad para desconocer el derecho de tanteo del sujeto activo por razón de prescripción se encuentra en el Artículo 491 del Código Civil cuando establece: Los condueños gozan del derecho de tanteo que podrán ejercitar dentro de los 15 días siguientes de haber sido notificados del contrato que se pretende celebrar. De modo que una vez transcurridos esos 15 días de notificado el sujeto activo, se tiene por prescrito su derecho preferente. Y en cuanto a la facultad para desconocer el derecho de tanteo del sujeto pasivo por razón de querer pactar en condiciones inferiores se encuentra en el Artículo 498 del mismo cuerpo legal, que indica: Si se hubiera de poner en explotación todo o parte de la cosa común, cualquiera de los comuneros tendrá

derecho preferente a obtenerla en igualdad de condiciones del que ofrezca la mejor propuesta. De manera que si se pretenden condiciones inferiores, el derecho de tanteo no le asiste al sujeto activo, puesto que debe ser en igualdad de condiciones, pudiéndose rechazar su postura si no las iguala o supera a la mejor.

De acuerdo al momento en que se notifica al sujeto activo del contrato se puede clasificar el derecho de tanteo, según Roca Sastre: "...en pre-adquisitivo y post-adquisitivo"⁷, dependiendo si se notifican las bases para contratar o si se notifica el contrato ya celebrado respectivamente; llamándose a dicho derecho en el primer caso como tanteo, y en el segundo caso como derecho de retracto, sin embargo, en la legislación civil guatemalteca no se encuentra regulada la figura del derecho de retracto o post-adquisitivo.

1.3. Derecho de tanteo en la legislación guatemalteca

Al tratarse el tema de la legislación guatemalteca relacionada con el derecho de tanteo, se hace referencia precisamente al elemento formal antes estudiado, el que también ha sido considerado como el marco normativo del derecho de tanteo; dentro del cual se pueden encontrar las situaciones en las que dicho derecho existe, las oportunidades de su ejercicio, el plazo de su ejercicio y los sujetos titulares de los mismos. Dicho marco normativo se encuentra conformado por el Código Civil en lo referente a los derechos reales de copropiedad, propiedad horizontal, hipotecas, derechos sucesorios, arrendamientos, contratos de obras, y otros; Código Procesal Civil y Mercantil principalmente en los juicios ejecutivos en la vía de apremio, y común, juicios colectivos, procesos voluntarios sucesorios; Código de Comercio, Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos y Ley de Propiedad Industrial en lo referente a las participaciones dentro de las sociedades, en la adquisición de acciones, el derecho patrimonial de

⁷ Roca Sastre, Ramón María, **Derecho hipotecario**, tomo 1, págs.250 a 253.

autor, y otras. De igual forma se presenta dicho derecho en el área pública, generalmente en la adquisición de bienes propiedad del Estado, sin embargo, por no ser el tema específico de la presente tesis, no son considerados para su estudio.

Como se ha establecido anteriormente, el presupuesto que se tiene en la presente tesis, es el derecho de tanteo proveniente de la enajenación de derechos de copropiedad sobre bienes inmuebles, de manera que se tomará mayoritariamente de referencia la normativa contenida en el Código Civil, Decreto-Ley 106.

1.4. Formas de constitución y situaciones en las que se contempla

Con relación a las formas de constitución del derecho de tanteo, se tiene presente que en varias legislaciones de otros países, mayoritariamente europeos, se regula que puede ser constituido por medio pacto principal entre las partes, como cláusula en un contrato o por medio de la legislación, variando en cada uno de esos casos su naturaleza jurídica, pues el tanteo convencional tiene una naturaleza jurídica personal, pero que puede ser transformada; en algunas legislaciones, en derecho real al momento en que dicho contrato es inscrito en el Registro General de la Propiedad o Inmobiliario.

En el caso particular de Guatemala, la legislación vigente a la presente fecha no regula nada relacionado con un derecho de tanteo convencional, únicamente lo establece en algunas situaciones particulares como un derecho que tiene una persona para ejercerlo y de esa forma adquirir con preferencia a otras un cierto bien patrimonial. De manera que en el Estado de Guatemala se encuadra al derecho de tanteo dentro de determinadas situaciones de hecho existentes y declaradas así por la normativa legal, la que también determina a qué sujeto corresponde la titularidad de dicho derecho.

Como se ha dicho, en Guatemala el derecho de tanteo se encuentra concedido por el marco jurídico para determinadas situaciones, de modo que se presentan muy brevemente unas de esas situaciones, siendo la primera, el supuesto de la presente tesis:

Código Civil en el Artículo 491, derecho de tanteo en la compraventa de derechos de copropiedad; Artículo 492, derecho de tanteo en la división de cosa común; Artículo 498, derecho de tanteo en explotación de bien común; Artículo 585, derecho de preferencia en aguas alumbradas; Artículo 832, derecho de preferencia en créditos hipotecarios; Artículo 849, 850, 851, derecho de tanteo a favor de acreedores en remate; Artículo 882, derecho de tanteo en la prenda común; Artículo 905, 907, derecho de tanteo en prenda industrial, agrícola y ganadera; Artículo 1480, derecho de tanteo en la novación; Artículo 1848, derecho de tanteo en rescisión de contrato de compraventa de bien inmueble; Artículo 865, preferencia en pago de cédulas hipotecarias; Artículo 1886, derecho de tanteo en arrendamiento. En el Código Procesal Civil y Mercantil: Artículo 316, derecho de tanteo en remate de juicio ejecutivo en vía de apremio; Artículo 319, preferencia en liquidación en juicio ejecutivo en vía de apremio; Artículo 515, derecho de tanteo en partición de herencia; Artículo 550, 552, preferencia en tercero excluyente de preferencia. En Código de Comercio: Artículo 34, preferencia en liquidación de capitales; Artículo 38 numeral 5, derecho por el tanto de adquirir capital de consocio; Artículo 105 numeral 2, preferencia en suscripción de acciones; Artículo 127, preferencia en adquirir nueva emisión de acciones; Artículo 330, preferencia en pago de comisión; Artículo 487, preferencia en el pago de letras de cambio plurales; Artículo 583, preferencia en debentures; Artículo 782, derecho de preferencia sobre frutos de bienes fideicometidos; Artículo 793, preferencia del fiduciario; Artículo 816, preferencia en consignación de bienes transportados. Ley de Garantías Mobiliarias: Artículo 5 y 6, derecho de tanteo en las garantías mobiliarias. Ley de Mercado de Valores y Mercancías: Artículo 73 literal j, prohibición de preferencia en suscripción de acciones en sociedades de inversión.

Los anteriores son, entre otros, ejemplos de situaciones en los cuales el marco jurídico guatemalteco regula lo relativo al derecho de tanteo o de preferencia adquisitiva, concediéndolo a uno u otro sujeto de los relacionados.

Dentro de todos los ejemplos dados anteriormente, resalta por lo contenido en la ley el Artículo 38 numeral quinto del Código de Comercio, que establece: 5º. Adquirir por el tanto la parte de capital del consocio. Resalta por el hecho de que el derecho del tanto, es la configuración que se utiliza para conjuntar en una sola figura el derecho de tanteo y el derecho de retracto.

Según indica el licenciado Ernesto Gutiérrez y González el derecho del tanto: "...subsume dos instituciones conocidas en Derecho español como Derechos de prelación: El derecho de tanteo y el derecho de retracto."⁸ Es decir, que dentro de la configuración estructural del derecho del tanto se contienen simultáneamente el derecho de tanteo y retracto, otorgando ambos derechos al titular del mismo. El derecho de retracto es definido por el mismo autor como un derecho de preferencia, que tiene una persona para la adquisición de una cosa cuando su dueño la ha enajenado, subrogándose en el lugar del comprador mediante la entrega del mismo precio que éste entregó, más los gastos que se le pudieran ocasionar. Según lo indicado anteriormente, para Roca Sastre el retracto cumple la función del derecho de preferencia de post-adquisición. De modo que se puede indicar, a tenor de lo establecido en el Artículo 38 del Código de Comercio, que dentro de la normativa mercantilista en Guatemala, referente a la suscripción de acciones, hay derecho de tanteo y de retracto.

Otra situación que es necesaria mencionar, es que el derecho de tanteo que regula el Código Procesal Civil y Mercantil, tiene una estructuración sustancial similar, pero la

⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, **El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad**, pág. 314

forma de su ejercicio y la garantía del mismo es distinta. Es decir, que la naturaleza del derecho de tanteo, tanto civil como procesal civil es la misma, pero varía la forma en la que debe ejercerse, pues, en la norma civil es una persona particular la que debe notificar el negocio que se pretende celebrar, pero en el proceso civil es un funcionario público, llámesele juez.

De igual forma, la omisión de la notificación en el ámbito plenamente civil otorga derechos al titular del derecho de tanteo a demandar la indemnización por daños y perjuicios, mientras que dicha omisión en un proceso civil es causal de una violación del procedimiento susceptible de nulidad, así como, violación al principio de legalidad y debido proceso, por no mencionar más, todo lo cual puede incluso sustentar una acción constitucional de amparo.

De manera que tanto en derecho civil como procesal civil la naturaleza del derecho de tanteo es la misma, pero su forma de ejercicio y garantía es distinta.

CAPÍTULO II

2. Naturaleza jurídica del derecho de tanteo

Como se expresa en el capítulo anterior, el derecho de tanteo no ha sido adecuadamente definido o conceptualizado por los tratadistas a lo largo del devenir histórico jurídico, tanto internacional como nacional, y de esa forma lo expresa Federico Puig Peña, quien indica: “Derechos cuya naturaleza jurídica se discute...^{2º}. *Derecho de tanteo*.- Campuzano niega la naturaleza real porque, si no se observa, queda convertido en derecho de retracto...”⁹; siendo necesario realizar dicha cita textual, para demostrarse la controversia que los grandes juristas han mantenido y aún mantienen en torno a la naturaleza jurídica del derecho de tanteo; no siendo el único que tiene por discutible la naturaleza jurídica del derecho de tanteo, sino que la doctrina se manifiesta en muchas ocasiones como indeterminada, y algunos otros, como el suizo Huber, el catalán Bosch Capdevila, Roca Sastre y otros, que lo consideran un derecho esencialmente personal, como lo dice claramente Roca Sastre.

De manera que el problema principal con relación al derecho de tanteo es la determinación de su naturaleza jurídica, que en el capítulo primero se presenta como un problema del género próximo, siendo realmente lo mismo, difiriendo únicamente en el punto de vista que se toma para el análisis, puesto que si se quiere definir o conceptualizar, es entonces género próximo, pero si se quiere estudiar su estructura jurídica se le llama naturaleza jurídica, que es lo mismo que la composición metafísica del derecho del tanteo (desde un punto de vista filosófico).

⁹ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**. Vol. II, pág. 38

2.1 Prolegómenos

En el presente capítulo se determina el aspecto metafísico del derecho de tanteo, contrastado con su normación gnoseológica, para lo que se procede a explicar someramente el sistema tríadico de la filosofía: metafísica, ontología y gnoseología.

La metafísica es el tratado de la filosofía que tiene como objeto de estudio el ser de los entes, es decir, que estudia la composición básica de una institución, lo que una institución en particular es.

La ontología es el tratado de la filosofía que tiene como objeto de estudio al ser en su ente, es decir, que estudia la forma en la que una institución dada se manifiesta, analiza las características y consecuencias de una institución en relación con su esencia, estudia la forma del ser.

La gnoseología es el tratado de la filosofía que tiene como objeto de estudio el conocimiento, y que en el derecho se conforma por la legislación, porque no estudia al ser, ni al ente, sino que busca regularlo, es decir, estudia el deber ser.

En el presente caso, con el ámbito metafísico del derecho de tanteo se determina su naturaleza jurídica, con el ámbito ontológico que se concretan sus características y consecuencias por la determinación de su naturaleza jurídica, y con el ámbito gnoseológico se analiza el marco normativo que lo regula, en contraste con su esencia y caracteres.

El objetivo es precisamente determinar la naturaleza jurídica del derecho de tanteo, a efecto de poder puntualizar sus caracteres y sus consecuencias específicas, mayormente en relación con el Registro General de la Propiedad, de manera que a continuación se desarrollan en su forma esencial las distintas teorías sobre los derechos personales, reales y los derechos intermedios, como los *propter rem*, *reales in faciendo*, *iura ad rem* y otros, a efecto de poder determinar cuál es la naturaleza jurídica del derecho de tanteo en el marco normativo guatemalteco, y de esa forma lograr la postulación de una conceptualización integral del mismo, teniendo presente que alguna de dichas categorías (derecho personal o real) corresponde al concepto superior del derecho de tanteo, del que hace mención Puchta, quien dice que todo concepto tiene una escala o concepto clase al que pertenece, pudiéndose predicar del inferior los mismos aspectos esencial del superior.

Derechos personales: también conocidos como derechos de crédito, obligaciones personales y otras, que pueden ser definidos como la necesidad jurídica que tiene una persona denominada deudor, de cumplir a favor de otra persona, denominada acreedor, que le puede exigir, una prestación de carácter patrimonial, pecuniaria o moral.

Según Giorgianni, citado por Aguilar Guerra, el derecho personal: “es aquella relación jurídica en virtud de la que una persona determinada, llamada deudor, está vinculada a un comportamiento valorable para satisfacer un interés aunque no sea patrimonial de otra persona determinada, llamada acreedor, que tiene derecho al cumplimiento por parte de la primera.”¹⁰ Definición que corresponde directamente con el contenido que dentro de la legislación guatemalteca se tiene como derecho de obligaciones.

¹⁰ Aguilar Guerra, Vladimir Osman, **Derecho de obligaciones**, pág. 30

De igual forma resulta adecuado definir el término de obligación, sobre la cual indica Von Thur, citado por Alfonso Brañas, que es: “la relación jurídica establecida entre dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, -el deudor, deudor se constituye en el deber de entregar a la otra-acreedor, creditor- una prestación.”¹¹ En el mismo sentido cita a Ruggiero, quien establece que es la relación jurídica en virtud de la cual una persona (deudor) debe una determinada prestación a otra (acreedor), que tiene la facultad de exigirla, constriñendo a la primera a satisfacerla. De forma simplificada indica Aguilar Guerra sobre la obligación que esta es, por tanto, una concreta correlación existente entre dos posiciones o situaciones: una de poder jurídico o posición acreedora y otra de deber jurídico o posición deudora.

Etimológicamente, la palabra obligación proviene del latín: obligatio, que a su vez se genera de ob- ligare: atar alrededor, atar con una cuerda arrollada alrededor del deudor. Como vinculum, cadena metálica, hacen referencia a una sujeción física. La obligación aparece unida a la idea de ligar o atar a alguien, y con ella, a la de restricción de la libertad del obligado: restricción de libertad física en su fase más primitiva, y restricción a la libertad jurídica, moral o social en la actualidad. Según esto, el obligado no es libre jurídicamente de hacer lo que quiera, sino que debe observar la conducta que es objeto de la obligación. Como se puede apreciar, la obligación consiste en un vínculo existente entre un acreedor y un deudor, consistente precisamente en que el polo deudor de la relación jurídica obligatoria realice o no, una determinada conducta, a esa conducta se le conoce como prestación, que generalmente es de carácter patrimonial. De manera que el objeto del derecho de crédito o personal es la prestación.

En el presente apartado se analizan separadamente los elementos nucleares que conforman la relación jurídica obligatoria, desarrollándose en el apartado de obligación

¹¹ Brañas, Alfonso, **Manual de derecho civil**, pág. 262

personal el elemento subjetivo, y en el objeto de la obligación personal, el elemento material u objetivo de dicha relación.

1) Obligación personal y su elemento subjetivo. Como toda relación jurídica, la relación obligatoria presupone la intersubjetividad de las personas, la que implica una interacción de distintos intereses que han sido debidamente identificados por los sujetos de la relación, es decir, que implica una determinación total de los sujetos que participan en la relación jurídica obligatoria, no pudiendo de ninguna forma existir una relación jurídica obligatoria con sujetos indeterminados.

La relación obligatoria es siempre una relación entre personas, al menos entre dos personas, una de las cuales se coloca en una posición de deber (deudor) y otra en una posición de poder (acreedor, el titular del derecho de crédito). Cada una de estas posiciones se denomina parte, de manera que en la relación obligatoria siempre hay dos partes: la activa o acreedora y la pasiva o deudora. Así, la idea de parte no es sino la determinación de un polo o centro de exigibilidad del deber de prestación (lado pasivo o deudor) o de atribución de los diversos derechos y facultades (y cargas) en que consiste el derecho de crédito (polo activo o acreedor).

Como se puede apreciar, en la relación obligatoria necesariamente existen dos polos, uno acreedor y otro deudor.

2) Objeto de la obligación personal o elemento objetivo. Como se ha indicado anteriormente, el objeto propio del derecho personal o de crédito es la prestación, la que puede ser clasificada como una facultad sobre la conducta ajena (*facultas exigendi*), y dentro de esta clasificación como concedente de una *facultas agendi* (de hacer), *omittendi* (de no hacer).

La prestación como objeto propio del derecho personal es, generalmente, de carácter patrimonial, consistiendo en un comportamiento debido y exigible; la que también puede ser definida, según Aguilar Guerra, como “la programación ideal o intelectual de un acontecimiento que se aspira que sea realidad en un momento posterior.”¹², y no que únicamente se espera, sino que también puede obligarse a que se cumpla.

Los caracteres de la prestación son los siguientes: a) debe ser posible, b) lícita, c) determinada o al menos determinable, y d) patrimonial.

Conforme a los comportamientos que devienen exigibles por la relación jurídica obligatoria pueden ser clasificadas como obligaciones positivas y negativas. Las positivas están conformadas por las que facultan a la exigencia de un hacer o un dar, y las negativas imponen un deber de abstención al polo pasivo de la relación.

3) Exigibilidad de la obligación personal. La exigibilidad de una relación jurídica obligatoria viene dada de la clasificación clásica de derechos relativos y derechos absolutos; siendo los derechos relativos los incumben a uno o a varios sujetos, individualmente determinados; absolutos, cuando el deber correlativo es una obligación universal de respeto, es decir, dirigida a la colectividad. Los derechos relativos se hacen valer frente a una persona o personas que son determinadas y que dichos derechos relativos corresponden directamente con los derechos de crédito o personales, como lo ratifica De Castro Vítors, quien indica que “la oponibilidad del derecho de crédito es similar a la de un derecho relativo: únicamente contra sujeto determinado.”¹³

¹² Aguilar Guerra, Vladimir Osman, **Ob. Cit.**, pág. 97

¹³ De Castro Vítors, Germán, **Obligaciones reales**, pág. 312

La exigibilidad es lo mismo que la oponibilidad, la que en el caso de los derechos personales es debida únicamente *inter partes* y no *erga omnes* como el derecho real, de allí que es necesario la debida identificación de los sujetos que forman parte de la relación jurídica obligatoria. La oponibilidad de un derecho de crédito se fundamenta en una exacta coincidencia entre los sujetos titulares del derecho y de la deuda, de allí que se hable de legitimación material, que se divide en legitimación activa y legitimación pasiva.

Por legitimación activa se entiende la identidad del titular del derecho de crédito, es decir, que está conformada por el acreedor de la relación obligatoria personal, que es quien tiene el poder de exigir, incluso procesalmente el cumplimiento de la prestación por parte del deudor.

La legitimación pasiva es similar a la activa, siendo distinta en que se conforma por el sujeto titular de la deuda, ya no de la obligación, y es quien tiene el deber jurídico de cumplir con una prestación que le puede ser exigida, incluso por vía judicial. Ahora bien, lo verdaderamente relevante de la legitimación pasiva en el derecho personal es que únicamente en un derecho personal hay una persona determinada como obligada al cumplimiento de una prestación concreta, es decir, que la obligación personal no se puede hacer valer frente a cualquier persona, sino que, debe hacerse valer necesariamente y solamente en contra de una persona específica, y esa individualización subjetiva es tan importante que incluso se han creado figuras procesales para asegurar dicha individualización, verbigracia, la excepción de falta de personalidad en el demandado.

Resumiendo todo lo anterior, el derecho personal o de crédito es una relación jurídica existente entre dos polos conformados por sujetos debidamente individualizados, en la que el polo acreedor tiene la facultad de exigir únicamente en contra del polo deudor

(oponibilidad *inter partes*) el cumplimiento de una prestación debida, exigible y de carácter patrimonial.

Derechos reales: como magistralmente expone Hans Hattenhauer, hay una relación directa entre la cosa y el bien, mas no por ello una confusión, puesto que cosa es toda *res* o como el mismo la define: "...todo ente que tiene una existencia concreta o abstracta, mas sin embargo, el bien es una cosa en cuanto ésta puede ser o es susceptible de apropiación y valoración patrimonial" ¹⁴. Es decir, que la cosa es preexistente al bien, pero que se convierte en bien al momento en que entra en relación con un sujeto de derechos.

De igual forma, la cosa es definida como todo objeto que existe en el mundo exterior y se halla fuera de nosotros. Estableciendo nuestro Código Civil en el Artículo 442 sobre los bienes lo siguiente: "Los bienes son las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, y se clasifican en inmuebles y muebles."

En apariencia la legislación sigue lo expuesto por Hattenhauer, sin embargo, dentro del mismo cuerpo del Código Civil, se utilizan ambos conceptos para referirse a los bienes, es decir, que cuando se mencionan cosas se les debe entender como bienes, a excepción única del Artículo 442 citado.

El concepto de derechos reales es definido de varias formas según el aspecto que se resalte de ellos, de dicha cuenta se presentan las siguientes definiciones: según Puig Peña: "...cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata que puede ser invocada contra

¹⁴ Hattenhauer, Hans, **Conceptos fundamentales del derecho civil: Introducción histórico-dogmática**. pág. 41

cualquier otra.”¹⁵ Esto según la escuela clásica, siendo la nota distintiva la inmediatividad con la cosa, tal cual lo enuncia su definición tradicional, que indica que los derechos reales son los que otorgaban a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa.

De acuerdo a la tesis monista expuesta por Gutiérrez y González, los derechos reales deben ser considerados como: “...una relación jurídica establecida entre una persona, como sujeto activo, y todas las otras, como sujetos pasivos. Esta relación es de orden obligatorio, es decir, que tiene la misma naturaleza que las obligaciones propiamente dichas...”¹⁶ La nota distintiva de esta definición es la absolutividad del derecho real.

La teoría ecléctica postula sobre el derecho real la conjunción de la inmediatividad con la absolutividad, indicado que es “...el que concede a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa, que puede ser ejercitado y hecho valer frente a todos.”¹⁷ Siendo de esa forma como los define Roca Sastre, citado por Puig Peña.

Existen, al menos, dos criterios acerca de la distinción conceptual entre derechos reales y personales: el histórico y el filosófico – jurídico. En el derecho romano primitivo era imposible encontrar esta diferencia, ya que originalmente el derecho fue un poder, el del *pater familias*, que ejercía sobre todas las personas y cosas sometidas a su *mancipium*, sobre las cuales era soberano. Recién en una etapa muy posterior puede encontrarse la distinción conceptual entre derechos personales y reales, cuando se reemplaza la vinculación o atadura persona del deudor por la de sus bienes, pasándose de la ejecución personal a la ejecución patrimonial.

¹⁵ *Ibíd.*, pág. 146

¹⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, **Ob. Cit.**, pág. 157

¹⁷ Puig Peña, Federico, **Ob. Cit.**, pág. 19

Los derechos reales brotaron no sistemáticamente, sino empíricamente, de acuerdo con las necesidades socioeconómicas, y lo que los caracterizó fue que se les fue concediendo una *actio in rem* (*vindicatio*) con una progresiva extensión *erga omnes*, que en los comienzos sólo se concebía para el dominio o propiedad.

Los primeros de esos derechos fueron las servidumbres rústicas, luego las urbanas. Después siguieron el usufructo y el uso, los derechos de *habitatio* y *operae servorum*, etc. Del derecho honorario se origina la enfiteusis, como así también las superficies. También de origen honorario, provienen los derechos reales de prenda e hipoteca, consideradas como de garantía.

Las expresiones *ius in rem* – *ius in personam* no aparecen en los textos romanos, sino que se les encuentra por primera vez en el *Brachilogus iuris civilis* o *corpus legum*, redactado entre los siglos X y XII. Fueron los glosadores y postglosadores quienes, sobre la base de que las acciones eran los medios procesales para tutelar los derechos concluyeron que los derechos protegidos por las acciones *in rem* y por las acciones *in personam* eran los *ius in rem* y los *ius in personam*, respectivamente.

La posterior historia sobre los derechos reales y su conceptualización, se estudia con el desarrollo de las distintas escuelas.

El contenido de manera sintética del derecho real ha sido considerado de distinta forma por cada una de las escuelas que han estudiado los derechos reales. Siguiendo a Puig Peña se puede indicar que el contenido primordial del derecho real para la escuela clásica era la inmediatividad que el sujeto titular del mismo tenía con respecto de la cosa; para la escuela monista obligacional lo fue la absolutividad que el sujeto titular podía reclamar frente a la universalidad de las personas; según Giorgianni es la

inherencia, entendida ésta como la vinculación con la cosa no necesitando de inmediatez con la misma; según Thon, la del efecto reflejo de la norma, entendido como las consecuencias de las prohibiciones impuestas por la ley a cualquier persona, excepto al titular del derecho. De esa forma se puede apreciar que los derechos reales tienen un contenido que no ha sido precisado uniformemente por la doctrina, pudiéndose decir que su contenido varía según la postura de cada legislación, entre la inmediatividad, absolutividad, inherencia y el efecto reflejo de la norma.

Los derechos reales han sido configurados históricamente en torno al derecho real de propiedad, de modo que se presenta una breve definición del mismo y una enunciación de las potestades que otorga a su titular. Con respecto al elemento subjetivo de los derechos reales, es necesario indicar que el titular del derecho real es generalmente determinado y siguiendo la escuela monista personalista, se indica que el sujeto pasivo de la relación lo es la universalidad.

Al haberse estudiado de forma concreta lo que debe entenderse por derechos reales en cuanto a sus notas distintivas, se exponen a continuación algunas instituciones cuya relación al tema del derecho de tanteo es vital, por no decir inmanente, pues dentro de las relaciones del derecho de tanteo se mantiene como motivo, o fin.

a) Propiedad. La propiedad es el derecho real absoluto por excelencia, pues manifiesta todos los caracteres ideales de ellos, siendo definido como la facultad legítima de gozar y disponer de una cosa con exclusión del ajeno arbitrio y de reclamar su devolución cuando se encuentra indebidamente en poder de otro. O como "...el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes."¹⁸. En ese sentido es el derecho real más amplio, pues

¹⁸ Brañas, Cesar, **Ob. Cit.**, pág. 199

conlleva la facultad de usar, gozar y disponer de las cosas, dentro del sistema jurídico positivo de limitaciones y modalidades impuestas por el legislador de cada época, y en cada Estado determinado.

Según la legislación guatemalteca, particularmente el Artículo 464 del Código Civil, la propiedad es: el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes.

De esa cuenta el ordenamiento jurídico guatemalteco sigue la postura moderna sobre el derecho de propiedad, al indicar que no puede ser un derecho absoluto, sino que debe encontrar ciertas limitaciones, tal como lo indica el profesor Flores Juárez, y cuyo criterio es seguido por la Corte de Constitucionalidad, la que al respecto del Artículo 32 de la Constitución Política de la República de Guatemala a sentado jurisprudencia en el sentido de que no es propio de la vida en sociedad el ejercicio absoluto de este derecho. Tal afirmación encuentra también asidero en el principio que la misma Constitución recoge en el Artículo 44, de que el interés social prevalece sobre el particular. Ello conforme a sentencia 06-03-2001, expediente número 454-00, publicado en la gaceta número 59, página número 550; sentencia 28-06-2000, expediente número 343-00, publicado en la gaceta número 56, página número 684; y sentencia 26-09-1996, expediente número 305-95, publicado en la gaceta número 41, página número 36. Por limitación a la propiedad debe entenderse de acuerdo a Gutiérrez y González como: "...la carga positiva, o bien la abstención, que el legislador de cierta época, impone a los titulares de derechos, a efecto de que no los ejerciten contra el interés de otros particulares o bien contra el interés general."¹⁹

¹⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, **Ob. Cit.**, pág. 203

Los caracteres que usualmente se atribuyen al derecho de propiedad son los de ser un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, ello según la teoría ecléctica que domina en la legislación civil. Sin embargo, la Constitución Política de la República, le agrega un carácter aún más importante, el de ser un derecho humano individual, ello es debido a que el derecho de propiedad se encuentra consagrado en la parte de los derechos humanos individuales que regula la Constitución, lo que implica una inherencia de la propiedad en la estructura valorativa del ser humano.

El Artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece lo siguiente: Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo a la ley. Sin embargo, la inherencia a la que hace referencia la Constitución no debe ser entendida como la inherencia a la que alude la teoría de Giorgianni, pues la teoría referida postula la inherencia como el contenido propiamente del derecho real, en tanto que la Constitución establece la inherencia como condicionante a la estructura de la persona, no del derecho real, pues claramente indica el Artículo citado: derecho inherente a la persona humana, no al derecho real.

Según Puig Peña, los caracteres fundamentales de todo derecho real y primordialmente el derecho de propiedad son la indeterminación del sujeto pasivo y, a veces, la del activo; la corporeidad de la cosa; la singularidad de su adquisición; el escaso poderío creador de la voluntad; derecho de preferencia y persecución; posibilidad de abandono y la duración ilimitada del mismo, siendo en base a esos caracteres que se particulariza dicha figura jurídica.

Los poderes o derechos que confiere la propiedad a su titular son los siguientes:

- Usar la cosa (ius utendi)

- Percibir los frutos (fruendi)
- Poseer (possidendi)
- Enajenar (alienandi)
- Disponer (disponendi)
- Reivindicar (vindicandi)
- Y según el derecho romano, el de abusar (abutendi), el que no se encuentra contenido en la legislación.

Como se puede apreciar, el derecho de disponer se encuentra consagrado en la Constitución Política de la República, por lo que dicho derecho no puede ser impedido bajo ningún modo, a menos en base a lo establecido en la ley.

Dentro de las características que tienen los derechos reales, es necesario hacer hincapié en la reivindicación que estos admiten, por lo que se cita a Puig Peña, quien indica sobre el mismo que "...como su nombre lo indica, permite al titular perseguir la cosa objeto de su derecho por medio de acciones reales...dirigidas contra cualquiera que la tenga en su posesión, excepto en el caso de que el legislador paralice su ejercicio..."²⁰ Es decir, que el derecho real permite exigir de aquel que no es el legítimo titular del mismo su restitución.

En contraposición a los poderes o derechos que provienen de la propiedad, se ubican las prohibiciones o limitaciones, que son fijadas conforme a dos categorías, de acuerdo a Gutiérrez y González son las siguientes: a) en beneficio de los particulares, las que incluyen: limitación al derecho de construir, al derecho de plantar, al derecho de vista, y servidumbres (de desagüe, de acueducto y de paso); y b) en beneficio de la sociedad, que incluyen; limitaciones al abuso de poder y al derecho de construir, dependiendo del

²⁰ Puig Peña, Federico, **Ob. Cit.**, pág. 26

territorio. Y es en base a las referidas limitaciones que se debe ejercer legítimamente el derecho real, no siendo una de dichas limitaciones el derecho de tanteo, por lo que el no ejercicio del derecho de tanteo no impide la disposición que sobre un bien inmueble se desee realizar.

b) Copropiedad. La copropiedad es un régimen especial que parte precisamente de la propiedad, siendo precisamente por ello que manifiestas sus mismos poderes, aunque muestra algunas variantes que son las que se exponen, pero antes se define a la copropiedad de acuerdo a Ossorio, como: “Derecho real de propiedad, que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble. En el condominio cada condómino puede enajenar su parte indivisa, y sus acreedores pueden hacerla embargar y vender antes de hacer la división entre los comuneros...”²¹ De dicha cuenta se indica que hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenece sin división material de partes, a varias personas.

El Artículo 485 del Código Civil indica que hay copropiedad cuando un bien o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. La pro indivisión implica una propiedad común sobre una cosa, sin que la misma haya sido dividida en partes para cada uno de sus copropietarios.

Los elementos que conforman a la copropiedad, y que precisamente la diferencian de la propiedad son los siguientes:

- a) Pluralidad de sujetos titulares del derecho real de propiedad.
- b) Unidad física del objeto.
- c) Cuotas ideales, cuotas partes, o partes indivisas o pro indiviso a cada propietario.

²¹ Ossorio, Manuel, **Ob. Cit.**, pág. 148

Dentro del régimen especial de copropiedad se manifiestan las siguientes variantes en cuanto a los poderes que la propiedad confiere:

Usar la cosa (*ius utendi*). El uso de la cosa debe ser conforme a lo establecido previamente por los comuneros y respetando siempre la naturaleza de la cosa y los derechos de los otros copropietarios, según lo indica el Artículo 487 del Código Civil, cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copropietarios usarla según su derecho.

Percibir los frutos (*fructu*). La percepción de frutos debe ir de acuerdo a la participación de cada uno de los condueños, de tal manera que quien perciba más beneficios, perciba iguales cargas. De esa forma lo establece el Artículo 486 del Código Civil y el 491, establece que todo condueño tiene la plena propiedad de la parte alícuota que el corresponde y al de sus frutos.

Poseer (*possidendi*). La posesión de la cosa se encuentra regulada igualmente en el Artículo 487 del Código Civil que establece lo relativo al uso, implicando el debido respeto al derecho ajeno, de igual forma se regula dicho poder o derecho conforme al derecho de acotamiento de tierras que asiste a cada condueño, como lo establece el Artículo 496 y 491 del mismo cuerpo legal.

Enajenar (*alienandi*). La enajenación de derechos de copropiedad es precisamente uno de los puntos medulares de la presente tesis, de esa razón se expone sobre la enajenación que todo copropietario tiene derecho a vender su derecho, como lo indica el Artículo 491 del Código Civil de que todo condueño tiene la plena propiedad de la parte alícuota que el corresponde y al de sus frutos y utilidades, pudiendo, en

consecuencia, enajenarla, cederla o gravarla y aun ceder únicamente su aprovechamiento, salvo si se tratare de derecho personal. En la parte primera de este Artículo se encuentra la fundamentación legal a toda compraventa de derechos de copropiedad sobre cualquier bien, sin embargo, dicha enajenación se encuentra regulada con una fase previa, que no existe para los demás casos de compraventa, como lo es el previo aviso a los copropietarios para el ejercicio del derecho de tanteo. La segunda parte del Artículo citado establece que los condueños gozan del derecho de tanteo que podrán ejercitar dentro de los 15 días siguientes de haber sido notificados del contrato que se pretende celebrar. De modo que como se puede percibir, el derecho o potestad de enajenar derechos en copropiedad implica el posible ejercicio del derecho de tanteo de los copropietarios, de acuerdo a los momentos que se ya han sido establecidos con anterioridad.

Disponer (*disponendi*). Como se ha indicado, para la disposición en el derecho de copropiedad debe existir acuerdo entre los copropietarios, ello se aduce a tenor de lo regulado por el Artículo 490 del Código Civil, para la administración del bien común, serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes, que representen por lo menos las dos terceras partes del valor total de la cosa.

Reivindicar (*vindicandi*). La reivindicación de la cosa que es objeto de copropiedad no presenta mayor conflicto que el de la propiedad, puesto que cualquiera o todos ellos en conjunto pueden ejercitar la acción de reivindicación que corresponda.

Según el derecho romano, el de abusar (*abutendi*), el que en el caso particular del derecho de copropiedad implicaría colocar en desventaja o causar perjuicios a los otros copropietarios, lo que connotaría una posible acción procesal en contra del copropietario culpable.

Habiéndose expuesto lo particular a ciertas instituciones del derecho privado con relación íntima al derecho de tanteo, procede establecer de forma más precisa cuál es el objeto propiamente del derecho real, el que es el bien sobre el cual recae o sobre el que se tiene la titularidad del mismo, es decir, que el objeto del derecho real viene a ser directamente el bien afectado por el derecho, ya sea un bien corporal o incorporeal, fungible o no fungible, consumible o no consumible, divisible o indivisible, presente o futuro, mueble o inmueble, singular o compuesto, principal o accesorio, y cualesquiera otros que haya y que sean propiamente susceptibles de ser apropiados.

En cuanto a la exigibilidad del derecho real se puede expresar claramente que es esta una de las principales diferencias que existe con los derechos personales, puesto que los derechos reales tienen una oponibilidad *erga omnes*, frente a todos. Para ello se sigue al doctor De Castro Vítors, quien indica que “el derecho real, al vincular una cosa a su titular, tiene la protección característica de los derechos absolutos. La inherencia del poder implica reipersecutoriedad, el titular puede exigir respeto a la integridad de sus facultades en la cosa allí donde se encuentre, con independencia de quienes la posean o ejerzan influencia sobre ella, y de su buena o mala fe. Se trata de un derecho eficaz u oponible *erga omnes*...la idea de oponibilidad *erga omnes* suele reservarse para describir al derecho real, que, al colocar la cosa en el patrimonio del titular, requiere sólo para su protección asegurar la exclusión y no interferencia de los demás. Esta oponibilidad tiene como referencia la cosa misma y, por tanto, aunque en un momento dado, en caso de conflicto y concurrencia, hayan de utilizarse criterios de preferencia y prioridad que bloquean la eficacia de unos derechos en beneficio de otros, tiene un alcance siempre más largo que el derecho personal, cuyo objeto es la conducta del deudor y no la cosa que eventualmente estuviere obligado a proporcionar. La protección del crédito ha de montarse básicamente *erga debitorem*...”²² En palabras sumarias, un derecho real es necesariamente oponible frente a toda la colectividad

²² De Castro Vítors, German, **Ob. Cit.**, pág. 28 a 30

social, y no únicamente frente a un sujeto determinado, como en el caso de los derechos personales, en los que el sujeto obligado está claramente identificado.

La reipersecutoriedad a que se hace referencia es lo mismo que el derecho de reivindicar la cosa como poder inmanente a los derechos reales.

Ahora bien, conforme a la teoría monista personalista, el derecho real al ser considerado como una relación obligatoria con sujeto pasivo absoluto o universal, se encasilla la legitimación para la oponibilidad de la siguiente manera: La legitimación activa la tiene indiscutiblemente el titular del derecho real, que es la persona que posee el derecho *per se*, sin embargo, la novedad respecto de dicha teoría se presenta con relación a la legitimación pasiva, que según la referida teoría se encuentra a cargo de toda la sociedad, pues cada uno de sus miembros obtiene la función del sujeto pasivo universal, con una obligación negativa de no hacer frente al derecho positivo del titular. Dicha teoría es la que más aplicación tiene con respecto a las *acciones in rem*, sin embargo, no es del todo admitida por la doctrina general, pues teorías como la clásica indican que no hay relación jurídica entre otros sujetos, únicamente una relación de poder o dominio que existe entre el titular del derecho con el bien sobre el cual recae dicho derecho, obviando de esa forma el pronunciamiento sobre los demás sujetos de la sociedad.

2.2. Teorías sobre los derechos personales y reales

Los derechos personales y reales tienen una diferenciación radical de contenido, y es debido a ello que han surgido en el devenir histórico distintas escuelas que han intentado determinar lo más exactamente posible los caracteres de cada una de esas categorías y de remarcar las diferencias que distan entre ambas. De modo que en el presente apartado se procede a explicar los postulados de esas escuelas, tratando de

indicar los caracteres y diferencias que cada una de ellas atribuyen a los derechos personales y los reales, siguiéndose para ello lo indicado por Gutiérrez y González y Puig Peña.

1) Escuela Clásica: la escuela clásica presenta una división dual entre derechos personales y reales, de tal forma que los divide absolutamente, postulando para cada categoría caracteres distintos, definiendo a los derechos reales como aquellos que otorgan a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa, siendo el contenido del derecho real la inmediatividad, elemento que no posee un derecho de crédito, puesto que un derecho de crédito posee un poder no inmediato y no sobre una cosa sino sobre una conducta. De modo que el derecho real es inmediato sobre una cosa, y el personal no es inmediato y lo es sobre una conducta. Por inmediatividad debe comprenderse que implica que el titular del derecho real o *ius in re* puede moverse él solo respecto de aquella relación, teniendo un poderío absoluto con caracteres de monopolio. Esa inmediatividad puede ser absoluta como en la propiedad, o limitada como en todos los demás derechos reales.

Según esta escuela los postulados de los derechos reales son los siguientes:

a) Se forma por un sujeto titular del derecho, una cosa u objeto de ese derecho y la relación inmediata existente entre la persona y la cosa; confiriendo a su titular derechos de persecución y de preferencia. Siendo su característica esencial precisamente la inmediatividad a que se ha hecho referencia.

b) Los postulados del derecho personal se presentan de la manera que sigue: Se conforma por un sujeto activo o acreedor, un sujeto pasivo o deudor, una relación que los une, y el objeto del derecho, que es la prestación.

Según lo indicado, se consideran según la escuela clásica como diferencias entre el derecho personal y el real, las siguientes:

El derecho real sitúa a su titular frente a una cosa, el derecho de crédito, por el contrario, puede tender a la adquisición de una cosa, pero su titular debe dirigirse a una persona cuya intermediación le es necesaria para obtener la cosa.

El objeto del derecho real es una cosa, en tanto que el derecho de crédito recae indistintamente sobre la prestación de una cosa, sobre un acto positivo o una abstención. Aún en el primer caso, puede el derecho de crédito referirse a una cosa simplemente determinada en género; en cambio para que una cosa sea objeto de un derecho real, debe estar rigurosamente individualizada.

El derecho real es absoluto, en el sentido que es oponible a todos, en tanto que el derecho de crédito esencialmente es relativo; no poniendo en movimiento nunca sino al deudor.

Esta cuarta diferencia produce consecuencias en cuanto al procedimiento; el titular de un derecho real provisto de una acción real, no sabe previamente contra quien ejercerá su prerrogativa; la hará valer contra cualquiera que trate de perturbarlo en ella, el titular del derecho de crédito si conoce con anterioridad a su adversario, el cual es el deudor; por ello se califica como personal la acción que sanciona la obligación.

Siguiendo a Aguilar Guerra, las diferencias fundamentales entre los derechos reales y personales se pueden comprender de la siguiente manera: "a) La primera distinción entre derecho de obligación o de crédito y el derecho real es que este último supone un

poder directo e inmediato de una persona sobre una cosa...mientras que los derechos de crédito o de obligaciones no recaen directamente sobre cosas, sino sobre una conducta o un acto del deudor (la prestación), que constituye su objeto. b) Además, el derecho de crédito es un derecho relativo frente al carácter absoluto e inmediato que se predica, en la teoría clásica, de los derechos reales, es decir, son ejercitables *erga omnes* (deber universal). La relatividad del derecho de crédito significa que sólo se puede ejercer frente a uno o varios sujetos determinados...ejercitable *erga debitorem*...Por otro lado, los derechos reales son derechos susceptibles de posesión y, por tanto, de adquisición originaria, extremo que no sucede en los derechos de crédito. c) Otra marcada diferencia entre el derecho real y el de obligaciones se revela en la forma y tiempo durante el cual uno y otro satisfacen el interés del titular del derecho. Los derechos reales nacen, en principio, con carácter de estabilidad y permanencia...en cambio los derechos de obligación nacen condenados necesariamente a extinguirse, llevan en sí el germen de la muerte..."²³ Siendo esos aspectos los esenciales sobre los cuales se debe orientar la determinación de la naturaleza jurídica, género próximo o esencia de un derecho, siendo en el presente caso el derecho de tanteo.

Los postulados de la escuela clásica fueron duramente criticados por Windscheid en su libro de las Pandectas, puesto que formulo preguntas fundamentales que hicieron tambalear la postura de dicha escuela. Las críticas que se formularon en su contra fueron en relación a los derechos reales, sobre la posibilidad lógica de la existencia de una relación jurídica entre el hombre y la cosa, estableciendo de esa forma la imposibilidad de la cosa para ser titular de una relación jurídica, indicando, que la relación entre el hombre con la cosa es una relación material, muy estimable y económica, pero no es nunca una relación jurídica, por no haber una correspondencia subjetiva en el objeto del derecho. A partir de dicha crítica surgieron nuevas escuelas, principalmente impulsándose la tesis monista obligacionista o personal.

²³ Aguilar Guerra, Vladimir Osman, **Ob. Cit.**, pág. 20 a 22

2) Escuela Monista: la escuela monista propugna una similitud entre los derechos personales y reales, al punto que busca la eliminación de sus diferencias, estableciendo de esa forma caracteres que son aplicables a ambas categorías bajo una sola de ellas, es decir, que busca la inclusión del derecho personal en el real (tesis objetiva) o la inclusión del derecho real en el personal (tesis obligacionista o personalista), de manera que se generaron dos postulados radicalmente opuestos, pero unidos en la consecución de la generalización categórica de ambas instituciones, a lo que se le conoce como escuela monista.

a) Tesis personalista u obligacionista: la tesis obligacionista busca precisamente encausar los derechos reales dentro de la definición de derechos personales, para lo cual establece sobre los derechos reales lo mismo que para la idea general del derecho: la obligación de otro. Los derechos reales son definidos conforme a esta tesis, de acuerdo a Planiol y Ripert como "...una relación jurídica establecida entre una persona, como sujeto activo, y todas las otras, como sujetos pasivos. Esta relación es de orden obligatorio, es decir, que tiene la misma naturaleza que las obligaciones propiamente dichas. La obligación impuesta a todos, menos al titular del derecho, es puramente negativa; ella consiste en abstenerse de todo lo que pueda perturbar la posesión pacífica que la ley asegura a éste último..."²⁴ Definición en base a la cual los derechos reales pasan a ser considerados en relación a todos los ciudadanos, imponiéndoles el deber de abstención, es decir, que deben al titular del derecho real una prestación negativa de no hacer, generándose de esa forma un sujeto pasivo simple (legitimación activa) y representado por una sola persona, mientras que el sujeto pasivo es ilimitado en su número. De modo que según esta teoría sustentada por Windscheid, Aubry, Rau y otros, se postula como rasgo esencial del derecho real la absolutividad, mediante una relación pasiva universal. Esta teoría fue seguida en Francia por Planiol y Ripert, y en Italia por Ferrara, quienes crearon la figura del sujeto

²⁴ Planiol y Ripert, **Tratado práctico de derecho civil francés**, Tomo III, pág. 44

pasivo universal, en quien se encuentra la legitimación pasiva, pero de forma indeterminada.

Sin embargo, ésta tesis no ha sido acogida de forma general por la doctrina, mucho menos por las legislaciones, puesto que si realmente existe una relación igualitaria entre derechos reales y personales tendría que computarse en el pasivo del patrimonio del supuesto deudor la carga del derecho real ajeno, lo cual resulta imposible.

b) Tesis objetiva: conforme a la teoría monista objetivista, se llega a negar la existencia de los denominados derechos personales, al decirse que dichos derechos consisten en el nexo que se da entre el titular del derecho con el patrimonio del deudor; llegándose al extremo opuesto de la teoría monista personalista.

Hoy día la obligación se ha despersonalizado, para objetivarse, puesto que no interesa ya la persona del deudor, ni la del acreedor, sino que únicamente interesa que se cumpla con la prestación, entendida como un derecho de bienes sobre bienes.

Lo que interesa según esta tesis es que en el derecho personal haya un patrimonio solvente, sin tomar en cuenta quién sea su titular; interesa sólo que la prestación se cumpla sin interesar la persona del que debe cumplir, puesto que los sujetos de la obligación pueden cambiar ya sea por cesión de derechos, subrogación o transmisión de deudas, sin que ello implique la extinción de la relación jurídica. Ello debido a que el cumplimiento de la obligación recae sobre el patrimonio del deudor, sobre el cual puede recaer la acción del acreedor en caso de falta de cumplimiento voluntario por parte del deudor.

Las críticas que se hacen a esta tesis son fuertísimas, lo que produce la poca aceptación de esta tesis, siendo las críticas principales las siguientes: Primero, que el hecho de que el derecho moderno admita la sustitución de las partes en una relación obligatoria, no significa que la obligación se haya despersonalizado para objetivarse, pues debe haber una persona que necesariamente representa el patrimonio: segundo, que la posibilidad del cambio del deudor por otro más o menos solvente, no demuestra en lo absoluto que esa relación no necesite de la existencia de una persona que asuma el papel de deudor como postula dicha teoría; tercero, no puede existir válidamente una relación obligatoria sin un sujeto determinado como deudor; y cuarto, cuando ésta teoría afirma que la deuda se presenta entre un patrimonio contra otro patrimonio, se hace abstracción de las personas titulares de esos patrimonios, y ello es desnaturalizar el derecho, puesto que él mismo siempre se refiere a la regulación de la conducta de seres humanos, y no masas de cosas, que no pueden tener conductas por sí.

c) Planiol: el punto de vista de Planiol es importante tomarlo individualmente, pues éste presenta al derecho real como un derecho personal, apoyando claramente la postura del sujeto pasivo universal.

Planiol al respecto del derecho real indica lo siguiente: "...una relación jurídica establecida entre una persona, como sujeto activo, y todas las otras, como sujetos pasivos. Esta relación es de orden obligatorio, es decir, que tiene la misma naturaleza que las obligaciones propiamente dichas. La obligación impuesta a todos, menos al titular del derecho, es puramente negativa; ella consiste en abstenerse de todo lo que pueda perturbar la posesión pacífica que la ley asegura a éste último. El derecho real debe, por tanto, ser concebido bajo la forma de una obligación, en la cual el sujeto activo es simple y está representado por una sola persona, en tanto que el sujeto

pasivos es ilimitado en su número, y comprende a todas las personas que entren en relación con el sujeto activo.”²⁵

Desde el punto de vista de Planiol y Ripert, se puede definir al derecho real como el derecho que impone a toda persona la obligación de respetar el poder jurídico que la ley confiere a una persona determinada para retirar de los bienes exteriores todo o parte de las ventajas que confiere la posesión de ellos, o como el derecho que dando a una persona un poder jurídico directo e inmediato sobre una cosa, es susceptible de ser ejercitado, no solamente contra una persona determinada sino contra todo el mundo.

Como se puede apreciar, Planiol fue fiel seguidor de la postura monista personalista, pues él consideró como vital la relación jurídica fundada universalmente, por la cual el titular determinado del derecho real podía ejercer de forma absoluta su derecho contra la generalidad de las personas. Siendo para Planiol el contenido esencial del derecho real la absolutividad.

d) *W.H. Hohfeld*. En el año de 1917 W. H. Hohfeld, publicó en la revista *Yale Law Journal* su Artículo intitulado: *Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning II*, en las cuales explica las relaciones *in personam* y las *in rem*, aplicadas a sus ocho conceptos fundamentales. (derechos, privilegios, potestades, inmunidades, no-derechos, deberes, incompetencias y sujeciones).

Dicho análisis, parte de un estudio al lenguaje utilizado por los jueces y abogados, en este caso en particular, critica la expresión de derechos *in personam* e *in rem* y en su

²⁵ Planiol y Ripert, **Ob. Cit.**, Tomo III pág. 44

lugar, propone otra terminología, al sustituir dichas palabras por paucital (paucilateral) y multital (multilateral) respectivamente.

El derecho paucilateral (derecho in personam) es, o bien un único derecho de una persona (o grupo de personas) frente a una persona (o grupo de personas) o bien, un conjunto de derechos similares pero independientes frente a unas cuantas personas determinadas.

El derecho multilateral (derecho in rem) pertenece a una amplia categoría de derechos fundamentales similares pero independientes, que pueden ser actuales o potenciales, de los cuales el titular es una sola persona (o un único grupo de personas) pero que valen respectivamente frente a una categoría muy amplia e indefinida de personas.

Si B debe a A mil quetzales, A tiene un derecho in personam, o derecho paucilateral, a que B haga aquello que es necesario para transferirle la propiedad de esa suma de dinero. En cambio, si A ya es propietario de los mil quetzales, su derecho frente a otras personas respecto de esta cantidad es un derecho multilateral, o in rem; ahora bien, en este último caso, el derecho de A frente a B es también un derecho multilateral, ya que comparte la categoría de ser un derecho similar, aunque independiente, frente a una gran cantidad de personas.

De manera que por lo que se ha expuesto, Hohfeld coincide con Planiol, al considerar que es un error confundir la supuesta relación jurídica entre persona y cosa, pues dicha relación es simplemente material, además de que por mera exigencia de coherencia jurídica, toda relación jurídica para tener un significado claro y directo, debe referirse a los seres humanos.

La relación jurídica multilateral (in rem) es aquella que sostiene una persona con una o varias personas indeterminadas. Mientras que la relación paucilateral (in personam), se da únicamente con personas determinadas.

El derecho paucilateral (in personam) es la relación jurídica que se da entre A-B, en la cual A tiene un derecho de exigir de B el cumplimiento de la prestación: Y, misma que se traduce en términos jurídicos en un dar, hacer o no hacer una cosa. Dicha relación además es concreta, pues recae en un sujeto determinado, es decir, con B.

Mientras que el derecho multilateral (in rem) constituye varias relaciones jurídicas que se dan con sujetos indeterminados, las relaciones que puede tener A, son las siguientes: A-b, A-c, A-d, A-f, A-g, A-h, A-j, A-k, A-l, A-m, A-n, A-p, A-q, y las restantes, que bien pueden resumirse a través de la siguiente fórmula:

$$A \text{ -- } (b, c, d, f, g, h, j, k, l, m, n, p, q, r, s, t, u, v, w, z).$$

De esta manera, podemos decir que A tiene un derecho absoluto que recae sobre la cosa X por encima de cualquier miembro del conjunto de obligados universalmente; y que a su vez, cualquier integrante del conjunto de obligados universalmente tiene el deber de no hacer nada frente a A, es decir, no perturbar el ejercicio del derecho real que tiene A sobre la cosa X.

Como se puede apreciar, la postura del Hohfeld es la misma que la de Planiol y Ripert pudiéndose decir que para él la esencia del derecho real sigue siendo la absolutividad, únicamente variando la terminología y la explicación, pues aquel utiliza y se basa mayormente en un desarrollo lógico del derecho real y personal.

e) Julien Bonnecase. El italiano Bonnecase formula su teoría propia sobre los derechos personales y reales, que es denominada por él como teoría económica de los derechos reales y personales, quien al respecto presenta los siguientes postulados, los que él mismo expresa de la manera que sigue: “El derecho real y el de crédito u obligación son, respectivamente, la expresión jurídica de las nociones económicas de riqueza y servicio. Para este efecto es indispensable partir de las nociones económicas de riqueza y de servicio cuyas expresiones jurídicas son, respectivamente, el derecho real y el de crédito u obligación. Elevándonos más alto en la jerarquía de las nociones generales de la precisión, diremos que las nociones que de derecho real y de obligación, son nociones jurídicas, es decir, datos de la Ciencia del Derecho y, al mismo tiempo, nociones técnicas, o en otras palabras, una aplicación particular de dichos datos. En esta materia, los datos de la ciencia Derecho revisten un carácter económico y no son sino nociones de riqueza y servicio. En tanto que el derecho real traduce la noción económica de riqueza y su única razón de ser es asegurar, mediante la coacción exterior, la función del derecho: la apropiación de las riquezas; la noción de obligación desempeña el mismo papel respecto a la realización de los servicios que los hombres voluntariamente han decidido prestarse o que la autoridad social juzga conveniente que se presten bajo determinadas condiciones. En pocas palabras la noción de obligación es a la noción económica de servicio, lo que la de derecho real es a la noción económica de riqueza. Si se quiere resolver el problema de la naturaleza del derecho real y del derecho de crédito, debemos elevarnos hasta las relaciones generales del Derecho y de la Economía política, para descender nuevamente a las nociones económicas de riqueza y servicio. En consecuencia, los datos económicos sobre la apropiación de las riquezas y el aprovechamiento de los servicios, justifican la doctrina jurídica tradicional de la distinción entre el derecho real y la obligación. Considerados en su esencia pura, el derecho real y el de crédito son irreductibles uno a otro, por tener como objeto, el primero una cosa material, cuando menos en principio, y el segundo, un acto o una abstención.”²⁶

²⁶ Bonnecase, Julien, **Elementos del derecho civil**, Tomo II, pág. 57 a 59

El genio de Bonnecase consistió precisamente en la modificación sustancial de consideración de los derechos reales y personales, los que no habían sido expresados en base a una estructura puramente económica, en la cual los dos elementos económicamente unidos, presentan diferencias importantes en torno al objeto al que cada uno hace relación, siendo el primero de ellos a un ente material y el otro a una conducta. Apreciándose claramente que Bonnecase sigue los postulados dicotómicos de la escuela clásica, al indicar que las diferencias entre derechos reales y personales no pueden eliminarse, porque son fundamentales en la estructura jurídica y económica, la que es un presupuesto básico de la superestructura jurídica, y que por lo tanto es irreductible.

2.3. Naturaleza jurídica del derecho de tanteo en el derecho comparado

La naturaleza jurídica, género próximo o ámbito metafísico del derecho de tanteo es considerado de acuerdo a la legislación extranjera de diversas formas, que resultan mutuamente excluyentes o contradictorias, tal es el caso que en algunos lugares como Suiza es considerado explícitamente como un derecho personal, para España es un derecho real en varias de sus regiones, sin embargo, en la mayoría se permiten ambas clases de naturaleza, tanto real como personal.

Como explica Puig Peña, la situación española es la siguiente: El derecho de tanteo se encuentra complementado por el derecho de retracto, el que es considerado como el derecho de preferencia en la adquisición de una cosa, frente a una enajenación ya realizada. El derecho de tanteo como el de retracto pueden ser constituidos en dos formas: legal y convencionalmente. La disposición general, más absoluta, es que cuando el tanteo y el retracto son fijados por la ley, se está ante un derecho esencialmente real, debido a que otorga al titular el derecho de reipersecutoriedad, o de reivindicación que caracteriza a los derechos reales; sin embargo, cuando son fijados en vía contractual se está ante un derecho personal, puesto que otorga al titular de

dicho derecho no la facultad de reivindicarse, sino a accionar por daños y perjuicios ocasionados por la transgresión de lo convenido. Sin embargo, no todo tanteo y retracto contractual es de naturaleza personal, puesto que si dicho contrato es inscrito directamente ante el Registro General de la Propiedad, se produce una modificación sustancial, pasando de ser considerado un derecho personal en un derecho real.

Sobre la región Catalana, se pronuncia Bosch Capdevila, quien indica que: "...según la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 22/2001, de 31 de diciembre, de Regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente, se puede apreciar claramente como un derecho personal, tal es el caso de la sola denominación de la referida ley "adquisición voluntaria o preferente", que hace referencia no solamente a la voluntariedad del derecho de tanteo sino también a la facultad de que sea considerado como admisible o inadmisibles por el sujeto que vende o enajena su derecho."²⁷

El Artículo 19 de la ley referida establece que los derechos de adquisición voluntaria de bienes pueden ser: a) El derecho de opción, que otorga al titular la facultad de adquisición dentro del plazo establecido. b) El derecho de tanteo, que otorga al titular la facultad de adquisición preferente, en las enajenaciones onerosas en las que el titular del derecho pueda realizar o dar la contraprestación a que se haya comprometido el adquirente. El derecho de tanteo supone el derecho de retracto cuando ya ha tenido lugar la transmisión. Dicha ley es bastante específica con relación a la naturaleza jurídica del derecho de tanteo, pues dedica particularmente el Artículo 20 para solucionar dicho conflicto, al indicar que los derechos de adquisición pueden tener naturaleza real o personal. Son reales sólo cuando se les constituye como tales en escritura pública y se inscriben en el correspondiente registro, de conformidad con la

²⁷ Grupo Wolters Kluwer, **Ob. Cit.**, pág. 259

legislación que les sea de aplicación. La oponibilidad a terceros de los derechos de adquisición tiene lugar mediante la inscripción registral.

Una de las diferencias principales que dicha ley establecen entre el derecho de tanteo real y persona es la duración del mismo, pues establece dicha ley en su Artículo 26 que el derecho de tanteo de naturaleza real puede constituirse por tiempo indefinido cuando se haya pactado su ejercicio para la primera transmisión, y puede constituirse por un tiempo que no puede ser de más de diez años cuando se haya pactado su ejercicio para segundas y posteriores transmisiones. Así mismo, que el derecho de tanteo de naturaleza personal puede constituirse por un tiempo determinado que no puede ser de más de diez años. El derecho de tanteo puede ser objeto, por acuerdo, de sucesivas prórrogas.

A este respecto, la ley da muchas luces sobre la consideración del derecho de tanteo, pues primero establece su posibilidad de constitución de forma convencional, teniendo en dicho caso naturaleza personal, pero al ser inscritos en el registro modifican su naturaleza, pasando a ser derecho real; pero ello no es lo único, sino que además regula explícitamente que el derecho de tanteo únicamente puede ser oponible a un tercero adquirente, ya sea de buena o mala fe, si ha sido debidamente inscrito en el Registro General de la Propiedad, de manera que dicho derecho no puede ser oponible si no está inscrito, y en todo caso lo será en vía de retracto, y no de tanteo, siendo el derecho de retracto una figura que complementa el tanteo, y que no se encuentra regulado en la legislación guatemalteca. Sobre la oponibilidad del derecho de tanteo, la ley a que se alude establece en su Artículo 27, lo que ratifica lo dicho anteriormente, que la prórroga convencional del plazo de duración de los derechos de adquisición es oponible a terceros a partir del momento en que haya constancia registral, de acuerdo con la legislación que le sea de aplicación.

En Suiza, el maestro Huber indica que hay derechos personales que tienen una implicación o efecto real, como lo es el caso particular del derecho de tanteo, sobre el que indica que "...puede concebirse el efecto real de las acciones derivadas de los *derechos personales* de tanteo y retracto. Se da carácter real a acciones personales."²⁸ De modo que según el derecho suizo tanto el derecho de tanteo como el de retracto tienen una naturaleza marcadamente personal, pero concebida con implicaciones reales, lo que los asemejaría a las denominadas obligaciones *propter rem o ad rem*. En el Código Alemán se refunde el tanteo y retracto bajo una sola figura, denominada *preemptio o Vorkaufrecht*, con una naturaleza similar a la suiza, personal.

De igual forma, en América latina, la figura del derecho de tanteo y de retracto han sido configurados bajo una sola institución, llamada por la legislación mexicana como: derecho de tanto. Al respecto del derecho del tanto, Gutiérrez y González indica que es el derecho que se confiere por la ley a los comuneros (copropietarios, coherederos, socios) para adquirir en igualdad de bases que un tercero, la parte de comunidad que un comunero desee enajenar. Dicho derecho subsume dos instituciones conocidas en derecho español como derechos de prelación: el derecho de tanteo y el derecho de retracto, los cuales fueron subsumidos por la legislación mexicana dentro del derecho del tanto. No obstante las muy explicativas palabras de Gutiérrez y González, él no entra a juzgar sobre la naturaleza jurídica del derecho de tanteo, o en su caso del tanto, dejándonos en este ámbito sin comparación con la legislación relacionada.

De manera que como se puede apreciar, la naturaleza jurídica del derecho de tanteo no ha sido unificada en el derecho comparado, pero con una tendencia marcada hacia el reconocimiento de la posibilidad de ser considerada como un derecho personal.

²⁸ De Castro Vítors, German, **Ob. Cit.**, pág. 282.

2.4. Determinación de la naturaleza jurídica del derecho de tanteo

Como deduce Puchta, interpretado por Karl Larenz, "...cada concepto superior permite determinados enunciados (por ejemplo, el concepto del derecho subjetivo: que es 'un poder sobre un objeto'); ahora bien, al subsumir el concepto inferior bajo el superior, valen para él; 'forzosamente', todos los enunciados que se hubieren hecho del concepto superior...La 'genealogía de los conceptos' indica, por tanto, que el concepto supremo, del que son derivados todos los demás, codeterminan con su contenido todos los restantes."²⁹ Con esas frases de Puchta sobre la lógica formal del concepto, se precisa claramente que el género próximo, que Puchta denomina como concepto superior, determina la esencia de contenido de los conceptos inferiores, es decir, que un concepto inferior necesariamente debe manifestar los mismos caracteres del concepto superior. De dicha cuenta, corresponde determinar cuál es el género próximo, o concepto superior al que hace referencia el derecho de tanteo, si pertenece a los derechos personales o a los derechos reales; de tal forma que todo lo que se ha enunciado anteriormente sobre dichos derechos forzosamente deben expresarse en el derecho de tanteo.

De modo que para la determinación de la naturaleza jurídica del derecho de tanteo se procede de la siguiente manera:

Los derechos reales según las distintas teorías antes analizadas tienen como contenido esencial la inmediatividad (escuela clásica), absolutividad (escuela monista, tesis obligacionista), inherencia (Giorgianni) o un efecto reflejo de las normas (Thon), de modo que se contrastan cada una de esas esencias con el derecho de tanteo, para precisar si dicho derecho corresponde directamente con alguna de las referidas esencias:

²⁹ Larenz, Karl, **Metodología de la ciencia del derecho** pág. 42

Por inmediatividad se ha indicado que debe entenderse el vínculo directo por el cual el titular de un derecho real posee un bien o domina sobre él; en el caso del derecho de tanteo en la compraventa de derechos en copropiedad, el titular del mismo es el copropietario no vendedor, que desea adquirir los derechos del otro copropietario; en este caso particular el titular del derecho de tanteo no tiene un poder absoluto sobre el derecho del otro copropietario o sujeto pasivo, pues el régimen de copropiedad requiere consenso de los copropietarios sobre cualquier acto que se refiera a la administración del bien, como se ha indicado, es más, cada uno puede disponer libremente únicamente de su parte alícuota, de manera que no hay inmediatividad con la cosa que se pretende adquirir. Además, la inmediatividad en los derechos reales se presenta como un vínculo directo entre el titular y una cosa, mientras que en el derecho de tanteo el vínculo que tiene el titular no es sobre una cosa, sino sobre la conducta del otro copropietario que pretende vender, siendo el derecho que tiene el titular del derecho de tanteo a que se le ofrezca a él la venta de los derechos, es decir, tiene a su favor una prestación positiva de hacer, no una cosa directamente. Por lo cual no existe ninguna inmediatividad o vínculo entre el titular del derecho de tanteo y una cosa, sino un vínculo entre el titular y el obligado a ofrecer, siendo el objeto de dicha relación una prestación. De manera que por no existir inmediatividad entre el titular del derecho de tanteo con cosa alguna, se puede indicar claramente que según los postulados de la escuela clásica el derecho de tanteo no es un derecho real.

La absolutividad debe entenderse como la facultad de poder oponer frente a todos o *erga omnes* el derecho real, no habiendo persona determinada contra quien ejercerlo, sino contra toda persona, creándose la figura del sujeto pasivo universal de Planiol; como se ha indicado bajo esta postura de la tesis obligacionista se indica que la esencia del derecho real implica la indeterminación absoluta del obligado a respetar el derecho de tanteo, teniendo una obligación negativa de no hacer. En el caso particular que se estudia del derecho de tanteo, sí hay una persona obligada directamente a hacerlo valer, y es el copropietario que desea vender sus derechos, de modo que el mismo no se ejercita *erga omnes*, sino que debe ejercitarse únicamente *erga debitorem*, pues

sería incoherente que se ejercitara en contra de quien nada tiene que ver con el régimen especial de copropiedad. Además, la absolutividad impone una obligación negativa de no hacer al sujeto pasivo universal, en tanto que en el derecho de tanteo sí hay una persona directamente obligada, y la prestación que debe realizar no es negativa, sino positiva de hacer. De manera que en el derecho de tanteo no hay sujeto pasivo universal ni obligación negativa, por lo tanto no hay absolutividad según la tesis obligacionista de la escuela monista, por lo tanto según los postulados de dicha corriente del pensamiento jurídico, el derecho de tanteo no es un derecho real.

Como se ha indicado, la inherencia supone un vínculo entre el titular de un derecho real y una cosa, no requiriendo la actuación inmediata sobre ella y llevando consigo la reipersecutoriedad, es decir, el derecho de reivindicar la cosa. En el caso particular del derecho de tanteo el titular del mismo no tiene un vínculo sobre una cosa, sino que, como ya se ha indicado, el vínculo existente es entre el titular del derecho y el obligado directamente a prestar la conducta. Además, el derecho de tanteo según la legislación civil guatemalteca no admite la reivindicación del derecho de tanteo, puesto que para hacerlo debería encontrarse debidamente legislado el derecho de retracto, que permitiría al titular del derecho de tanteo ejercitar el retracto en caso de que su derecho haya sido omitido por el sujeto obligado, de modo que al no encontrarse regulado el derecho de retracto a favor del titular del derecho de tanteo, se puede indicar que no existe la reipersecutoriedad característica de los derechos reales. De modo que por lo indicado no existe un vínculo entre el titular del derecho de tanteo y una cosa, ni tiene a su favor el derecho de reipersecutoriedad por no tener el derecho de retracto, por consiguiente según los caracteres que Giorgianni atribuye a los derechos reales, el derecho de tanteo no es un derecho real.

El efecto reflejo de las normas que atribuye Thon a los derechos reales, implican una serie de prohibiciones impuestas a todas las personas, menos al titular de un derecho real, que le impedirían a la totalidad de los sujetos interferir en el derecho real del titular

del mismo. En el caso específico del derecho de tanteo el efecto reflejo implicaría una serie de prohibiciones dictadas a la generalidad de las personas en el sentido de no adquirir bienes sin que se haya hecho valer el derecho de tanteo, o una norma jurídica explícita que hiciera incurrir en nulidad el negocio jurídico bajo el cual no se permita el ejercicio del derecho de tanteo, además se obligaría al sujeto pasivo a aceptar la propuesta hecha por el titular del derecho de tanteo de la forma en que esta fuera; sin embargo, ello no es así, pues en la legislación civil guatemalteca no hay prohibición general de no comprar ni vender sin dar oportunidad al ejercicio del derecho de tanteo, ni se puede declarar la nulidad del negocio jurídico por no permitir su ejercicio, mucho menos se puede obligar al sujeto pasivo a aceptar la propuesta hecha por el titular del derecho de tanteo si su propuesta no cumple las bases acordadas, por ello debe decirse categóricamente que según la tesis postulada por Thon, el derecho de tanteo no es un derecho real.

De manera que, en base a las corrientes de las distintas escuelas, el derecho de tanteo no es un derecho real, sin embargo, también existen dos categorías que se ubican como intermedias entre el derecho real y el personal, las que son pertinentes analizar muy brevemente y compararlas con el derecho de tanteo a efecto de determinar si su naturaleza jurídica corresponde a alguna de ellas.

Los derechos reales in faciendo, como categoría intermedia, se refieren a un derecho en relación con una cosa en particular, es decir, que un bien es el que tiene en sí el derecho, y que el sujeto titular de dicho bien tiene el derecho de exigir el cumplimiento de una obligación a una persona determinada; pero en este caso el titular del derecho varía conforme al sujeto que en cada momento sea titular del bien. Según Aguilar Guerra, por medio de los derechos reales in faciendo se imponen al sujeto pasivo la obligación de realizar una prestación positiva. De Castro Vítores indica sobre el derecho real in faciendo que tiene una estructura puramente obligacional, pues implica a sujetos determinados en ambos polos de la obligación, con una prestación como fin,

consistente en un hacer, por lo que sólo puede constituirse el derecho real de modo excepcional, por voluntad del legislador que prevé esta forma de protección a la obligación. De manera que, según lo indicado por dicho autor, todo derecho real que se presuma como *in faciendo* debe ser catalogado de esa forma directamente por el legislador al momento de regular la figura. En el caso particular del derecho de tanteo, cabe indicar que no es un *derecho real in faciendo*, puesto que el copropietario titular del derecho de tanteo no puede exigir el cumplimiento de la prestación al sujeto pasivo en cualquier momento, ni bajo cualquier situación, sino que se presenta en un momento en particular, y es cuando uno de los copropietarios decide voluntariamente vender sus derechos, y habiendo obtenido propuestas de compra por terceras personas, lo hace del conocimiento del titular del derecho de tanteo para que lo ejercite, sin embargo, su ejercicio no implica que necesariamente se deba aceptar la propuesta realizada por el titular del derecho de tanteo, sino que puede ser rechazada toda vez que su propuesta no sea conforme a las bases que se le presentaron al copropietario vendedor, quien tiene toda la potestad de no tomar en consideración la propuesta del titular del derecho de tanteo. De modo que por no estar catalogada expresamente en la legislación o marco normativo como derecho real *in faciendo*, por tener como objeto una prestación, y por poder ser rechazada la propuesta que surja su ejercicio, el derecho de tanteo no es un derecho real *in faciendo*.

Otro grupo catalogado como intermedio lo constituyen las obligaciones *propter rem*, las que son llamadas también como derechos subjetivamente reales, y que son consideradas como aquellas obligaciones impuestas al que en cada momento sea propietario del inmueble. De igual forma, Puig Peña establece con relación al sujeto de la obligación que es un fundo y no la persona a quien el fundo pertenece por otra titularidad. Como se puede apreciar la confusión de esta figura con los derechos reales *in faciendo* es extrema, sin embargo, su diferenciación se muestra en torno a lo esencial del derecho, puesto que el derecho real *in faciendo* muestra una relación real como principal, seguida por una prestación de hacer, que es accesoria, en tanto que la obligación *propter rem* expresa que hay una obligación como central, y que el sujeto

pasivo de la misma se determina conforme a quien sea titular de la cosa. El derecho real *in faciendo* otorga un poder sobre una conducta, mientras que la obligación *propter rem* impone una carga sobre el titular de la cosa. Un ejemplo típico de la obligación *propter rem* es el impuesto único sobre inmuebles, que impone una carga tributaria sobre cada inmueble, pero que debe ser pagada por la persona que en cada momento sea propietario del mismo. Sobre las obligaciones *propter rem*, parafraseando a Aguilar Guerra, se puede decir que son aquellas en las que el sujeto pasivo de la relación obligatoria se determina por su relación con la cosa: el deudor es quien en cada momento sea titular o poseedor de la cosa. Las categorías responden a una elaboración doctrinal y han perdido gran parte de trascendencia práctica. Precisamente por ello, es que el derecho de tanteo no puede considerarse como una obligación *propter rem*, pues no responde a lo pragmático de dicho derecho, además no impone a los copropietarios una obligación con efectos reales, sino que otorga derechos, precisamente el de adquisición preferente, y no obliga al sujeto pasivo del derecho de tanteo a aceptar la oferta hecha por el titular de dicho derecho.

La última categoría que se ha esbozado como intermedia es la de los *iura ad rem* o *ius ad rem*, y por su importancia se siguió literalmente a Puig Peña: “En la Edad Media...se llega a una clasificación tripartita de los derechos patrimoniales, con la admisión de un tercer término: el *ius ad rem*, como situación intermedia entre los derecho reales y los personales, en el cual, si bien no existe la potestad inmediata sobre la cosa (como en el *ius in re*) sí, en cambio, se concede mayor poder sobre ella que el que puede derivarse de una mera obligación (*ius in personam*), pudiendo, en ocasiones, transformarse en un verdadero derecho real...este famoso *ius ad rem* fue construido por la doctrina canónica...precisamente sobre la provisión de los obispados. Cuando, por estar impedido un obispo, se le nombraba un coadjutor *spes succedendi*, este segundo tenía un *ius ad rem* al obispado, que se convertía en *ius in re* tan pronto como moría el obispo residencial...debido a la dificultad de determinar la clase de derechos personales que

podían ser supervalorizados mediante la inclusión en esta tercera categoría...es pues, que el famoso *ius ad rem* desaparece, diluyéndose dentro de los derechos reales.”³⁰

La doctrina alemana ha provocado la evolución del término *ius ad rem*, hacia una vocación a un derecho real, indicándose que dichas vocaciones al derecho real son, de acuerdo a Puig Peña, las titularidades que se atribuyen a los sujetos en virtud de la ley, contrato, el testamento, resolución judicial o la operación del registro inmobiliario, para obtener la posesión o la utilidad económica de una cosa determinada que aún no tienen; para llamar al derecho real, hacia el que caminan; para invocarlo, ampararse en su proximidad y asegurarlo, ante la posibilidad o el temor de que el derecho real no llegue o se escape. Y en efecto constituye el caso típico las anotaciones preventivas de embargo. En el caso particular del derecho de tanteo se debe considerar grandemente su participación dentro de este grupo de derechos, puesto que en efecto el derecho de tanteo se dirige precisamente a su conversión en un derecho real, sin embargo, ello no es del todo seguro, puesto que no necesariamente el ejercicio del derecho de tanteo debe ser aceptado por el sujeto pasivo; además si el copropietario vendedor omite otorgar el tiempo adecuado al titular del derecho de tanteo para que lo haga efectivo y en su lugar otorga contrato de compraventa, el derecho de tanteo quedó sin haber sido ejercido, pues no se encuentra complementado en la legislación con el derecho de retracto; de manera que en base a su vocación no asegurada hacía un derecho real del derecho de tanteo, no puede considerársele como un *ius ad rem*, los cuales sí tienen absolutamente asegurada su conversión en derechos reales.

En base a lo analizado y considerado anteriormente y porque el derecho de tanteo en la legislación guatemalteca carece de poder de reivindicación, inmediatividad, absolutividad, inherencia, efecto reflejo de las normas, por estar orientado a la obtención de una conducta positiva de hacer y siguiendo lo postulado por Diez-Picazo, Álvarez

³⁰ *Ibíd.*, pág. 28

Caperochipi, quien opina que este derecho no se puede considerar como real debido a que no otorga derechos sobre la cosa, sino derecho a adquirirla frente a terceros, Esteve Bosch Capdevila, Roca Sastre, Huber, Liver, y otros, se puede establecer claramente que la determinación de la naturaleza jurídica, género próximo o ámbito metafísico del derecho de tanteo en la legislación guatemalteca es la de corresponder directamente al concepto superior de los derechos personales, siéndole predicable todos los caracteres que a los mismos se les enuncian.

CAPÍTULO III

3. Registro de la propiedad

Dentro del derecho civil el Registro de la Propiedad tiene un papel de vital importancia, pues es a través de él que los derechos reales tienen una perfección y protección. Ahora bien, con relación al derecho de tanteo la función que desempeña el Registro de la Propiedad deviene confusa, pues al no ser un derecho propiamente real el Registro de la Propiedad no debiera intervenir en cuanto a su desarrollo, pero por afectar un derecho eminentemente real como lo es la propiedad, el Registro por lo general interviene. De dicha cuenta es que procede analizar hasta que puntos es jurídicamente aceptable la intervención de referido Registro en los negocios jurídicos que tienen relación con el derecho de tanteo.

3.1. Definición y funciones

Según Nery Muñoz, por Registro General de la Propiedad debe entenderse como: “una institución mediante la cual se produce la publicidad jurídica, siendo el objeto principal de su organización la inscripción en los libros, que lleva consigo la publicidad material o sustantiva.”³¹ Según Cabanellas, es la institución fundamental en la protección del dominio y demás derechos reales, a cargo de la oficina de igual nombre y reflejada en los libros y asientos correspondientes, donde se anota o inscribe lo relacionado con la creación, modificación, transmisión y extinción de tales derechos. Igualmente puede ser definido como la Institución destinada a inscribir la titularidad y condiciones del dominio de un bien inmueble determinado, a efectos de la contratación sobre el mismo y como garantía para las partes contratantes, no sólo en lo que se refiere al bien en sí mismo, sino también a las circunstancias personales del propietario.

³¹ Muñoz, Nery Roberto, y Muñoz Roldán, Rodrigo, **Derecho registral inmobiliario guatemalteco**, pág. 62

Según Chico y Ortiz, citado por Américo Atilio Cornejo, el registro se debe contemplar desde tres puntos de vista: "...como oficina pública, conjunto de libros y como institución, siendo la única concepción verdadera la que lo percibe como una institución con el objeto de proporcionar plena seguridad en el tráfico de los bienes."³²

De igual forma indica Axel Estuardo Alfonso Barrios Carrillo, citado por Ronald Manuel Colindres Roca: "la institución encargada por el Estado de hacer constar, en forma sistemática, acontecimientos con relevancia jurídica y dotada de fe pública, con el objeto de perpetuar, garantizar, certificar y dar a conocer su contenido en la forma y con las limitaciones prescritas por la ley."³³

De acuerdo al Artículo 1124 del Código Civil, el Registro General de la Propiedad es una institución pública que tiene por objeto la inscripción, anotación y cancelación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y muebles identificables. Son públicos sus documentos, libros y actuaciones. Como se puede apreciar de dicha definición legal, en el Registro General de la Propiedad se deben forzosamente inscribir todos los instrumentos que se refieran a derechos reales, los que deben estar inscritos en sus libros y partidas correspondientes.

De igual forma la Constitución Política de la República de Guatemala, regula en su Artículo 230 que el Registro General de la Propiedad, deberá ser organizado a efecto de que en cada departamento o región, que la ley específica determine, se establezca su propio Registro General de la Propiedad y el respectivo catastro fiscal. Como se puede observar, el Registro General de la Propiedad cumple, de acuerdo a la

³² Cornejo, Américo Atilio, **Derecho registral**, pág. 7

³³ Alvarado Sandoval, Ricardo, y Gracias González, José Antonio, **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca**, pág. 527

Constitución, una función social y que debe desarrollarse de acuerdo al régimen administrativo del Estado.

Según la doctrina y la legislación, la función principal de todo Registro General de la Propiedad es dotar de seguridad o certeza jurídica a través de la publicidad y fe pública al tráfico de los bienes y derechos, de manera que por su importancia, se indica brevemente qué debe entenderse por publicidad.

Américo Cornejo, al respecto indica que cuando se habla de publicidad, debe hacerse referencia a tres elementos: por un lado, aquello que se quiere dar a conocer; por el otro, los destinatarios de aquélla y, finalmente, el medio a utilizar para que llegue o pueda llegar a conocimiento de los destinatarios. Lo que se quiere dar a publicidad son hechos, tomando este concepto en sentido amplio; los destinatarios son personas, y los medios consisten en una actividad conducente al fin propuesto. En este enfoque, la noción de publicidad puede ser entendida desde un punto de vista amplio o sólo restringida a la publicidad jurídica que es el objeto de nuestro estudio. a) concepto amplio. En tal sentido, se afirma que la publicidad es una actividad, destinada a producir cognoscibilidad. Se hace referencia a cognoscibilidad y no a conocimiento, porque siendo su destinatario la persona, el efectivo conocimiento dependerá, en definitiva, de la actitud y de la voluntad del destinatario, en conocer lo que se da a publicidad. b) publicidad jurídica. Para caracterizar a la publicidad jurídica se debe apuntar a lo que se publica, y también a sus efectos. Lo que se da a conocer en la llamada publicidad jurídica son hechos jurídicos y su finalidad es la producción de efectos jurídicos. La producción de éstos puede variar desde una simple noticia hasta la concreción de la existencia misma del derecho, que es la esencia de la publicidad jurídica. No hay publicidad jurídica si no hay efectos derivados de esa publicidad.

Habiéndose explicado brevemente el principio teleológico de publicidad del Registro General de la Propiedad, se debe indicar que los demás principios que ilustran la función registral son los principios de inscripción, especialidad, rogación, legalidad o de calificación, tracto sucesivo, consentimiento, publicidad, prioridad, fe pública, prioridad y legitimación. Debido a la relevancia que el principio de legalidad o calificación tiene en la presente tesis, se establece que por dicho principio debe indicarse lo siguiente, de acuerdo al licenciado Nery Muñoz: “consiste en que todo documento al ingresar al Registro General de la Propiedad, dentro de su procedimiento de inscripción debe ser examinado por el Registrador en cuanto a sus elementos, existencia y validez, es decir, si satisface todos los requisitos legales que para su eficacia exijan los ordenamientos jurídicos. El principio de legalidad impone que los títulos que pretendan ser registrados deben ser examinados, verificados o calificados antes de ser inscritos, con el objeto de que sólo tengan acceso al Registro los títulos válidos y perfectos. Se realiza por medio de la calificación, permitiendo la inscripción de títulos válidos e impide el acceso al Registro de títulos viciados o imperfectos.”³⁴

La relevancia que tiene el principio de legalidad o de criterio registral es fundamental para la presente tesis, pues implica una relación entre la interpretación de la norma jurídica con la facultad de inscripción del Registro General de la Propiedad, por lo que dichos temas son analizados separadamente más adelante.

Las funciones principales del Registro General de la Propiedad son precisamente las de inscribir, anotar y cancelar los cambios que se produzcan sobre los bienes y sobre los derechos que recaen sobre ellos, ello se deduce de la lectura del Artículo 1124 del Código Civil cuando indica que el Registro General de la Propiedad es una institución pública que tiene por objeto la inscripción, anotación y cancelación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y

³⁴ Muñoz, Nery Roberto, **Ob. Cit.**, pág. 28

muebles identificables. Son públicos sus documentos, libros y actuaciones. De modo que la ley establece directamente esas funciones, sin embargo, para que las pueda llevar a cabo, es necesario que antes de inscribir, anotar o cancelar cualquier acto o contrato relativo a cualquier derecho real deba proceder a calificar el instrumento que se le presenta, a efecto de que pueda determinar si dentro de dicho instrumento se cumplieron a cabalidad los requisitos que la ley determina como necesarios para su validez, de allí que al principio de calificación registral se le llame igualmente de legalidad, pues el Registro General de la Propiedad cumple una función de contralor de la juridicidad de los negocios jurídicos celebrados.

Antes de entrar a analizar la calificación registral, es necesario establecer sobre el funcionamiento del Registro General de la Propiedad lo siguiente:

Administrativamente se encuentra en la República de Guatemala dos Registros, uno con sede en la Ciudad de Guatemala y otro con sede en Quetzaltenango, existiendo de igual forma dos agencias más, denominadas Oficinas Registrales en el Petén y en Alta Verapaz. En este caso en particular se hace referencia al Registro General de la Propiedad de la Zona Central, el que se encuentra a cargo de un registrador propietario, nombrado por el Presidente de la República; un registrador sustituto; uno o varios registradores auxiliares.

Los documentos, libros y actuaciones que se encuentran en el Registro son públicos, debiéndose llevar como mínimo, por orden del Artículo 1220 del Código Civil, libros de entrega de documentos, inscripciones, cuadros estadísticos, índices por orden alfabético de apellidos de los propietarios. Ello es con respecto a los libros que se llevan en el proceso de registro de un instrumento público, sin embargo, se llevan libros específicos, como el de propiedad horizontal, inscripciones especiales, vehículos

motorizados, de naves y aeronaves, minas, concesiones, avisos notariales de testamento, y otros.

Dentro de las funciones que desarrolla el Registro de la Propiedad se encuentran las siguientes: establecer un criterio de calificación registral, realizar la calificación de los instrumentos jurídicos que se presentan para su inscripción, realizar las cancelaciones, inscripciones y el rechazo de las solicitudes cuando procedan, y es en ese sentido que se exponen a continuación dichas funciones.

3.2. Criterio registral

El criterio registral es precisamente la interpretación que el registrador efectúa de las normas jurídicas y en base a la cual realiza o rechaza la inscripción de un acto o negocio jurídico que le es presentado. De dicha cuenta el criterio registral es vital para el proceso de inscripción, pues a partir de la interpretación de la ley es que el registrador exige que los instrumentos públicos cumplan o no determinados requisitos, y siendo en razón de que el criterio registral se fundamenta precisamente en la interpretación de la norma jurídica, es que el criterio registral varía de registrador en registrador, dependiendo directamente del entender que cada uno tenga del contenido de la norma jurídica. Precisamente por ello es que se hace necesario esbozar, aunque brevemente, el tema de la norma jurídica y su interpretación, pues en base a ella se forma un criterio registral, el cual es el fundamento para la calificación que el registrador realiza de los instrumentos que se le presentan.

Por lo antes expuesto es que se expone de forma breve lo relacionado a la norma jurídica, en cuanto tiene una importancia evidente con la realización del criterio registral debido a que es la interpretación de la misma la base de dicho criterio.

1) Norma jurídica: según Francesco Carnelutti la ley “...es un juicio de valor no precedido por un juicio de existencia” que se diferencia de la ley natural en que ésta “...describe lo que es, la ley jurídica estatuye lo que debe ser”³⁵; sin embargo, dichas palabras únicamente establecen diferencias entre ley natural y jurídica, no entrando a realizar un análisis estructural de la norma, de allí que las siguientes definiciones expresan más claramente lo que es la norma jurídica, que es conceptualmente distinta de la ley jurídica.

Norma jurídica es según Vilanova “...son las concreciones del punto de vista objetivo mediante las cuales se programa la conducta del sujeto agente asignándole al menos alguno de los siguientes caracteres deontológicos: acto prohibido, acto obligatorio o acto facultativo.”³⁶

Una concepción más amplia la brinda H. L. A. Hart, quien indica que la norma jurídica, como parte del sistema del derecho, es una orden respaldada por amenazas, es esencialmente la expresión de un deseo de que otros hagan o se abstengan de hacer ciertas cosas y que deben ser pronunciadas por el Parlamento, quien representa la voluntad general.

Una definición más profunda la presenta Larenz, al indicar que son “...reglas que pretenden que aquellos a quienes se dirigen se comporten de acuerdo a ellas...” enunciando que sus caracteres son: “...en primer lugar, se pretensión de validez, es decir, el sentido a ella correspondiente de ser una exigencia vinculante de enjuiciamiento –su carácter normativo-; en segundo lugar su pretensión de tener validez

³⁵ Carnelutti, Francesco, **Derecho procesal civil y penal**, págs. 8 y 9

³⁶ Vilanova, José, **El concepto del derecho**, pág. 62

no sólo precisamente para un caso determinado, sino para todos los casos de 'tal clase' dentro de ámbito espacial y temporal de validez –su carácter general-...”³⁷

Según García Maynez, las normas jurídicas son juicios, más de un carácter sui generis. Esto se ha admitido siempre, y por ello se habla de cuatro especies de proposiciones y, paralelamente de otras tantas clases de pensamientos: enunciativos, optativos, interrogativos e imperativos; la norma jurídica, en cambio, estudia los del último grupo, y puede considerarse, por tanto la rama o caso especial de la del deber. De manera sencilla, y exponiendo los caracteres de la norma jurídica, se refiere a ella Pereira Orozco en el sentido de que son reglas de conducta bilaterales o impero-atributivas, exteriores, coercibles y heterónomas.

La función que cumple la norma jurídica de acuerdo a las definiciones presentadas por los diversos autores, es la de regular, normar o programar la conducta exterior de las personas en una sociedad determinada y por un tiempo determinado. De modo que con las normas jurídicas se busca tener un control sobre los actos sociales, aunque no es únicamente ese su sentido, pues parafraseando a Larenz estas reglas representan, al propio tiempo, normas de decisión, aquellos que han de resolver la eliminación jurídica de conflictos deben juzgar conforme a ellas. Es decir, que la norma no regulan con exclusividad las conductas sociales, sino que también establecen conductas obligatorias para los funcionarios públicos, a efecto de que la sociedad pueda tener una expectativa de cómo serán los actos de ellos; a esa expectativa se le puede dar el nombre de seguridad jurídica, pues con ello se implica directamente que se tiene la tranquilidad o certeza de que un acto será admitido o no, es decir, que la norma regula a la sociedad y a los funcionarios, los que deben actuar siempre conforme a la ley.

³⁷ Larenz, Karl, **Ob. Cit.**, pág. 242

De allí que todo funcionario deba estar ineludiblemente atado a la voluntad de ley, y de esa forma se eleva aún más la importancia de la interpretación que el funcionario público haga de la norma jurídica, puesto que en razón de dicha interpretación podrá realizar tal o cual acto.

La Constitución Política de la República de Guatemala, declara en su Artículo 154 que los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Como se puede apreciar, con este Artículo se fundamenta la obligatoriedad del cumplimiento de la ley por parte de las autoridades, obligándolas a acatarla, de manera que como se indicaba anteriormente, la interpretación que el funcionario público haga de ella es vital, pues de ello dependen los actos que presume que puede realizar.

En el caso particular del Registro General de la Propiedad, la norma jurídica obliga al registrador, quien es el funcionario público, a inscribir los actos relativos a los derechos reales; sin embargo, la interpretación que de la norma jurídica realice el registrador dependerá que admita la inscripción de algún acto, o que precisamente lo rechace, siendo muy importante en este caso la interpretación de la norma.

La norma jurídica como juicio valorativo que es, tiene una estructura determinada, que ha sido analizada por varias escuelas, sin embargo, a continuación se presentan las estructuras más importantes que se le han atribuido:

Según Austin, la norma tiene una estructura categórica, pues es un mandato emanado de la autoridad:

A ordena a B.

Una segunda estructura es la del juicio hipotético propuesta por Kelsen y Hart, quienes indican que la norma jurídica establece una condición o supuesto, y una consecuencia por la concurrencia de la condición o el supuesto, de esta forma:

Si A sucede, entonces B será.

Según Hart, el supuesto implica la posibilidad directa de su ocurrencia, y la consecuencia es la sanción, quien indica que toda norma jurídica tiene implícita una sanción para quien la transgrede, incluso la norma civil, pues Hart considera que la nulidad del acto es lo mismo que la sanción penal, y de esa manera parangona todas las normas jurídicas a juicios hipotéticos.

Una estructura mucho más compleja la presentan las escuelas egológica y neo egológica del derecho, las que indican que la estructura de la norma jurídica es análoga a la de un juicio disyuntivo, donde la disyunción separa dos normas jurídicas hipotéticas denominadas endonorma y perinorma, categorías básicas que representan lo lícito (endonorma) y lo ilícito (perinorma).

Dado H, debe ser P, (endonorma)

Dado NO-P, debe ser S (perinorma)

Según esta fórmula, H representa lo que debe suceder, el primer supuesto, que implica la realización de la prestación P, sin embargo, al no darse la prestación P (NO-P), entonces debe haber una sanción S.

Vilanova explica la estructura de la norma propuesta por Cossio de la forma que sigue:
“1) Dada una situación coexistencial (H). 2) debe ser 3) la prestación (P) 4) de alguien obligado (Ao) 5) ante alguien titular (At) 6) o (cópula disyuntiva que delimita endonorma y perinorma) 7) dada la no prestación (no-P) 2) debe ser 8) la sanción (S) 9) impuesta por un funcionario obligado a ello (Fo) 10) por pretensión de la

Comunidad (pC)...podemos dar un ejemplo 'llenando' esta estructura normativa con cualquier contenido: v. gr. 'dado el arrendamiento de un inmueble (H) debe ser el pago del alquiler (P), por el inquilino (Ao) al propietario (At), o dado el no pago del alquiler (no-P) debe ser el desalojo del inquilino (S) impuesto por el tribunal competente (Fo) por pretensión de la comunidad de que se respete el derecho de propiedad (pC)'³⁸

Según Hart y Carnelutti, el contenido de toda norma jurídica es la establecer obligaciones y derechos subjetivos, de modo que la norma siempre otorga deberes, facultades o prohibiciones al sujeto al que se dirige.

Según la cualidad de la norma se clasifican en positivas (o permisivas) y negativas (o prohibitivas). Según García Maynez son positivas las que permiten cierta conducta (acción u omisión); negativas, las que prohíben determinado comportamiento (acción u omisión). La cualidad, positiva o negativa, de las normas jurídicas no depende, pues, de que prescriban acciones o impongan omisiones, sino de que permitan o prohíban, ya una acción, ya una omisión. Esto equivale a sostener que las positivas atribuyen a un sujeto la facultad de hacer o de omitir algo, en tanto que las prohibitivas le niegan tal facultad.

De dicha cuenta, ya se ha indicado qué es una norma jurídica, cuál es su estructura y su contenido generalmente aceptado, de manera que se procede a la interpretación de la misma, pues en razón de ella es que el registrador crea un criterio registral, en base al cual califica los instrumentos que se le presentan para su inscripción en el Registro General de la Propiedad.

³⁸ Ibíd., pág. 156

Justificando la necesidad de la interpretación de la norma jurídica, Carnelutti expresa que si la legislación fuese tan perfecta que llegase a prever todos los actos que los hombres pueden cumplir y, a su vez, los hombres tan prudentes que supiesen hacer una comparación exacta entre los hechos y las hipótesis y tan firmes que pudieran determinar su conducta según tal juicio, el derecho podría agotarse en la ley; en otros términos, el legislador sustituiría enteramente al juez, del cual no habría necesidad alguna. Bajo esas palabras, Carnelutti expresa claramente la necesidad que hay de realizar una interpretación adecuada de la norma jurídica, de modo que para el efecto de este tema se desarrolla muy brevemente algunos aspectos sobre la interpretación, teniendo presente que la misma es el fundamento del criterio registral de calificación, siendo ese el motivo de su análisis.

Un aspecto de importancia vital con relación al tema de la creación del criterio de calificación registral consiste precisamente en lograr determinar cual es la forma correcta de realizar una interpretación de la norma jurídica, y en dicho sentido se exponen a continuación las corrientes más importantes.

a) Sentido de la Ley. Para varios autores lo que importa es la determinación del sentido de la ley, es decir, lo que de la ley se puede percibir que quiere regular. Partiendo del sentido de la ley se han elaborado varias escuelas o corrientes del pensamiento, las que se estudian a continuación.

b) Métodos y escuelas de interpretación. La primera escuela y método a estudiar es el propuesto por Savigny, quien indica que es necesario distinguir tres aspectos al momento de interpretar: a)- aspecto interpretativo; b) aspecto histórico; y c) aspecto sistemático o filosófico.

b.1) aspecto interpretativo: Savigny lo define como la reconstrucción de la idea expresada en la ley, pero en tanto que es cognoscible a partir de la ley. Dentro del aspecto interpretativo distingue Savigny otros cuatro elementos: 1) elemento lógico: Por lógica entendemos aquel tipo de pensamiento que es susceptible de ser pensado idénticamente por muchos. Las relaciones de contenido del pensamiento son pensadas de manera idéntica (p.ej. el pensamiento matemático); 2) elemento gramatical: El lenguaje jurídico también sirve a la elaboración interpretativa del derecho; 3) elemento histórico: La interpretación de la norma debe realizarse en función del momento histórico en que surgió (para entender lo que el legislador quiso decir); 4) elemento sistemático: Las normas se configuran en función de un sistema, del sistema jurídico. Por consiguiente podrá hacerse relación de una norma determinada con el resto de las normas de las que forma parte.

b.2) aspecto histórico o elaboración histórica del derecho: se debe tomar el sistema jurídico en su conjunto e imaginarlo progresivamente para la elaboración del derecho. El sistema jurídico es una historia del sistema de la doctrina jurídica en su conjunto. Para Savigny a la hora de la elaboración del derecho hay que tener en cuenta la elaboración de carácter histórico que es ver el derecho en constante evolución, progresivamente, como un conjunto de carácter histórico.

b.3) aspecto sistemático o elaboración sistemática: su finalidad es ver lo diverso en la unidad que le corresponde, en la unión de conjunto. La exposición de las normas jurídicas se plantea, en conexión con el resto del ordenamiento jurídico, y las lagunas de la ley deben ser completadas por medio de la analogía, pero acudiendo sólo a normas similares del ordenamiento jurídico. En cuanto a la elaboración sistemática el legislador debe apreciar que al crear una norma ésta esté engarzada en el ordenamiento jurídico.

De acuerdo a Windscheid, lo que debe buscarse en la norma jurídica no es nada más que la voluntad del legislador, es decir, que debe tratarse de interpretar los intereses en base a los cuales el legislador decreto una determinada ley, y de esa forma se podrá llegar a un interpretación adecuada de la misma; sin embargo, esa teoría no fue aceptada por la mayoría, surgiendo de ella misma la teoría de interpretación objetiva o gramatical, que es la más aceptada.

Sobre la teoría objetiva, Pereira Orozco indica: “Posición teórica, objetiva, denominada ‘lógica-sistemática’, ya no indaga el sentido de la ley en la voluntad del legislador, sino el sentido lógico-objetivo de la misma. ‘Los textos legales tiene una significación propia, implícita en los signos que los constituyen, e independientes de la voluntad real o presunta de sus autores. Tal significación no solo depende de lo que las palabras de la ley por sí mismas expresan, sino de las conexiones sistemáticas que necesariamente existen entre el sentido de un texto y el de otros que pertenecen al ordenamiento jurídico de que se trate. La ley no está considerada como la expresión de una querer, sino como una formulación del derecho objetivo.”³⁹

La legislación sigue el criterio objetivo, tal y como se puede apreciar en el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, que establece las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Como se puede ver, al indicar la ley que se debe interpretar según el sentido propio de sus palabras se está ordenando omitir la interpretación subjetiva, es decir, no considerar la voluntad del legislador en la interpretación, sino únicamente lo que gramaticalmente se puede deducir de las palabras que emplea. Obviamente cuando la ley no es clara se deben seguir los siguientes criterio, de acuerdo a lo indicado en el artículo 10 de la citada ley, a la finalidad y al espíritu de la misma; a la historia fidedigna de su institución; a las

³⁹ Pereira Orozco, Alberto, **Introducción al estudio del derecho II**, pág. 150

disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

En el caso del derecho de tanteo, puesto que la ley no regula explícitamente su naturaleza, deviene obligatorio analizarlo según la historia fidedigna de su institución, debiéndolo realizar el registrador de la propiedad a efecto de que determine cuál debe ser el criterio registral con respecto del mismo, siendo para ello vital el contenido y forma de las normas jurídicas, cuyo conocimiento coadyuva a la realización de una buena interpretación.

3.3. Calificación del instrumento a inscribir

El análisis que el registro efectúa para hacer efectivo el principio de legalidad se llama calificación y la función que en consecuencia de ello se ejerce se denomina función calificadora. Como se ha expuesto con anterioridad, la calificación es un principio registral que consiste en que todo documento al ingresar al Registro General de la Propiedad, dentro de su procedimiento de inscripción debe ser examinado por el Registrador en cuanto a sus elementos, existencia y validez, es decir, si satisface todos los requisitos legales que para su eficacia exijan los ordenamientos jurídicos. El principio de legalidad impone que los títulos que pretendan ser registrados deben ser examinados, verificados o calificados antes de ser inscritos, con el objeto de que sólo tengan acceso al Registro los títulos válidos y perfectos. Se realiza por medio de la calificación, permitiendo la inscripción de títulos válidos e impide el acceso al Registro de títulos viciados o imperfectos. Denominado así el principio ya que conforme a éste, se presume que todo lo registrado se hizo en base a un título legal. Este principio impide la operación en el Registro de títulos inválidos o imperfectos, no importando su origen, que pudo ser notarial, administrativo o judicial, y así se logra una concordancia entre el mundo real con el mundo registral.

Este principio se encuentra regulado en el Código Civil, en su Artículo 1128 al regular que si el documento presentado no fuere inscribible de o careciere de los requisitos legales necesarios, el registrador lo hará constar en un libro especial...así como la ley en que se funda para suspender o denegar la inscripción. Como se puede observar, si un documento carece de los requisitos necesarios para su validez, el registrador está legitimado para no realizar la inscripción y rechazar la solicitud. De igual forma lo faculta el Artículo 1175 al establecer que el registrador, bajo su responsabilidad, suspenderá o denegará la cancelación conforme a lo dispuesto para las inscripciones.

El verdadero conflicto deviene cuando el registrador interpreta una norma como facultándolo para rechazar la inscripción de un instrumento presentado. Ese es precisamente el caso del derecho de tanteo, que como se puede verificar claramente en las Guías de Calificación Registral del Registro General de la Propiedad de la Zona Central, en el numeral 16 de sus criterios, el cual se refiere al derecho de tanteo en el régimen especial de copropiedad, sobre el que regula que conforme el Artículo 491 del Código Civil, la notificación a condueños debe ser previa a la negociación que se celebre; sin embargo, el otro u otros copropietarios pueden manifestar su consentimiento antes o después de celebrado el contrato. De modo que ese es el criterio que el Registro General de la Propiedad de la Zona Central tiene con relación al derecho de tanteo; sin embargo, las palabras propias del Artículo 491 del Código Civil, en su parte conducente, establece que los condueños gozan del derecho de tanteo que podrán ejercitar dentro de los 15 días de haber sido notificados del contrato que se pretende celebrar.

Para interpretar este Artículo adecuadamente, es necesario recordar los tres momentos ya mencionados en que se manifiesta el derecho de tanteo, que son el momento comercial o propositivo, de notificación y de ejercicio potestativo. Teniéndolos en mente, se puede entender claramente que el Artículo 491 del Código Civil cuando indica que tiene 15 días para su ejercicio se está refiriendo a partir del momento de notificación, a

partir del cual tiene 15 días para hacerlo valer (que es el periodo de ejercicio potestativo), pero que son antes de la celebración formal del contrato, por ello establece literalmente el Artículo en cuestión del contrato que se pretende celebrar. Dichas palabras se encuentran en tiempo futuro, y de ninguna manera se pueden interpretar en tiempo pasado como lo indica el criterio registral, al establecer o después de celebrado el contrato lo cual es contrario a lo que literalmente regula la ley. En caso hubiera duda sobre lo que indica el Artículo referido, se debe aclarar la misma conforme a la historia fidedigna de la institución del derecho de tanteo, y al hacerlo se puede determinar que el derecho de tanteo siempre debe ejercitarse antes del otorgamiento del contrato o instrumento, puesto que después de celebrado el negocio jurídico únicamente se puede ejercitar el derecho de retracto, el cual no se encuentra regulado en la legislación. De manera que con dicha interpretación del registrador no se está interpretando adecuadamente la norma jurídica, e incluso se están otorgando poderes al titular del derecho de tanteo que son propios de otro derecho (el de retracto) y que no son los que la ley le otorga, siendo por lo tanto dicho criterio de calificación contrario a lo establecido en la norma jurídica. Agregando a ello, se debe tomar en cuenta la naturaleza jurídica del derecho de tanteo, sin embargo, ello se hace en el capítulo siguiente, pues implica una consecuencia lógica de la determinación de su naturaleza.

El caso particular que se analiza en la presente tesis, es el caso del derecho de tanteo dentro de la compraventa de derechos de copropiedad sobre bien inmueble, el que conforme a la legislación civil y notarial guatemalteca, únicamente puede otorgarse en escritura pública, de modo que se procede a enunciar brevemente sobre el instrumento público, y sobre los requisitos que debe cumplir a efecto de que sea registrable en el Registro General de la Propiedad, siendo los únicos requisitos que el registrador debe considerar dentro de su criterio registral a efecto de practicar o no las inscripciones solicitadas.

Para la debida comprensión del tema se expone someramente lo relacionado al instrumento público y a los contratos traslativos de dominio, que son precisamente los que se vinculan directamente con el asunto tratado.

1) Instrumentos públicos: por instrumento público debe entenderse, según Ossorio: “Escritura, papel o documento con que se justifica o prueba alguna cosa... que están autorizados por notario o escribano o por alguno de los funcionarios... las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en los libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley...”⁴⁰ Según Carlos Emérito González, citado por Nery Muñoz, el instrumento público “Es el documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho.”⁴¹ De dicha cuenta, por instrumento público debe ser entendido como el documento público autorizado por notario en el que se hace constar la realización algún acto o negocio jurídico, ya sea a solicitud de parte, por orden de juez competente, o por disposición de la ley. El género próximo al que pertenece el instrumento público es al de documento públicos, de dicha cuenta los documentos que autoriza un funcionario público son documentos públicos, pero únicamente los autorizados por notario se denominan instrumentos públicos.

Los instrumentos públicos de clasifican de la manera siguiente: dentro del protocolo, que son las escrituras matrices o públicas, actas de protocolización, y razones de legalización de firma; y fuera del protocolo que las conforman las actas notariales, actas de legalización de firmas y las actas de legalización de copias de documentos.

⁴⁰ Ossorio, Manuel, **Ob. Cit.**, pág. 390

⁴¹ Muñoz, Nery Roberto, **Introducción al estudio del derecho notarial**, pág. 107

En el presente apartado se analizan los requisitos formales y esenciales que deben cumplir las escrituras públicas, las que pueden definirse como los instrumentos públicos protocolares por los que se hacen constar negocios y actos jurídicos.

Los requisitos formales que debe cumplir toda escritura pública, por el hecho de ser un instrumento público protocolar son los mismos que deben cumplirse en todo el protocolo, como lo establece el Artículo 13 del Código de Notariado, los que son: 1. redactarse en español y escribirse a máquina o a mano, de manera legible y sin abreviaturas; 2. llevar numeración cardinal, y se escribirse uno a continuación de otro, por riguroso orden de fechas y dejando de instrumento a instrumento, sólo el espacio necesario para las firmas; 3. llevar foliación cardinal, escrita en cifras; 4. En el cuerpo de la escritura las fechas, números o cantidades, se expresan con letras. En caso de discrepancia entre lo escrito en letras y cifras, se está a lo expresado en letras; 5. Cuando deban insertarse documentos o se transcriban las partes conducentes, se deben copiar textualmente; 6. La numeración fiscal del papel sellado no puede interrumpirse más que para la intercalación de documentos que se protocolen; o en el caso de que notario hubiere terminado la serie; 7. Los espacios en blanco que permitan intercalaciones se deben llenar con una línea antes de que sea firmado el instrumento.

De igual forma se deben cumplir los requisitos propios de las escrituras matrices que regula el Artículo 29 del mismo cuerpo legal, y son los siguientes: 1. Debe llevar el número de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento; 2. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes, en base a este requisito es que el registrador de la propiedad tiene la facultad para verificar la legitimación de las partes, de comprobar si son ellos los que realmente tienen las titularidades sobre los derechos reales de que versan los contratos; 3. La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento, y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos

civiles; 4. La identificación de los otorgantes cuando no los conoce el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando se estima conveniente; 5. Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndoles e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autorizó. Debe hacerse constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y al juicio del notario, para el acto o contrato; 6. La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no sabe o no puede firmar, lo hará por él, un testigo; 7. La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato; 8. La Fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato, en base a este requisito es también bajo el cual el registrador de la propiedad puede exigir la debida presentación del documento con el cual se ampara el otorgante que indica ser titular de un derecho real; 9. La transcripción y las actuaciones ordenadas por la ley o que a juicio del notario sean pertinentes, cuando el acto o contrato haya sido precedido e autorización u orden judicial o preceda de diligencias judiciales o administrativas; 10. La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación; 11. La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos; 12. Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras “Ante mí”. Si el otorgante no sabe o no puede firmar, debe poner la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especifica el notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no saben o no pueden firmar, lo debe hacer un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio notario fuere el otorgante debe poner antes de firmar la expresión: Por mí y ante mí.

Los anteriores requisitos formales enumerados son los que el registrador de la propiedad debe calificar en cada escritura pública que se le presenta, a efecto de determinar si el instrumento es inscribible o no. Resalta particularmente el deber que

tiene el registrador de la propiedad de verificar la legitimación de los otorgantes, es decir, que verdaderamente sean titulares de los derechos reales de los que se disponen en los instrumentos, teniendo en caso de no serlos, la facultad para rechazar la inscripción del instrumento, en base a los numerales 2 y 8 del Artículo 29 del Código de Notariado, además del Artículo 30 del mismo cuerpo legal y otros específicos del Código Civil.

2) Contratos traslativos de dominio: por contratos traslativos de dominio se debe entender que se refiere a los negocios jurídicos en razón de los cuales una persona titular de un derecho real de propiedad, aunque en el presente caso son los derechos reales de copropiedad, vende, traspasa o cede dicho derecho a otra persona que los recibe para ser la nueva titular de dichos derechos. Según el Artículo 1790 del Código Civil el contrato de compraventa es por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla, y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero. Y tiene los siguientes caracteres: es principal, consensual, bilateral, oneroso y conmutativo.

En el caso del contrato de compraventa de derechos de copropiedad, uno sólo de los copropietarios de un bien particular no puede venderlo, sino que únicamente puede disponer de los derechos que posee sobre la parte alícuota que le corresponden de dicho bien, de modo que en torno a dicho negocio jurídico deben cumplirse determinados requisitos que redundan en la validez o nulidad del negocio jurídico, siendo los siguientes:

Que el objeto sea lícito, posible y determinado, o al menos determinable, en el caso de la compraventa de derechos de copropiedad sobre bien inmueble el objeto del negocio jurídico son derechos de copropiedad, por consiguiente el objeto sí es lícito, posible y determinado. De igual forma debe cumplir con que el consentimiento que se presta por

parte de los otorgantes no adolezca de vicio, es decir, que los contratantes deseen realmente celebrar dicho negocio, en el caso particular que se analiza, ello implica dos cosas: primero que el otorgante vendedor sea el legitimado, es decir, el titular del derecho de copropiedad que por dicho acto se vende, y que el comprador sea a quien el vendedor realmente cree estar vendiendo, y segundo que ambos presente su consentimiento libres de presiones exteriores. Capacidad legal de las partes para contratar, lo que nuevamente implica dos situaciones, la primera es que los otorgantes sean mayores de edad con respecto a lo que establece la ley, y la segunda situación es que el vendedor sea capaz de vender sus derechos, es decir, que sea el titular del derecho y que no se encuentre en estado de interdicción. De modo que el negocio jurídico por el que el titular de derechos de copropiedad vende sus derechos, y cumple con todos esos requisitos de validez del negocio, se puede decir claramente que es un acto inscribible.

Sin embargo, dichos elementos del negocio jurídico en general deben complementarse con los requisitos particulares que el Código Civil regula para la compraventa de derechos reales sobre bienes inmuebles, los que son: según el Artículo 1794 ser propietario del bien, pues claramente indica dicho Artículo que la venta de cosa ajena es nula, fijar un precio para la cosa que se enajena (Artículo 1796); según el Artículo 1808 del Código Civil si la cosa vendida fuere inmueble o derecho real sobre inmuebles, prevalecerá la venta que primero se haya inscrito en el Registro, y si ninguna lo ha sido, será válida la venta anterior en fecha, lo que es consecuente con el Artículo 1141, que regula el principio de prioridad o prelación (*prior tempore, potior iure*), en base a lo cual la compraventa de dichos derechos debe ser inscrita en el Registro General de la Propiedad; el vendedor debe garantizar la útil y pacífica posesión del bien (Artículo 1809); pagarse el precio o determinarse la forma para hacerlo (Artículo 1825); otorgarse en escritura pública conforme al Artículo 1130 numeral 2 del Código Civil siendo dichos requisitos los que regula en Código Civil; dichos instrumentos deben cumplir los requisitos que se han enumerado anteriormente en el apartado de los instrumentos públicos, dentro de los que resalta el Artículo 30 del Código de Notariado

que establece que el otorgante que se obligue hará constar, de manera expresa, si sobre los bienes que motivan el acto o contrato, existen o no gravámenes o limitaciones, cuando éstos puedan afectar los derechos del otro otorgante; y el Notario les advertirá las responsabilidades en que incurran si así no lo hicieren.

Los anteriores son los requisitos que el negocio jurídico debe cumplir a efecto de que tenga validez plena, y son los que el registrador de la propiedad debe verificar al momento en que se presenta la solicitud de inscripción de un instrumento público que contiene un negocio jurídico de compraventa de derechos de copropiedad sobre un bien inmueble, sin embargo, como se ha indicado con anterioridad, el actual criterio del Registro General de la Propiedad de la Zona Central establece que además para que dicho que negocio jurídico sea inscribible debe hacerse constar la notificación que se realizó al otro copropietario del bien inmueble a efecto de que tenga la oportunidad de ejercer su derecho de tanteo; sin embargo, dicho criterio carece de fundamento legal, y como se ha indicado con anterioridad, todo criterio debe producirse como efecto de la interpretación que de la norma jurídica realice el registrador de la propiedad, y en este caso no hay norma jurídica alguna que impida la inscripción del instrumento público de compraventa de derechos de copropiedad porque no se haya realizado la notificación, de modo que dicho instrumento debe obligadamente inscribirse, pues el criterio registral carece de base normativa alguna.

Debe tenerse presente lo expuesto por Hart, y que ha sido citado con anterioridad, de que en la normativa privada cuando un acto o negocio jurídico celebrado carece de los requisitos ordenados por la ley, se regula su nulidad como sanción por la omisión; siendo en el caso de la compraventa de derechos de copropiedad sobre bienes inmuebles que en ninguna norma jurídica se presenta como sanción de nulidad o al menos de anulabilidad, el hecho de haberse otorgado el instrumento público sin haber notificado al otro u otros copropietarios del bien inmueble de la compraventa que se pretende celebrar, de modo que por no haber sanción de dicha omisión el registrador de

la propiedad no puede de ninguna manera impedir o rechazar la inscripción del instrumento público que contiene el negocio jurídico. De igual forma debe conjugarse con dicho criterio la naturaleza jurídica que tiene el derecho de tanteo, lo que es expuesto claramente en el capítulo siguiente.

3.4. Anotaciones

Las anotaciones registrales son las operaciones que realiza el Registro, en este caso, de la Propiedad con el objeto de que se tengan presentes los derechos reales o de crédito que una persona tiene sobre uno o varios de los bienes que se tienen inscritos en dicho Registro. Las anotaciones son en su mayoría temporales, sin embargo, hay una clase de anotaciones que se denominan como preventivas, las que son "...asiento temporal y provisional de un título en el Registro General de la Propiedad, como garantía precautoria de un derecho o de una futura inscripción. Para Couture es la constancia puesta por escribano o funcionario público en un título, escrito, copia, etc., aclarando su origen, documentando su presentación, modificando su alcance."⁴² En efecto, la anotación de un instrumento en el Registro General de la Propiedad hace oponible un derecho de una persona frente a todas las demás, pues para que se pueda disponer de un derecho real se debe garantizar por parte del propietario la tranquila posesión del bien, de manera que con una anotación registral sobre un bien resulta imposible para el propietario garantizar la pacífica posesión y por consiguiente demasiado riesgoso para el adquirente comprar dicho derecho, puesto que podría implicar la pérdida del mismo, pues la anotación genera en una oponibilidad *erga omnes* del derecho anotado. Tal es el caso que incluso se ha discutido sobre la modificación sustancial de un derecho personal que se hace anotar sobre bienes del deudor, sobre si muda su naturaleza al de un derecho real o no, puesto que permite la persecución del bien para satisfacer el crédito anotado preventivamente.

⁴² Ossorio, Manuel, **Ob. Cit.**, pág. 56

En el Código Civil en su Artículo 1149 se establecen los casos en los que procede que una persona solicite al registrador de la propiedad que realice anotaciones de su derecho, resaltando para el presente caso, que el derecho de tanteo, no obstante ser un derecho personal con implicaciones o con vocaciones sobre un derecho real, no debe ser solicitada su anotación por la persona a quien asiste dicho derecho. Además claramente regula el Artículo 1124 del Código Civil que todos los derechos reales deben ser debidamente inscritos en el Registro General de la Propiedad cuando indica que el Registro General de la Propiedad es una institución pública que tiene por objeto la inscripción, anotación y cancelación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales; siendo el caso que el derecho de tanteo no debe ser inscrito en dicho Registro pues no es un derecho real, sino personal como se ha determinado anteriormente, lo que implica nuevamente que el registrador de la propiedad no debe solicitar que se haya dado oportunidad para el ejercicio del derecho de tanteo a su titular, para que proceda a realizar la operación registral de inscribir una compraventa de derechos de copropiedad sobre bien inmueble, pues no tiene facultad para verificar su debido cumplimiento, pues no es requisito de validez del negocio jurídico.

Como se indica anteriormente, la anotación de un derecho en el Registro General de la Propiedad faculta al titular del derecho anotado a la persecución del bien anotado, pudiendo caer sobre dicho bien indistintamente de quién sea su propietario titular al momento de realizarse el cobro ejecutivamente, de esa forma lo establece el Artículo 112 del Código Procesal Civil y Mercantil, el que establece que la notificación de una demanda produce los de hacer anulables la enajenación y gravámenes constituidos sobre la cosa objeto del proceso, con posterioridad al emplazamiento. Tratándose de bienes inmuebles, este efecto sólo se producirá si se hubiere anotado la demanda en el Registro General de la Propiedad; en igual sentido regula el Artículo 1163 del Código Civil, al indicar que los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán enajenarse o gravarse, pero sin perjuicio del derecho de aquél a cuyo favor se haya hecho la anotación. Siendo integradas dichas normas legales con el Artículo 1805 del Código Civil. De modo que como se puede observar, la anotación de derechos sobre un

bien otorga la facultad de perseguirlos para ejecutarlos a favor de quien ha solicitado dicha anotación, sin embargo, en el caso del derecho de tanteo se puede apreciar que no requiere de inscripción ni de anotación en el Registro General de la Propiedad, lo que justifica aún más la determinación de su naturaleza jurídica que se hace, al indicar que es de ser un derecho personal, lo que deviene en la imposibilidad legal del registrador de la propiedad para tomarlo como parámetro dentro de su criterio de calificación registral. Otra facultad que concede la anotación del derecho es la de ser preferido en el pago al momento en que se debe ejecutar judicialmente el bien respectivo, según el Artículo 1155 del Código Civil.

3.5. Cancelaciones

La cancelación registral es la acción y efecto de cancelar, de anular, de hacer ineficaz un instrumento público, una inscripción en un registro, una nota o una obligación que tenía autoridad o fuerza. Así, pues, la cancelación envuelve jurídicamente un concepto amplio, por cuanto el negocio cancelatorio tiene como finalidad la extinción de un derecho o de una situación determinada; y un concepto restringido, que se refiere a la anulación preventiva asentada en un Registro público, generalmente el de la propiedad. De igual forma Américo Cornejo define la cancelación como "...un asiento que se practica en el registro y que tiene la virtualidad de extinguir total o parcialmente a otro u otros asientos anteriores. Debe referirse a asientos registrales determinados y, si bien es accesorio y presupone la extinción del derecho inscripto, esto no es necesariamente, así, pues puede extinguirse el asiento por cancelación o caducidad y no extinguirse el derecho que publicaba ese asiento."⁴³ La diferencia entre la cancelación y caducidad, a que se refiere Cornejo es que la caducidad opera de forma legal por el transcurso de un tiempo determinado por la ley, pasado el cual, la anotación deja de surtir sus efectos legales, en tanto que la cancelación necesariamente implica la mediación de un solicitante, es decir, que la caducidad de la anotación es impulsada oficiosamente por la ley, mientras que la cancelación es a petición de parte, rogada.

⁴³ Cornejo, Américo Atilio, **Ob. Cit.**, pág. 193

La legislación no es concorde en su totalidad con las definiciones proporcionadas, pues el Artículo 1167 del Código Civil establece claramente que las cancelaciones únicamente pueden operarse si el derecho inscrito se ha extinguido, sin embargo, sí puede practicarse total o parcialmente sobre el derecho anotado. De igual forma se puede operar la cancelación cuando se extinga el derecho anotado, sino también cuando en escritura pública se convenga, o en providencia judicial se disponga convertirla en definitiva a tenor de lo establecido en el Artículo 1172 del Código Civil.

3.6. Inscripciones

Para el único hecho de tener presente lo que es la inscripción, se indica, según Ossorio que es: “Acción o efecto de inscribirse; tomar razón en algún registro, de los documentos o las declaraciones que han de asentarse según las leyes. Con relación a alguno actos, la inscripción es obligatoria, ya que sin ella carece de efectos, por lo menos frente a terceros...”⁴⁴ de igual forma la inscripción es considerada como un principio registral, sobre el que se indica que es todo asiento hecho en el Registro Público, relacionado al acto mismo de inscribir. Los derechos que nacen fuera del Registro, adquieren, al inscribirse, mayor fuerza de protección, por la presunción de exactitud de que son investidos y por la fuerza probatoria que les otorga el Estado por la fe pública registral. Este principio precisa la influencia que el acto de registro ejerce sobre la realidad extra-registral, y decide si la inscripción es o no elemento determinante para que el acontecimiento provoque efectos jurídicos propios de la inscripción.

En ese sentido, debe entenderse la inscripción, como principio y como operación registral, consistente en dar seguridad y certeza jurídica al tráfico de los bienes, y de esa forma lo reconoce el Código Civil en su Artículo 1124 al indicar que el Registro General de la Propiedad se deben inscribir los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y muebles identificables; de manera

⁴⁴Ossorio, Manuel, **Ob. Cit.**, pág. 387

que en esa forma se preceptúan en el Artículo 1125 del mismo cuerpo legal una enumeración de los derechos que son susceptibles de inscripción en el Registro General de la Propiedad, de los que sobresalen para los efectos de la presente tesis los siguientes: los títulos que acrediten el dominio de los inmuebles y de los derechos reales impuestos sobre los mismos; los títulos traslativos de dominio de los inmuebles y en los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, patrimonio familiar, hipoteca, servidumbre y cualesquiera otros derechos reales sobre inmuebles; y los contratos de promesa sobre inmuebles o derechos reales sobre los mismos...”.

Analizando dicha norma legal en su parte conducente, se puede establecer lo siguiente: primero que el Registro General de la Propiedad debe inscribir y llevar un control sobre todos los bienes inmuebles que hay en la República, cada uno conforme a su competencia territorial, no así con relación a los bienes muebles, los que únicamente se inscriben si son identificables; lo segundo es que todos los derechos reales sobre inmuebles deben necesariamente ser inscritos en dicho Registro, pues de lo contrario carecen de oponibilidad frente a terceros, que es lo mismo que *erga omnes*; lo tercero es que el numeral dos pretende hacer una enumeración no exhaustiva de los derechos reales que deben inscribirse, dentro de la cual no menciona al derecho de tanteo; y lo cuarto es que el numeral segundo citado contiene una disposición general al indicar que “...cualquiera otros derechos reales sobre inmuebles...”.

Sin embargo, dentro de la práctica registral no hay criterio sobre la posibilidad u obligación de inscribir el derecho de tanteo que tenga alguno de los copropietario, además no hay una normativa jurídica que obligue o que al menos faculte a alguno a inscribirlo, por consiguiente, ni legal ni registralmente se puede considerar al derecho de tanteo como un derecho real, y por consiguiente se encuentra fuera del ámbito de control que el Registro General de la Propiedad debe ejercer sobre los derechos reales;

con lo que nuevamente se reafirma, con base jurídica y práctica, que el derecho de tanteo tiene una naturaleza personal.

3.7. Rechazo

El rechazo es un acto por el cual el registrador de la propiedad decide, en base a su criterio, que el título que se le ha presentado para realizar alguna operación registral posee algún vicio que lo hace insuficiente para poder inscribir el acto o negocio jurídico que se pretende inscribir o anotar; o bien que el acto o negocio jurídico contenido en el instrumento carece de validez o no cumple con todos los requisitos que debería llenar a efecto de ser eficaz. De dicha cuenta se ubican dos tipos de errores que impiden la inscripción del título, y que son los formales (o errores formales del título) y los sustanciales, que son las omisiones de requisitos dentro del acto o negocio jurídico. Ambos tipos de errores han sido expuestos anteriormente bajo los apartados del instrumento público (formales) y del contrato traslativo de dominio (sustanciales), de modo que en el momento en que se incurre en una omisión de alguno de ellos, el registrador de la propiedad deviene facultado a rechazar la inscripción solicitada.

Este acto registral se encuentra íntimamente ligado con el principio procesal de legalidad o criterio registral antes expuesto, pues es en razón del criterio que el registrador tenga sobre los requisitos que la ley ordena que debe cumplir un instrumento público y negocio jurídico o acto, por lo que aceptará o rechazará realizar la operación registral solicitada.

De modo que la importancia que tiene la interpretación de la norma jurídica realizada por el registrador de la propiedad es vital, pues en base a ello exige el cumplimiento de determinados requisitos en los instrumentos y actos o negocios jurídicos para proceder a su inscripción o anotación.

Dentro del Código Civil se regula el rechazo de la solicitud que se presenta al Registro General de la Propiedad, particularmente en lo estipulado en el Artículo 1128 que regula que si el documento presentado no fuere inscribible de o careciere de los requisitos legales necesarios, el registrador lo hará constar en un libro especial que se llevará para tales efectos y en el propio documento, el cual devolverá al interesado, expresando la hora y fecha de recepción en el Registro, así como la ley en que se funda para suspender o denegar la inscripción. Como se puede apreciar, el registrador se encuentra facultado para denegar una inscripción en caso él considere que el título no es inscribible, y al hacerlo debe razonar el fundamento legal en el cual respalda su rechazo. En el caso del derecho de tanteo que solicita el registrador de la propiedad, su base legal es el Artículo 491 del Código Civil que se ha analizado anteriormente, al tenor del cual se ha establecido que no hay facultad otorgada por la ley al registrador de la propiedad para rechazar la inscripción de un instrumento público por no dar oportunidad para el ejercicio del derecho de tanteo.

Procede pues, exponer la forma en la que el Registro debe realizar los rechazos de inscripción, por lo que se muestra de la manera que sigue.

1) Razón del rechazo de inscripción: como se puede apreciar de lo indicado en el Artículo 1128 del Código Civil que ya ha sido citado, todo rechazo que realice el registrador de la propiedad debe ir razonado, es decir, que debe consignar el motivo o razón por la cual no ha accedido a realizar la operación que se le solicita. La razón de rechazo que se consigna en el instrumento debe ser fundada únicamente por el hecho de que carezca de los requisitos formales o sustanciales de validez, de manera que en la razón del rechazo es en donde claramente se puede apreciar el criterio registral, es decir, la manifestación de la interpretación de la ley que realiza el registrador de la propiedad es precisamente la razón que éste consigna en los documentos que rechaza; es por ello que nuevamente se resalta en sobremanera la importancia de la función

interpretadora de la ley que realiza el registrador de la propiedad, pues en base a su interpretación o criterio es que admite o no una solicitud de inscripción.

Como se ha indicado con anterioridad, el criterio de calificación registral del registrador de la propiedad con respecto al derecho de tanteo es erróneo por considerar que un instrumento público no es inscribible por no haberse dado la oportunidad al ejercicio del derecho de tanteo, y es más, la equivocación en la interpretación se magnifica por el hecho que el registrador en su criterio, le concede al titular del derecho de tanteo la facultad de aceptar o no la propuesta de venta del bien, aún después que el negocio jurídico ya ha sido celebrado, es decir, le otorga poderes de retracto al titular del derecho de tanteo, lo que consiste en extralimitar el sentido objetivo de la norma jurídica y por consiguiente, deviene en una interpretación no adecuada de la ley, ni de la institución del derecho de tanteo. De modo que los instrumentos rechazados sobre derecho de tanteo que se fundan en dicho razonamiento, carecen de base legal, sin embargo, ello no impide la consecuencia de determinados efectos.

2) Efectos del rechazo de inscripción: como toda norma jurídica, cada acto jurídico genera determinados efectos jurídicos, de manera que el rechazo de inscripción de un instrumento presentado al registrador de la propiedad produce, según el Código Civil, los siguientes efectos: El primer efecto del rechazo es que el instrumento público no puede ser aceptado en ningún tribunal u oficina pública, pues para ello necesita estar debidamente inscrito, según el Artículo 1129 del Código Civil; el segundo efecto consiste en que se pierde el derecho de prioridad, es decir, que en caso de que se hayan presentado dos o más instrumentos que contengan negocios jurídicos sobre el mismo bien inmueble, el que instrumento que es rechazado pierde su orden de prioridad con relación a los demás instrumentos, como lo indica el Artículo 1141 y 1145 del Código Civil; y el tercer efecto, que es el más relevante, es el contenido en el Artículo 1148 del Código Civil, el cual indica que únicamente perjudicará a tercero lo que aparezca inscrito o anotado en el registro. Por tercero se entiende el que no ha

intervenido como parte en el acto o contrato. Los títulos inscritos o anotados surtirán efectos contra tercero y aun contra los acreedores singularmente privilegiados, desde la fecha de su entrega al Registro. En base a este Artículo es el cual se puede legitimar claramente la oponibilidad *erga omnes* del derecho real, sin embargo, cuando un instrumento público que contiene un negocio jurídico relacionado con un derecho real es rechazado, el mismo carece de oponibilidad *erga omnes*, de modo que el negocio jurídico carece de seguridad y certeza jurídica, puesto que en cualquier momento podría ser revocado por tercero.

De manera que como se puede apreciar, el rechazo de un instrumento público para su inscripción, por parte del registrador de la propiedad tiene una importancia elevada, puesto que ello implica la sustentabilidad jurídica que tiene determinado negocio jurídico. Por dicho motivo es que cada rechazo de inscripción debe necesariamente ir razonado conforme a la lógica de la interpretación objetiva e histórica de la norma, puesto que de esa manera se puede obtener una mejor interpretación, siendo la misma la fundamentación del criterio de calificación registral, que como se ha indicado con relación al ejercicio del derecho de tanteo, se encuentra en inconsistencia con lo establecido claramente en la ley, por lo tanto cada rechazo que se realiza en base a dicho criterio de calificación registral pone en grave riesgo el derecho de propiedad o demás derechos reales garantizados por la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 39.

CAPÍTULO IV

4. Efectos de la determinación del derecho de tanteo como derecho personal

4.1. Consideraciones previas

Como se ha indicado desde el inicio de la presente tesis, el enfoque primordial de la misma consiste en determinar la naturaleza jurídica, género próximo o ámbito metafísico del derecho de tanteo, y en razón de dicha determinación poder establecer las características del mismo.

Por lo precisas de las palabras de Puchta, es que nuevamente se transcribe lo indicado por dicho autor; "...cada concepto superior permite determinados enunciados (por ejemplo, el concepto del derecho subjetivo: que es 'un poder sobre un objeto'); ahora bien, al subsumir el concepto inferior bajo el superior, valen para él; 'forzosamente', todos los enunciados que se hubieren hecho del concepto superior...La 'genealogía de los conceptos' indica, por tanto, que el concepto supremo, del que son derivados todos los demás, codeterminan con su contenido todos los restantes."⁴⁵ Es decir, que, al lograr determinar el concepto superior al que pertenece el derecho de tanteo, se puede predicar del mismo todos los enunciados que se refieren al concepto superior, y de esa forma poder aplicar el contenido conceptual del mismo al concepto particular del derecho de tanteo.

Como se ha logrado establecer en base a razonamientos jurídicos doctrinarios de diversos autores a nivel internacional, y en base a la interpretación objetiva, histórica e institucional de la normativa jurídica referente al derecho de tanteo, se determina que el derecho de tanteo es un derecho personal, puesto que no se adecua a los postulados doctrinario y legales de los derechos reales, no es oponible *erga omnes*, no expresa un

⁴⁵ Larenz, Karl, **Ob. Cit.**, pág. 42

vínculo de inmediatividad, absolutividad, inherencia o efecto reflejo de la norma, común a todo derecho real, y no es inscribible como la generalidad de los derechos reales. Siendo el caso, que en base a dichos razonamientos se determina su pertenencia al concepto superior de los derechos personales, de modo que en el presente apartado se analiza el contenido conceptual del derecho de tanteo en relación directa con los derechos personales, como efecto primordial la determinación de su naturaleza jurídica, a partir de lo cual se presenta una definición posible del derecho de tanteo dentro del marco normativo guatemalteco; y posteriormente se expone el efecto particular que la determinación de su naturaleza jurídica genera con relación al Registro General de la Propiedad, especialmente el de la Zona Central.

4.2. Derecho comparado

Como se ha indicado ya en dos oportunidades, en el derecho internacional, particularmente en España, se aprecian dos modalidades de derecho de tanteo, uno personal y otro real. El derecho de tanteo personal se puede constituir en base a un contrato, el que es oponible única y exclusivamente *erga debitorem*, sin embargo, dicho contrato es susceptible de ser inscrito en el Registro General de la Propiedad mudando de esa manera su naturaleza personal hacia una naturaleza real, convirtiendo dicho derecho en oponible *erga omnes*. Como se puede apreciar, la oponibilidad es vital para poder determinar la esencia del derecho de tanteo, sin embargo, dicha oponibilidad no siempre gira en torno a la inscripción del derecho de tanteo en el Registro General de la Propiedad, sino que también gira en torno al complemento de reipersecutoriedad del derecho de tanteo real con la figura del derecho de retracto.

El derecho de retracto, como se ha expuesto, otorga las mismas facultades que otorga el derecho de tanteo, de ser preferido en la adquisición del dominio de un bien, en este caso inmueble, pero a diferencia del derecho de tanteo, el retracto debe necesariamente ejercitarse en un momento posterior al otorgamiento del instrumento

público que contiene el contrato de compraventa de derechos de copropiedad. De manera que el derecho de retracto es la aplicación retroactiva del derecho de tanteo, siendo propiamente la exteriorización del poder de reipersecutoriedad que posee todo derecho real; por ello mismo es que cuando la normativa legal faculta al titular del derecho de tanteo a ejercer el derecho de retracto, se indica sin lugar a dudas que el derecho de tanteo en dicha legislación es obligadamente real, puesto que otorga poderes de reivindicación de un derecho; y por el contrario, cuando la normativa jurídica no regula la figura del derecho de retracto se debe predicar del derecho de tanteo que es un derecho personal, quedando a salvo únicamente si dicho derecho es inscribible, porque de serlo su naturaleza podría mudar al momento de su inscripción hacia un derecho real, y por consiguiente ser oponible *erga omnes*.

En el caso particular de Guatemala, la legislación no regula el derecho de retracto, ni otorga al titular del derecho de tanteo la facultad de poder exigir el cumplimiento del mismo después de que se ha otorgado el contrato respectivo, ni otorga al titular el derecho de inscribir su derecho en el Registro General de la Propiedad, por consiguiente se debe predicar necesariamente que el derecho de tanteo en la legislación guatemalteca es un derecho personal.

Se ha hecho referencia con anterioridad a la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 22/2001, de 31 de diciembre, de Regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente por medio de la cual se regula como derecho personal al derecho de tanteo, sin embargo, otorga la facultad a su titular de modificar su naturaleza mediante inscripción en el Registro correspondiente. Dicha ley define el derecho de tanteo en su Artículo 19, que dice que el derecho de tanteo, que otorga al titular la facultad de adquisición preferente, en las enajenaciones onerosas en las que el titular del derecho pueda realizar o dar la contraprestación a que se haya comprometido el adquirente. De igual forma establece en su Artículo 20 que el

derecho de tanteo puede ser considerado como personal o real dependiendo de si se ha inscrito en el Registro respectivo o no, y es en base a dicha inscripción que el derecho de tanteo puede ser oponible frente a terceros, indicado en la parte conducente del Artículo 20 que la oponibilidad a terceros de los derechos de adquisición tiene lugar mediante la inscripción registral.

De igual forma, la Ley en mención establece que el derecho de tanteo puede ser objeto de cotitularidad por varias personas, es decir, que puede ser otorgada a varias personas un mismo derecho de tanteo. El Artículo 30 de dicha ley regula algo de vital importancia, que si el objeto está legalmente en poder de terceras personas, es procedente la indemnización de daños y perjuicios. Eso es pues claramente concordante con la naturaleza personal del derecho de tanteo, puesto que si fuera un derecho real admitiría la reivindicación del derecho. Ante lo establecido, es necesario hacer la aclaración que en dicha ley sí se considera también al derecho de tanteo como derecho real, siempre y cuando el mismo se encuentre debidamente inscrito, de lo contrario únicamente pueden ejercerse los poderes que aquí se mencionan. En Guatemala por no permitirse la inscripción del derecho de tanteo en el Registro General de la Propiedad debe establecerse que únicamente se puede exigir al obligado la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la omisión de su prestación positiva.

Una de las principales características que se pueden encontrar en la legislación y doctrina internacional, es a la que se refiere Bosch Capdevila, quien indica que debido a la naturaleza personal del derecho de tanteo éste es oponible únicamente ante el sujeto obligado a realizar la prestación positiva de hacer, es decir, que dicho derecho es oponible *erga debitorem*, es por ello que en el caso de que el sujeto obligado a realizar la prestación no lo hiciera, el poder que tiene el titular del derecho de tanteo es simplemente el de demandar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados,

es decir, que no puede pedir la nulidad del negocio jurídico en el que se hizo caso omiso a su derecho, puesto que el tercero comprador no tiene el deber de respetar su derecho, por cuanto no es un derecho real, sino uno personal y oponible únicamente contra el obligado. Siendo esa la mayor novedad que al respecto postula Bosch Capdevila sobre su estudio de los derechos de adquisición preferente, y que es consecuente con lo que regula la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña citada.

Otros países como Suiza tienen una larga tradición de considerar al derecho de tanteo como un derecho propiamente personal, como se puede apreciar del maestro suizo Huber, el que expone al respecto: "...puede concebirse el efecto real de las acciones derivadas de los derechos personales de tanteo y retracto."⁴⁶ Bajo lo cual se reconoce explícitamente que el derecho de tanteo, no obstante generar efectos reales, es sin lugar a dudas un derecho personal.

De modo que según la doctrina suiza se puede indicar que uno de los efectos que genera el derecho de tanteo es la de producir consecuencias reales (de derechos reales). En similar sentido se expresa el suizo Liver, quien sigue los pasos de Huber en la explicación personal del derecho de tanteo, sin embargo, éste postula la consideración del derecho de retracto como una reconfiguración del derecho de tanteo, que al ser complementados permiten extender retroactivamente los poderes del tanteo, y por consiguiente modificar su naturaleza a la de un derecho real, siempre y cuando el retracto se encuentre igualmente legislado.

La teoría de Liver fue modificada conforme a la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña a que se ha hecho referencia, pues según dicha ley, tanto el derecho de

⁴⁶ De Castro Vítóres, German, **Ob. Cit.**, pág. 282.

tanteo como el de retracto pueden tener una naturaleza personal, tal y como lo indicaba Huber.

La postulación que sostiene el mexicano Gutiérrez y González es la de considerar al derecho de tanteo como un derecho real, sin embargo, ello es debido a que México a reconfigurado el derecho de tanteo y el de retracto bajo uno solo, al que se le ha denominado como derecho de tanto. De modo que al momento en que la legislación mexicana engloba los poderes del tanteo y retracto bajo la misma figura, se crea la reipersecutoriedad del derecho y por consiguiente se le tiene como un derecho real. De esa forma lo indica el referido autor, quien establece lo siguiente en relación al derecho del tanto: “Este derecho, creado con los perfiles que adelante se le anotan por el legislador mexicano, subsume dos instituciones conocidas en el Derecho español como Derechos de prelación: El Derecho de Tanteo y el Derecho de Retracto.”⁴⁷ Lo que confirma lo indicado al decirse que el derecho de tanteo es real al encontrarse coordinado con el derecho de retracto, pues ello genera la reivindicación del derecho, por lo tanto en la legislación guatemalteca por no existir la figura del derecho de retracto puede decirse claramente que el derecho de tanteo es personal, confirmándose lo postulado.

4.3. Efectos generales

El ámbito metafísico de un ente determina directamente el aspecto ontológico del mismo; aplicándolo al ámbito jurídico se debe decir que la determinación del ámbito metafísico de una figura jurídica determina el ámbito ontológico de la misma, que se encuentra conformado por sus características. Con relación al derecho de tanteo en la legislación civil guatemalteca se ha podido determinar, en base a las razones expuestas ampliamente con anterioridad, que su ámbito metafísico es de pertenecer a los derechos personales, y es en razón de ello que se tienen como efectos generales las

⁴⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, **Ob. Cit.**, pág. 314

características que se pueden aplicar a él por pertenecer al concepto superior de derechos personales; por lo tanto el ámbito ontológico o características del derecho de tanteo por ser un derecho personal, y que corresponden directamente con la diferencia específica de la estructura conceptual expuesta en el capítulo primero, son las siguientes:

El derecho de tanteo es bilateral o paucilateral (según Hohfeld), es decir, que se encuentra conformado por dos polos distintos con derechos y obligaciones distintas; los que son el polo acreedor y el polo deudor. El polo acreedor se conforma por el copropietario no vendedor que es titular del derecho de tanteo, y tiene el derecho de ejercerlo en el plazo de 15 días siguientes a ser notificado del futuro contrato de compraventa que pretende celebrar el otro copropietario con un tercero comprador; teniendo para ello a su favor el derecho a ser preferido en la adquisición del bien de acuerdo a la propuesta realizada para la compra por el tercero. El polo deudor se encuentra conformado por el copropietario que pretende vender su derecho a un tercero, teniendo para ello la obligación de notificar al otro copropietario de su intención de enajenar su derecho sobre el bien; sin embargo, posee el derecho de desestimar la propuesta de compraventa que haga el titular del derecho de tanteo, siendo el motivo por el que puede desestimar dicha propuesta que se haga en términos inferiores a los ofrecidos por el tercero comprador. Por términos inferiores debe entenderse no solamente el monto de la enajenación, sino también otras circunstancias; por ejemplo: la oferta del tercero por los derechos de copropiedad sobre el bien inmueble son de cien mil quetzales, y el titular del derecho de tanteo ofrece pagar ciento diez mil quetzales, sin embargo, el tercero ofrece pagarlo en un mismo momento, y el titular del derecho de tanteo por abonos, en ese caso el copropietario vendedor esta facultado para rechazar el derecho de tanteo del titular, al igual si se pactan plazos distintos que considere el interesado como superiores, o intereses, o cualquier otra circunstancia que implique desventajas para el copropietario vendedor.

La bilateralidad o paucilateralidad es directamente opuesta a la absolutividad que se postula para los derechos reales, en razón de lo cual se puede exigir el cumplimiento a una persona en particular.

El derecho de tanteo se configura en torno a sujetos determinados. Ello se refiere directamente a la contraposición con el sujeto pasivo universal postulado por la tesis obligacionista para los derechos reales, en razón de la cual el titular del derecho real lo podía oponer frente a la totalidad de las personas, las que eran representadas por el sujeto pasivo universal; en cambio los derechos personales se caracterizan precisamente por la posibilidad de determinar a los sujetos que participan en la relación jurídica obligatoria. En el derecho de tanteo se puede apreciar con toda precisión quienes son los copropietario sobre un bien determinado, por consiguiente cada uno tiene con respecto del otro el derecho de tanteo en la adquisición de su derecho de copropiedad, siendo por ello de sujetos determinados.

El objeto del derecho de tanteo es una prestación positiva de hacer. Toda relación obligatoria o derecho personal se refiere a la obligación que tiene uno de los sujetos de la relación (deudor) en realizar una conducta a favor del otro sujeto (acreedor); dicha conducta adquiere el nombre prestación, la que puede ser positiva o negativa, consistiendo al positiva en hacer o dar una cosa, y la negativa en no hacer una cosa. El derecho de tanteo otorga al titular el derecho de obligar al otro copropietario vendedor a aceptar su derecho de preferencia sobre sus derechos si cumple con las propuestas que se le han hecho; de esa cuenta el titular del derecho de tanteo tiene a su favor una prestación positiva de hacer por parte del otro copropietario. En cambio el copropietario vendedor tiene a su cargo la realización de dos prestaciones positivas de hacer, la primera de dar aviso al titular del derecho de tanteo que desea enajenar su derecho, y la segunda, en admitir el ejercicio del derecho de tanteo por parte del titular mismo cuando satisface o mejora las propuestas hechas a aquel por un tercero.

El derecho de tanteo es oponible únicamente *erga debitorem*. Todo derecho personal por el hecho de tener sujetos debidamente determinados dentro de su relación obligatoria, posee una oponibilidad únicamente en contra del sujeto que tiene a su cargo la realización de la prestación. Es en razón de ello que se configuran las legitimaciones activas y pasivas; teniendo la legitimación activa para ejercer el derecho de tanteo únicamente el sujeto que conforma el polo acreedor (copropietario no vendedor), y el legitimado pasivamente para ser obligado a respetar el derecho de tanteo lo es solamente el sujeto que forma parte del polo deudor (copropietario vendedor). De manera que el titular del derecho de tanteo tiene la facultad de oponer su derecho en contra únicamente del copropietario vendedor, no pudiendo afectar a otras personas o intentar obligar a otros a que hagan valer su derecho, puesto que el sujeto obligado es uno solo, de allí que el derecho de tanteo es oponible únicamente *erga debitorem*.

El derecho de tanteo otorga a su titular el derecho de demandar la indemnización por daños y perjuicios en caso de ser omitido el cumplimiento del mismo. Como en todo derecho personal, el titular del mismo tiene facultad para que, en caso de que no sea realizada la prestación debida, pueda accionar en contra del deudor el pago de una indemnización por daños y perjuicios que se hayan ocasionado por el incumplimiento. Tal es propiamente el caso del derecho de tanteo, que en caso de no ser cumplido se faculta a su titular a demandar al obligado por los daños y perjuicios.

Por lo antes expuesto sobre el ámbito metafísico y ontológico del derecho de tanteo en la legislación civil guatemalteca, se presenta la siguiente definición como posible: El derecho de tanteo es el derecho personal bilateral por el cual una persona tiene el derecho de ser preferida en la adquisición de un bien determinado, debiéndose dar conocimiento de la venta de los derechos sobre dicho bien por el sujeto particular que posee derechos sobre el mismo, a quien únicamente es exigible el cumplimiento de la

preferencia, y quien en caso de incumplir dicha preferencia puede ser el único demandado por indemnización de daños y perjuicios por el titular del derecho.

4.4. Efectos específicos con relación al registro de la propiedad

El criterio del Registro General de la Propiedad de la Zona Central con relación al derecho de tanteo ya ha sido debidamente expuesto, sin embargo, es necesario retomar algunas anotaciones, para la cual se presenta nuevamente dicho criterio, conforme a las Guías de Calificación Registral del Registro General de la Propiedad de la Zona Central, en el numeral 16 de sus criterios, el cual se refiere al derecho de tanteo en el régimen especial de copropiedad, regula que conforme el Artículo 491 del Código Civil, la notificación a condueños debe ser previa a la negociación que se celebre; sin embargo, el otro u otros copropietarios pueden manifestar su consentimiento antes o después de celebrado el contrato. Conforme a dicho criterio es necesario para inscribir el instrumento público la comparecencia de los otros copropietarios no vendedores en dicho instrumento, quienes deben dar su consentimiento; cuestión que es inaudita, pues no son ellos quienes tienen el poder de disposición sobre los derechos de copropiedad vendidos; y peor es aún la interpretación cuando se indica que pueden prestar su consentimiento aún después de otorgado el instrumento, entonces ¿es válido el negocio jurídico sin el consentimiento de los otros copropietarios? ¿En qué momento se perfecciona el contrato de compraventa de derechos de copropiedad sobre bien inmueble, cuando se otorga el consentimiento de las partes o de los otros copropietarios? Como se puede apreciar dicho criterio registral carece de un fundamento lógico y jurídico, pues con ello se agregan requisitos que no son los que objetivamente indica la norma jurídica; además de colocar a las partes contratantes en un estado de incertidumbre jurídica, y hasta limitativa del derecho de libre disposición de su patrimonio a cada copropietario, pues necesariamente tendría que disponer de su derecho con consentimiento de los otros copropietarios, lo que no es legal ni constitucional. Pero el problema de dicho criterio se agrava aun más, pues ¿qué sucede si el otro u otros copropietarios no otorgan su consentimiento? ¿Es válido el

negocio jurídico realizado en esas condiciones o no? Si con el hecho simple de suponer el consentimiento el problema ya era bastante gravoso, se complica aún más suponiendo una posible negativa de los otros copropietarios. Estas preguntas no tienen respuesta legal, pues el criterio del Registro General de la Propiedad de la Zona Central no es concorde con lo indicado en la norma jurídica, porque de serlo, tendría una respuesta clara a la misma.

El Artículo 491 del Código Civil que erróneamente interpreta el registrador de la propiedad, establece que los condueños gozan del derecho de tanteo que podrán ejercitar dentro de los 15 días de haber sido notificados del contrato que se pretende celebrar. Una interpretación realmente objetiva de dicho Artículo legal, muestra que el derecho que tienen los condueños es de ser preferidos en la adquisición de los derechos que el otro condueño pretende vender a un tercero; y no les otorga el poder de dar su consentimiento para que el condueño vendedor pueda o no celebrar un negocio jurídico; es más, la norma otorga a cada condueño el poder de disponer libremente de sus derechos sin necesitar consentimiento de nadie, pues claramente indica del contrato que se pretende celebrar, es decir, que cada condueño tiene derecho de negociar con quien y cuando desee la venta de sus derechos, debiendo únicamente dar aviso a los otros copropietarios del negocio que pretende celebrar, para el efecto de que si ellos desean adquirir sus derechos lo hagan, y sus propuestas tendrán preferencia, en tanto que sean iguales o superiores a las pactadas con el tercero. Por medio de esta interpretación objetiva del Artículo 491, se puede determinar claramente la contradicción existente entre el mismo con el criterio de calificación registral del Registro General de la Propiedad de la Zona Central.

De acuerdo con la interpretación objetiva propuesta del Artículo 491 del Código Civil se responden las preguntas hechas anteriormente: para las preguntas de ¿es valido el negocio jurídico sin el consentimiento de los otros copropietarios? ¿En qué momento se perfecciona el contrato de compraventa de derechos de copropiedad sobre bien

inmueble, cuando se otorga el consentimiento de las partes o de los otros copropietarios?

Los contratos se perfeccionan y obligan a las partes desde el momento de su consentimiento, según el Artículo 1518 del Código Civil, por consiguiente sí es válido el negocio jurídico otorgado sin el consentimiento de los otros copropietarios y se perfecciona desde que los otorgantes prestaron su consentimiento; para la pregunta de ¿Qué sucede si el otro u otros copropietarios no otorgan su consentimiento? No sucede nada, puesto que el o ellos no son partes dentro del contrato; y ¿Es válido el negocio jurídico realizado en esas condiciones o no? Sí es válido, puesto que quienes deben prestar su consentimiento sí lo han hecho, por lo tanto los otros copropietarios nada tiene que ver con dicho negocio jurídico.

El verdadero problema que existe con el criterio de calificación registral del Registro General de la Propiedad de la Zona Central referente al derecho de tanteo, es que dicho criterio realmente se pone en práctica por dicho Registro, y que en base a ello rechaza la inscripción de los negocios jurídicos de compraventa de derechos de copropiedad sobre bienes inmuebles que han omitido conceder la oportunidad para el ejercicio del derecho de tanteo a su titular; siendo precisamente este acto de rechazar la inscripción el que contraría directamente la naturaleza jurídica del derecho de tanteo.

Al momento en que el Registro General de la Propiedad de la Zona Central rechaza la inscripción de un instrumento por haberse omitido el ejercicio del derecho de tanteo por su titular, está ejerciendo y velando indirectamente por dicho derecho, puesto que con ello impide que el negocio jurídico sea oponible frente a terceros, pues claramente indica el Artículo 1148 del Código Civil que únicamente perjudicará a tercero lo que aparezca inscrito o anotado en el registro, por lo tanto esta ejerciendo poderes que sólo puede hacer con relación a un derecho real, sin embargo, como se ha demostrado, el

derecho de tanteo es esencialmente personal, pues dicho Registro no lleva inscripciones del mismo, ni puede obligar al copropietario vendedor a aceptar el derecho de tanteo, de modo que el Registro al rechazar la inscripción esta actuando cómo si estuviere legitimado para vigilar el estricto cumplimiento del derecho de tanteo. Precisamente por la legitimación activa del derecho de tanteo es que dicho acto contradice la naturaleza jurídica del derecho de tanteo.

Como se ha indicado, el derecho de tanteo es un derecho personal, y por consiguiente paucilateral o bilateral, es decir, que tiene en su relación dos polos que están totalmente determinados, y consecuentemente sólo las personas que integran dichos polos son los que están legitimados para ejercer el derecho, ser obligados a hacerlo o demandados por incumplirlo; de dicha cuenta únicamente los copropietarios no vendedores son los únicos que tienen el derecho y la legitimación para exigir su cumplimiento, y por lo tanto el Registro General de la Propiedad no se encuentra legitimado para velar por el derecho de tanteo, ni mucho menos para impedir la inscripción del instrumento público, pues al hacerlo está actuando fuera de lo que la ley le faculta a hacer e incluso limita el derecho de disposición del copropietario vendedor.

El Registro General de la Propiedad de la Zona Central tiene la obligación de velar por el respeto de los derechos reales que se encuentran debidamente inscritos dentro de los libros que lleva para el efecto; en el caso del derecho de tanteo no se lleva ninguna inscripción ni anotación en dicho Registro; por lo tanto, por ser el derecho de tanteo un derecho personal, el Registro General de la Propiedad de la Zona Central deviene deslegitimado para velar por su cumplimiento, pues dicha legitimación le corresponde con exclusividad a su titular, quien es el único que puede resultar perjudicado por su omisión, y quien en caso de serlo puede accionar judicialmente en contra del obligado por la indemnización de daños y perjuicios. Por dicho motivo es que el criterio de calificación registral del Registro General de la Propiedad de la Zona central debe ser

modificado, a efecto de que se reconozca la naturaleza personal del derecho de tanteo y se interprete conforme a ello toda la normativa jurídica civil guatemalteca.

CONCLUSIONES

1. En la legislación guatemalteca, en torno al derecho de tanteo, hay desavenencia entre los distintos ramos, pues en el derecho civil el derecho de tanteo no tiene implicaciones retroactivas, mientras que en materia mercantil sí la tiene, específicamente en relación a la preferencia en la adquisición de los aportes sociales de los socios, quienes en ese caso particular gozan de los derechos de tanteo y de retracto, configurados ambos bajo la denominación de derecho al tanto; por lo que la contradicción legal en torno a dicha figura genera contradicciones doctrinarias, pues impide la correcta determinación de su naturaleza jurídica.
2. El derecho de tanteo se encuentra limitado en su ejercicio a que sea respetado por los condueños obligados puesto que tiene conforme a la legislación civil guatemalteca una naturaleza jurídica de derecho personal, lo que conlleva a que el mismo sea irrespetado de manera común entre los condueños obligados, puesto que el legitimado, o sea, el sujeto titular de derecho de tanteo, únicamente puede demandar por indemnización de daños y perjuicios, y no retraer el negocio realizado.
3. El Registro General de la Propiedad de la Zona Central, al rechazar la inscripción de un instrumento público que contiene compraventa de derechos de copropiedad sobre bienes inmuebles en los que no se haya dado oportunidad de ejercer el derecho de tanteo, se encuentra contrariando lo que legalmente se encuentra facultado a realizar, puesto que el derecho de tanteo no constituye un requisito de validez formal ni material del negocio jurídico; además, la función del referido registro es velar por los derechos reales, no siendo el derecho de tanteo uno de ellos.

4. El derecho de tanteo no puede ser legalmente definido en base a la normativa guatemalteca, debido a que no hay una ley explícita sobre él mismo, encontrándose regulado en diversas partes de la legislación, las que brinda poca información sobre él mismo, tanto en su constitución sustancial, como procedimental.

5. El derecho de tanteo es una figura jurídica que, por carecer de la normativa jurídica adecuada, no es ampliamente utilizada en la actualidad como debiera serlo, pues no incentiva la adquisición mancomunada de bienes inmuebles, e incluso es en un motivo para no hacer uso de esas formas comunes de adquisición.

RECOMENDACIONES

1. La figura del derecho de tanteo debe regularse legalmente de manera uniforme por parte del Congreso de la República en los próximos años de acuerdo al proceso legislativo, a efecto de complementar dicha figura con el derecho de retracto, y establecer de manera precisa el procedimiento para hacerlo valer, y los casos en los que procedería su aplicación, a efecto de evitar la falta de concordancia entre el derecho mercantil y el civil en la legislación guatemalteca,
2. El Congreso de la República, por medio de la legislación, debe conceder la facultad al titular del derecho de tanteo de poder retraer el contrato traslativo de dominio celebrado en caso de que no se haya hecho valer adecuadamente el derecho de tanteo, por medio de la figura del retracto o de la subsunción del derecho de tanteo dentro de la figura del derecho del tanto, lo cual debe hacerse lo más pronto posible, para evitar las injerencias del Registro de la Propiedad fundamentado en interpretaciones erróneas de la ley.
3. El Registro de la Propiedad, a través del Registrador General de la Propiedad, debe hacer las modificaciones pertinentes a sus guías de calificación registral de manera urgente, a efecto de dejarlas sin valor en la parte que se refiere al derecho de tanteo, pues riñe con lo que la ley establece con relación a dicho derecho y su coercibilidad, pues ésta última se limita a la exigencia de daños y perjuicios a favor del titular del referido derecho, y no al impedimento de inscripción del contrato válidamente celebrado.
4. El derecho de tanteo se puede definir doctrinariamente, y en base al proceso de análisis realizado de acuerdo a la legislación nacional, la doctrina y el derecho

comparado como el derecho personal bilateral por el cual una persona tiene el derecho de ser preferida en la adquisición de un bien determinado, debiéndose dar conocimiento de la venta de los derechos sobre dicho bien por el sujeto particular que posee derechos sobre el mismo, a quien únicamente es exigible el cumplimiento de la preferencia, y quien en caso de incumplir dicha preferencia puede ser el único demandado por indemnización de daños y perjuicios por el titular del derecho; y de esa forma debe ser enseñado en las Facultades de Derecho de las Universidades del país dentro de los años por venir.

5. Es imperioso que se actualice la legislación relativa al derecho de tanteo por medio del proceso legislativo ante el Congreso de la República en los siguientes años, en el sentido de imponer la obligación de comprenderse dentro de la escritura pública de compraventa de derechos en copropiedad una cláusula que regule lo referente al tanteo, y otras formas que el legislador considere adecuadas, y de esa forma se podría emplear el derecho de tanteo para los fines para los que se configuró inicialmente, que eran incentivar la adquisición de bienes por medio del aporte común de los diversos propietarios.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de obligaciones**. 2ª ed.; Guatemala: Ed. Serviprensa S.A., 2005.

ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias González. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca**. 2ª ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix, 2007.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 2ª ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix, 2003.

BONNECASE, Julien. **Elementos del derecho civil**, traducido por José M. Cájica. 2ts.; Puebla, México: Ed. Harla, 1998.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 6t.; 14ª ed.; revisada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1979

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. Traducido al español por Santiago Sentis Melendo. (Colección ciencia del derecho) Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídicas Europa- América. 1971.

CORNEJO, Américo Atilio. **Derecho registral**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, S.R.L., 1994.

DE CASTRO VÍTORES, Germán. **Obligaciones reales**. Valladolid, España: Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1998.

Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**. Madrid, España: Ed. Espasa-Calpe, 1995.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. 21ª ed.; revisada. México: Ed. Porrúa, S.A., 1973

Grupo Wolters Kluwer. **Estudio de obligaciones: homenaje al profesor Mariano**

Alonso Pérez. Madrid, España: (s.e.), 2006

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. **El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad.** México: Ed. José M. Cajica Jr., S. A., 1971.

HART, Herberth Lionel Adolphus. **EL concepto del derecho.** Traducido al español por Genaro R. Carrió. 2ª ed.; reimpresión; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1997

HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil: Introducción histórico- dogmática.** Traducido al español por Gonzalo Hernández. Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1987.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho.** Traducido al español por Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1994.

MORGAN SANABRIA, Rolando. **El conocimiento cotidiano y el conocimiento científico.** Guatemala: Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2004.

MUÑOZ, Nery Roberto y Rodrigo Muñoz Roldán. **Derecho registral inmobiliario guatemalteco.** Guatemala: Ed. Infoconsult, 2005.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial.** Guatemala: Ed. Infoconsult, 2004.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1981

PEREIRA OROZCO, Alberto. **Introducción al estudio del derecho II.** 3ª ed.; Guatemala: Ed. De Pereira, 2002.

PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. **Tratado práctico de derecho civil francés.** Traducido al español por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend. 3t.; Habana, Cuba: Ed. Cultura, 1940.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 2t.; 2vols.; 3ª ed.; revisada; Madrid, España: Ed. Pirámide, S.A., 1976.

ROCA SASTRE, Ramón María. **Derecho hipotecario**. 1t.; 6ª ed.; revisada; Barcelona, España: Ed. Bosch, 1968.

VILANOVA, José. **El concepto del derecho**, estudios iuspositivistas. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1995.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964

Código de Comercio. Congreso de la República, Decreto número 2-70, 1970.

Código de Notariado. Congreso de la República, Decreto número 314, 1946

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1990.

Ley de Garantías Mobiliarias. Congreso de la República, Decreto número 51-2007, 2007.

Ley de Mercado de Valores y Mercancías. Congreso de la República, Decreto número 34-96, 1996.