

La función social y la naturaleza jurídica de la propiedad por pisos

Conferencia pronunciada el 7 de septiembre de 1960 por el Lic. Manuel Borja Martínez en el Auditorium de la Universidad Iberoamericana.

Existe un principio, sin duda axiomático, que proclama el derecho de todo ser humano a acceder a la propiedad. La enseñanza constante de la Iglesia Católica ha sido, diciéndolo en palabras de León XIII, en el sentido de que "poseer algo como propio y personal es un derecho que dio la naturaleza a todo hombre", ⁽¹⁾ y es por eso que ha de ser motivo de honda preocupación, en toda persona que se ocupe del estudio de los problemas sociales, la difusión de la propiedad.

Tradicionalmente el dominio de los bienes inmuebles se ha considerado como la propiedad más difícil de adquirir en razón —claro está— de su mayor valor, y a nadie escapa por otra parte la ingente necesidad que representa para todo hombre la habitación; frente a esta antinomia: carestía y necesidad, los individuos que se han visto obligados durante siglos a recurrir al inquilinato.

Para poner de relieve las desventajas de esta situación basta resaltar que no sólo en México, sino en todo el mundo el primer lugar en cuanto a número de litigios, lo tienen los juicios promovidos en razón de controversias surgidas de contratos de arrendamiento. Es pues necesario en una sociedad que quiere mantener un clima social sano, facilitar al mayor número de personas el acceso a la propiedad de su hogar.

La fuerza de este razonamiento es incontrovertible, su razón se impone por sí misma y sus conclusiones son de general aceptación, en realidad donde radica la verdadera cuestión en su difícil realización práctica.

Si analizamos el problema encontraremos que el principal obstáculo para la difusión de la propiedad raíz es sin lugar a duda su alto costo. La construcción de un inmueble en el centro de la ciudad o al menos a una distancia razonable del centro de los negocios, necesita actualmente capitales de tal importancia que por regla general un particular solo no dispone de ellos.

(1) León XIII. Encíclica Rerum. Novarum 5.

El planteamiento de los problemas sociales exige normas jurídicas que los solucionen del modo más adecuado posible, el derecho positivo debe ir evolucionando con los hechos amoldándose a ellos, y no seguir una dirección contraria —tal y como se destaca en la conocida fórmula de Ihering. Y es así como se ha hecho necesario crear derechos nuevos en los que su carácter privativo permite justificar el nombre de propiedades con el que se les ha designado. La conquista de propiedades nuevas —escribe el ilustre decano de la facultad de Derecho de París, Georges Ripert— “es la causa de una nueva lucha. La que se libró en la antigua Francia por la posesión de la tierra se terminó en 1789. El derecho moderno conoce hoy en día los conflictos entre aquellos que poseen sobre el mismo bien derechos concurrentes y un movimiento legislativo intenso acusa la gravedad de estos conflictos.” ⁽²⁾

No hay mejor medio de crear en un país la estabilidad que distribuir entre sus habitantes derechos privativos con prerrogativas bien definidas, sin embargo el mismo Ripert da testimonio de que en Francia, como en el resto del mundo, una honda transformación está en vías de producirse en el campo de la propiedad inmobiliaria: La propiedad anónima suplanta cada vez más a la propiedad individual. Esta evolución es tanto más lamentable cuando que los propietarios constituyen uno de los elementos más estables, desde el punto de vista económico y político, de la sociedad. La despersonalización de la propiedad entraña grandes y graves peligros, muy particularmente el de impedir la formación de una conciencia sólida de propietario. La doctrina social de la Iglesia Católica siempre ha pugnado por la existencia de una propiedad individual y ha querido evitar un riesgo al que el socialismo propiamente dicho no escapa, la despersonalización. La Iglesia, dicen dos ilustres jesuitas, Calves y Perrin “busca en primer término actuar para que todos los miembros de la sociedad tengan al máximo los medios de una verdadera seguridad, de una verdadera responsabilidad personal.” ⁽³⁾

Entre los sistemas despersonalizadores del derecho de propiedad debemos de contar aquel que proclama la tesis de que por medio de valores mercantiles puede ofrecerse a grandes capas de la población el medio de tener acceso a la propiedad inmueble. En nuestra patria se ha ensayado, aunque con resultados mezquinos, la emisión de certificados fiduciarios de participación inmobiliaria, se argumenta que este sistema a su función difusora de la propiedad agrega las ventajas de una mayor sencillez y baratura. En los trámites necesarios para la circulación del bien. “Los inmuebles —dicen los propietarios de este sistema— han formado en derredor suyo un dispositivo legal de protección que ha llegado a convertir el bien inmueble en la cosa de más difícil, solemne, costoso, engorroso y lento manejo en la vida económica, tenidos como los bienes preciosos por excelencia, y en efecto lo fueron hasta el advenimiento

~~~~~  
(2) George Ripert *les forces Creatrices Du Droit*, N° 77, pág. 191. Ed. Librairie generale de Droit et de Jurisprudence, París 1955.

(3) Calves y Perrin.

de las formas actuales de producción, se hizo de los inmuebles los objetos de la mayor protección, en el sentido de convertir su transformación en dinero o cosas muebles tan difícil, pública y formalista como fue posible" <sup>(4)</sup>, por el contrario, en el sistema de certificado de participación inmobiliaria —continúan exponiendo los partidos de esta tesis— "todo se reduce a la adquisición y transmisión por endoso en su caso, de un título de crédito de rasgos operatorios tan llanos como un bono, una letra de cambio, o una cédula hipotecaria. Quien lo tiene legítimamente es titular de todos los derechos útiles relacionados con la parte del inmueble de que se trate. Cuando el título se adquiere al contado, éste se entrega contra el pago del valor nominal o de bolsa. Cuando se compra a plazo, comprador y vendedor hacen constar su operación en un documento privado promisorio de la transacción final. El costo documental y fiscal de tales operaciones es prácticamente nulo." <sup>(5)</sup>

Pasando por alto las serias inexactitudes y deficiencias técnicas que desde el punto de vista jurídico tiene el razonamiento antes esbozado, y de las cuales nos hemos ocupado con todo detalle en otra ocasión <sup>(6)</sup>, atenderemos hoy a sus inconvenientes desde un ángulo puramente social. Pensamos con Albert Matter que "es evidente que la posesión de certificados inmobiliarios no puede identificarse con la calidad de dueño propiamente dicha. Adquiriendo los certificados —afirma el profesor Matter—, no se adquiere necesariamente la mentalidad de propietario y no se actúa como tal frente a las intervenciones de las autoridades en el dominio de la propiedad. Sea cual sea lo que pueda afirmar la publicidad, el tenedor de certificados inmobiliarios se comporta como el poseedor de valores mobiliarios. Se interesa sobre todo en el rendimiento que le procuran los certificados en su valor en bolsa, y en la posibilidad de revenderlos en caso de necesidad, las cuestiones importantes de la propiedad inmueble, como tal permanecen extrañas para él. Se puede comparar su comportamiento al de un accionista, porque las acciones constituyen una fuente de rendimiento sin que el inversionista se interese por esto en la actividad de la sociedad que las ha emitido." <sup>(7)</sup>

Es pues indispensable encontrar una fórmula jurídica que no sólo permita la difusión de la propiedad, sino que al mismo tiempo la propiedad difundida sea una propiedad personalizada, individualizada. Y a nuestro juicio esa fórmula jurídica podemos encontrarla en la propiedad de casas por pisos.

La difusión de una propiedad personal es la función social que cumple en nuestros días la propiedad horizontal.

---

(4) Adolfo Zamora: **El certificado de participación inmobiliaria**. Varios documentos. Ed. del Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, S. A. México, 1952, págs. 15 y 16.

(5) Idem. Op. cit. págs. 22 y 23.

(6) Manuel Borja Martínez. **La propiedad de pisos u departamentos en Derecho Mexicano**. Ed. Porrúa, págs. 128 y 131.

(7) Albert Matter. **La propiedad de pisos**. Basilea 1958.

El régimen de propiedad y condominio en los edificios divididos por pisos, es una institución jurídica característica del tiempo en que vivimos. Aun cuando su operación histórica corresponda a épocas pretéritas, su desarrollo, con nuevas características, es típico de nuestro tiempo.

No faltan doctas opiniones que sitúan el origen del dominio horizontal dentro de los moldes clásicos de las instituciones romanas, fundándose principalmente en la glosa de textos de dos de los más ilustres representantes del derecho Quiritario: Ulpiano, Papiniano. Sin embargo, nuestro parecer es en el sentido de que no podemos encontrar en el derecho romano el origen de nuestra actual legislación sobre propiedad de pisos; era preciso que la evolución jurídica siguiera su camino a través de los siglos antes de llegar a la llamada indivisión forzosa y a las legislaciones que sobre tal base reglamentan el dominio de pisos y habitaciones.

Es sin duda en la Edad Media cuando surge la institución que nos ocupa; la imperiosa necesidad de la habitación y la imposibilidad de crecimiento horizontal, en las ciudades amuralladas de esta época, obligaron a fraccionar por pisos y aun por habitaciones la propiedad de las casas. "Hay casas, dice Hüber, que por ser ya estrechas, no se pueden partir de arriba a abajo, y en este caso hay que seguir las inspiraciones de la ley que quiere que las casas se partan de una manera que no produzca perjuicios." <sup>(8)</sup>

En la edad moderna conoce la propiedad de pisos su mayor apogeo. Su desarrollo en todos los países de Europa reviste una importancia decisiva, y si hemos de creer a don Jerónimo González "constituía el régimen ordinario de la propiedad urbana" <sup>(9)</sup> en algunos de los lugares de Francia, como Grenoble, Nantes y Rennes. Con el tiempo, el cerco de murallas que encerraba a las ciudades medievales desapareció; pero esta transformación no trajo consigo la supresión del antiguo uso y muchas casas nuevas fueron divididas como las antiguas. Los empresarios que las construyeron por especulación —afirma Roger Thévenot— encontraron más fácil venderla por pisos que en un solo lote <sup>(10)</sup>. La economía considerable que representa la adquisición de un piso o un departamento en relación con la compra de una casa sola, influyó también notablemente en el fuerte incremento del dominio horizontal en esta época. El doctor Roger Thévenot en su conocida monografía sobre la propiedad de pisos nos narra cómo después del incendio que destruyó la ciudad de Rennes el veintidós de diciembre de mil setecientos veinte, destruyendo treinta y dos calles y ochocientas cincuenta casas —cifra entonces concebible— los habitantes de Rennes no se abatieron por el resto, tuvieron la idea de agruparse para reconstruir; reunieron los recursos que les quedaban, e hicieron

~~~~~  
(8) *Geschichta des Schwerzeischen Privatrechtes* IV, pág. 675, cit. por M. Batlle Vázquez. *La propiedad de casas por pisos*. Alcoy, 1954, pág. 22.

(9) Jerónimo González. *Propiedad sobre pisos y habitaciones*. Pág. 301.

(10) Roger Thevenot. *La copropriete er la probleme du Logement*. París 1954, pág. 27.

edificar casas con gastos comunes: cada uno llegaba a ser propietario de un piso o de una fracción de la casa en proporción a su aportación.

Pero con el advenimiento de la edad contemporánea llegó a nuestra institución la decadencia, a tal punto que llegada la época de la codificación se le puede considerar definitivamente muerta. Se piensa en ella como en una institución medieval a la que conceden los juristas una docena de líneas y los Códigos Civiles una mención, que casi es un epitafio. Suiza, Austria y Alemania, pensando sin duda como Virgile Rosell que ya no se experimenta la necesidad de constituciones semejantes, que son un legado de los tiempos antiguos ⁽¹¹⁾, prohíben en sus Códigos Civiles la constitución de derechos separados sobre los distintos pisos de un mismo edificio, considerándolo superficiario. Sin embargo, tratándose de situaciones ya creadas establecen un estado de transición, respetándolas.

En América, en donde tanta influencia ejerció el Código Napoleón en las Legislaciones Civiles, siguiendo los lineamientos de éste, se reglamentó la institución en un solo artículo. Sólo escapa a esta regla el Código Argentino de mil ochocientos sesenta y nueve, el cual, inspirándose en el Código Germano, prohibió la propiedad horizontal.

En nuestros días la propiedad por pisos ha resurgido vigorosamente, la crisis de la habitación le ha dado una nueva razón para existir, una nueva función social que realizar. En la primera mitad del presente siglo, podemos constatar una fuerte corriente legislativa, para reglamentar pormenorizada y cuidadosamente la parcelación horizontal de la propiedad. La inmensa mayoría de los países europeos y americanos ha substituido su antiguo precepto, inspirado en el Código Napoleón, por una ley en la que se organizan y resuelven, más o menos acuciosamente los arduos problemas que surgen en el condominio. Países que como Alemania y Argentina, mantenían un principio prohibitivo de la institución han rectificado su criterio y actualmente no sólo la admiten sino que la reglamentan con toda amplitud. En otros lugares, como en Suiza, aunque no se ha abandonado la prohibición del Código Civil, para la propiedad de pisos, existe en tal sentido una importante corriente en la doctrina, y de ellos dan testimonio las excelentes obras de Guy Flater y Albert Matter.

México no ha permanecido extraño a la evolución que hemos marcado. Durante largos años, hasta mediados de la presente centuria, desconoció de hecho el condominio.

Nuestros Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928 imitando en forma un tanto extralógica al Código Francés consagraban respectivamente en sus artículos 1120, 1014 y 951 una reglamentación somera y escueta de la propiedad horizontal pero el desmesurado crecimiento de nuestra ciudad, creó la necesidad de fraccionar los edificios por pisos, o más aún, por departamentos. Se hizo entonces indispensable una reglamentación más amplia de la institución, la reforma al artículo novecientos cincuenta

(11) Virgile Rosell y Mentha H. *Manuel du Droit Civil Suisse*. Tomo III, 2ª Ed. Laussane. S/F., pág. 350.

y uno del Código Civil —de treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro— y la ley reglamentaria de este artículo —de dos de diciembre del mismo año—, vinieron a llenar esa necesidad.

La mayoría de los Estados de la República, ha adoptado la legislación del Distrito en esta materia, alguna tan precipitada y despreocupadamente que remite a los tribunales del Distrito Federal para solucionar, por la vía sumaria, las controversias que surjan con motivo de la interpretación o aplicación de la ley.

Pocas instituciones jurídicas han sido tratadas por la doctrina nacional con el rigor y la dureza con que se ha juzgado a la propiedad horizontal, pero ni sus más enconados opositores han puesto en duda las posibilidades que tiene el condominio de desarrollar una amplia función social en beneficio de la clase media. Es innegable que aunque adoleciendo de defectos técnicos, la "ley sobre el régimen de propiedad y condominio en los edificios", representa un gran avance en nuestra legislación.

* * *

Podríamos afirmar, que una de las características de la propiedad horizontal es la multiplicidad de teorías que sobre ella se han formulado para establecer su naturaleza jurídica. En el curso de esta plática hemos de establecer con ellas diversos grupos que iremos estudiando brevemente.

I.—TEORIA DE LA SERVIDUMBRE.—Esta teoría nos dice Hernán Racciatti ⁽¹²⁾ concibe a la propiedad por piso o por departamentos, como la natural resultante de una amalgama entre el dominio individual y la servidumbre. La noción de servidumbre se limita a los objetos de uso común (escaleras, pasillos, patios, elevadores, etc.), mientras que el derecho individual de propiedad impera en cada piso o departamento. Su origen podemos encontrarlo en la colocación que dentro del Código Napoleón, y los que siguieron sus inspiraciones, guardaba el precepto que reglamentaba la propiedad por pisos, precepto que se encontraba ubicado dentro del título dedicado a la servidumbre de medianería.

Aunque pueden señalarse autores prestigiosos que mantienen la tesis de la servidumbre, esta es generalmente rechazada por la doctrina, puesto que se ha entendido, y con razón, que la mera colocación de un precepto dentro del Código no es suficiente para determinar su naturaleza. Además el dueño de un piso se sirve de la escalera y del patio; por esa misma calidad de dueño, por que son de él y de los demás partícipes, hay que reconocer, como lo hace Mucius Scaevola, que donde hay propiedad sea singular o común, no hay servidumbre, o como decían los textos romanos **nemini res sus servitutiure servitutes**. Como de modo ordinario las escaleras, corredores, patios, etc., no están atribuidos a

~~~~~  
(12) Hernán Racciatti. **La propiedad por pisos o por departamentos**. Buenos Aires 1954, pág. 32.

una sola persona de modo exclusivo, no puede decirse que el derecho de utilización recaiga sobre la casa de otro. No hay predio dominante ni predio sirviente. No hay servidumbre.

II.—TEORIA DEL DERECHO DE SUPERFICIE.—Se ha pretendido situar a la propiedad por pisos dentro del derecho de superficie. El derecho de superficie era un derecho real inmobiliario que se ejercía sobre construcciones que se encontraban edificadas en la superficie del suelo. Consistía en un desdoblamiento del dominio, los derechos del superficiario se limitaban a la parte externa del terreno; estaba facultado para plantar árboles, edificar, levantar construcciones de toda clase, etc., pero a condición de no causar perjuicios al dueño del terreno, el que a su vez, podía realizar construcciones subterráneas que no redundaren en detrimento de los derechos del superficiario.

Esta teoría, es la que siguen, como hemos indicado hace un instante el Código Alemán y el Helvético, los cuales al prohibir la constitución de derechos superficiarios incluyeron en la prohibición la posibilidad de constituir derechos independientes sobre los distintos pisos de un mismo edificio considerando al dominio horizontal como una especie del derecho de superficie.

Manuel Batlle Vázquez combate con acierto esta teoría en los siguientes términos: "Tanto en los códigos alemán y suizo, como en la doctrina más corriente, el derecho de superficie es un derecho de construcción sobre suelo ajeno, y en el caso de propiedad por pisos, hay algo más que un derecho de construcción, que la mera facultad de superposición. Existe una utilización de elementos que desvirtúa y modifica la naturaleza de aquel derecho."

Es más, lo normal y corriente en la propiedad por pisos es que el suelo, sea común de los titulares de los pisos, que por eso mismo, no puede decirse que tengan un *ius in re aliena*, y las facultades de los propietarios del piso no son nunca meras concesiones *ad aedificandum*, sino más complejas. <sup>(13)</sup>

Que pueda ser admitido el derecho de superficie y que en casos aislados pueda el edificio dividido estar asentado sobre suelo ajeno, es muy distinto de que se estime que la esencia de la institución es la de un derecho superficial.

III.—TEORIA DE LA SOCIEDAD.—Se ha sostenido también que la propiedad por pisos comporta la existencia de una sociedad constituida por la reunión voluntaria de los distintos propietarios con el fin de conservar y mejorar la casa común. Esta teoría ha nacido bajo la influencia de los sistemas inglés y americano en donde nuestra institución funciona generalmente en la siguiente forma: se estipula un alquiler nominal sumamente bajo, un dólar anual por ejemplo, y al

---

(13) Manuel Batlle Vázquez. Op. cit., pág. 52.

mismo tiempo un alquiler suplementario que consiste en la contribución a prorrata a las cargas del inmueble y de la sociedad, con la obligación de los ocupantes de los pisos de participar en la misma medida, en los empréstitos o aumentos de capital a que la sociedad recurra para obras de mejora, y amortización de préstamos hipotecarios.

Dentro de nuestra legislación, no es posible sostener que la propiedad separada de los diferentes pisos o departamentos de un mismo edificio, constituya una verdadera sociedad entre los dueños de los locales. Estimamos, que de aceptarse esta teoría quedaría excluida la idea de una verdadera propiedad sobre los distintos pisos de un mismo edificio; en efecto, en este caso la propietaria del inmueble sería la sociedad como personal moral, y los socios, sólo tendrían un derecho personal de aprovechamiento.

En otros países, como Francia y Bélgica, existen las llamadas **sociedades inmobiliarias**; en estas sociedades —nos dice Rober Thévenot— “se llega a ser propietario no de una parte del inmueble, sino de un cierto número de acciones o partes sociales de una sociedad inmobiliaria la cual puede revestir diversas formas, y la posesión de estas acciones da a su titular la tribución del goce exclusivo de un departamento del inmueble, así como el derecho de utilización de las partes comunes.”

El paso de la propiedad de acciones o de partes sociales a la propiedad de la fracción del inmueble correspondiente, no se efectúa más que a la disolución de la sociedad, época en la cual los accionistas llegarán a ser realmente propietarios de la fracción del inmueble que hasta entonces no les estaba más que **atribuida**.

Como se ve claramente, la sociedad inmobiliaria no es sino un medio para llegar a la propiedad horizontal, pero no es en sí misma una forma permanente de división por pisos.

Se ha querido limitar la idea de sociedad, afirmando que ésta sólo existe con relación a las partes comunes, pero también así resulta insostenible esta doctrina ya que en dominio horizontal, y en lo que toca a los bienes comunes, hay una verdadera copropiedad que si bien como dicen Ripert y Boulanger, “está organizada sobre el modelo de una sociedad” <sup>(14)</sup> no llega nunca a constituir la.

**IV.—TEORIAS DE LA ENFITEUSIS Y DEL USUFRUCTO.**—Gianturco y Durantón, se esfuerzan por hallar puntos de contacto, que permitan la asimilación del derecho de propiedad por pisos o departamentos con la enfiteusis y el usufructo, basando la analogía en la pretendida existencia de un utilista distinto del propietario eminente.

La teoría que aproxima el condominio a la enfiteusis —afirma el

~~~~~  
(14) G. Ripert y J. Boulanger. *Traité élémentaire de Droit-Civil de Planiol*. 5 éme Ed. Paris 1950. T. I, pág. 1043.

doctor Oliviero Bosisio—⁽¹⁵⁾ no tiene en cuenta que el propietario del piso es propietario exclusivo y goza de un verdadero derecho de propiedad; no tiene ninguna obligación de mejorar sus departamentos y menos está obligado a corresponder un censo a los otros condueños. La enfiteusis admite la redención mientras que el derecho del condominio no es redimible. El mismo razonamiento —continúa el Dr. Bosisio— es válido para negar el fundamento a la teoría que pretende asimilar el condominio al usufructo, porque el condueño goza de un derecho de propiedad pleno, perpetuo y transmisible, mientras que el usufructo, es temporal y concede al usufructuario el derecho de gozar de la cosa, pero no el de disponer de ella o modificar su destino económico. Por otra parte, tanto el enfiteuta como el usufructuario son tenedores de derechos reales que se ejercen sobre una cosa ajena, mientras que el propietario de un departamento ejerce su derecho sobre cosa propia.

V.—TEORIA DE LA COMUNIDAD.—Las doctrinas hoy más en boga son las que ven en la propiedad por pisos una comunidad de derechos; éstas van, desde las que la consideran una simple copropiedad —en la que procede el ejercicio de la acción **communi dividundo**—, hasta las que la consideran una copropiedad **sui generis** en la que hay propiedad exclusiva de un piso o departamento y copropiedad de las partes comunes.

El Código español, promulgado en 1888, incluía el Art. 396 (en donde se reglamentaba la propiedad por pisos), en el capítulo referente a la copropiedad, y esto dio lugar a que la jurisprudencia del tribunal supremo y la mayor parte de la doctrina la consideraran como una copropiedad ordinaria. Refiriéndose al artículo citado, don José María Manresa y Navarro, ⁽¹⁶⁾ en sus célebres comentarios al código español, asienta que pueden inferirse de él dos posibles interpretaciones: una considerarlos como expresivo de un tipo de comunidad, y otra entenderlo como regulador de una división aunque no fuese completa; ambas interpretaciones —continúa Manresa—, han llegado varias veces ante el tribunal supremo, el cual se ha pronunciado siempre por la primera solución, que sin vacilar creemos, no ya la más acertada, sino la única admisible. Comprendemos, sí, concluye Manresa, que en alguien surgiera la duda tratándose de una forma de comunidad tan especial, y se pensara que en ella existen propiedades particulares que aparecen como lo principal, y como secundario lo que es común, aunque esto en realidad no sea exacto; pero un examen detenido de la cuestión y del artículo 396, convence de que el hecho de pertenecer a diferentes personas los pisos de una casa, supone, en vez de borrar, la comunidad de bienes referida a tal inmueble entre aquellos propietarios.

(15) Oliviero Bosisio. **Guía práctica del condominio**. L. de G. Pirola, Milano 1953, 4ª Ed., pág. 12.

(16) José María Manresa y Navarro. **Comentarios al Código Civil Español**. T. III. 2ª Ed. Madrid 1904, págs. 431 y 434.

En efecto, aun cuando existan propiedades aparentemente separadas, están indestructiblemente unidas por su ornato, disfrute, y aun por su misma existencia, a otras cosas esenciales (portal, patio, paredes maestras, etc.), necesariamente comunes. Además, el texto del artículo revela que tiene ante sí un problema de comunidad, pues se ocupa de determinar cuáles son las cosas comunes y cómo ha de ser la participación en las cargas. La misma colocación del artículo aclara su sentido, porque aun cuando los preceptos de este título no estén divididos en capítulos, hay una división u ordenamiento inegable; hasta el 399 se refiere a la copropiedad; desde el 400 en adelante trata de la división. Las consecuencias de esta doctrina son tan importantes como claras; puede cualquiera de los dueños de pisos pedir la división, o mejor dicho, puesto que esta no será posible, la adjudicación, a uno de común acuerdo, o la venta.

En contra de esta opinión un famoso jurista, Demófilo de Buen escribía en sus comentarios a la obra de Colín y Capitant: "El hecho de que el artículo anterior se halle incluido en el título que se refiere a la comunidad de bienes, hace creer que cuando los distintos pisos de una casa pertenecen a distintas personas, existe condominio de la casa; pero, en nuestra opinión, es evidente que del precepto del código no puede deducirse semjant cosa; lo que está en condominio es, como en el derecho francés, no la cosa misma, ya que cada piso pertenece a una persona distinta y, por lo tanto, hay división material, sino tan sólo las paredes maestras y medianeras, el tejado, la escalera, el patio común, etc.

Siendo así la división en pisos no podrá pedirse, ya que de hecho está realizada, ni podrá pedirse la división de las cosas comunes aludidas, porque su indivisión es necesaria para la utilización de la propiedad por todos." (17)

Estos razonamientos encontraron eco al reformarse el artículo 396 del código por la ley de 26 de octubre de 1939, que afirma la existencia de una propiedad privativa, junto a un condominio, y se atenúa el rigor de la comunidad negando expresamente la acción de división. A partir de la fecha de expedición de esta ley, es pues imposible hablar de simple copropiedad en el dominio por pisos.

Sin embargo la idea del condominio gravita siempre sobre la propiedad horizontal; abandonadas en definitiva las teorías que veían en ella una copropiedad común, se acude en la actualidad a la doctrina de considerarla una comunidad *sui generis* en la que cada titular tiene un derecho de aprovechamiento sobre una parte limitada del inmueble.

A nuestro juicio esta teoría es la aceptada por numerosas tesis profesionales de alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad

(17) Demófilo de Buen. Notas al Curso elemental de Derecho Civil de A. Colín y R. Capitant. *Revista general de legislación y jurisprudencia*. T. II, vol. 2, Madrid 192, pág. 683.

Nacional Autónoma de México. En ellas se afirma —y transcribo literalmente para evitar alteraciones— que “la llamada propiedad de pisos, departamentos, viviendas y locales no debe ser explicada sino como un derecho de copropiedad de todos los titulares de los aprovechamientos (uso y disfrute), relativamente a sus respectivos compartimientos, como derechos reales limitados, cuyo conjunto subjetivo no personificado configura la atribución del dominio plurisubjetivo, el modo de una estructura unitaria de sentido, que alberga una forma de vida humana comunitaria vecinal, porque la copropiedad y los edificios de departamentos son, en puridad, estructuras corpo-espaciales, como lo son las formas de la convivencia”.

VI.—TEORIA DE LA PROPIEDAD.—Por último, la teoría que mayor consistencia técnica tiene en la actualidad es la que considera al dominio horizontal como una especie de la propiedad.

Afirman la mayoría de los autores y las leyes de la materia en el mundo entero, que en el dominio horizontal existe una amalgama entre la propiedad que se tiene de un departamento y la comunidad que existe en cuanto a los elementos necesarios o útiles para el uso y disfrute del mismo. Pero donde verdaderamente surge el problema es al tratar de definir claramente si en el dominio horizontal el elemento principal es la propiedad y el accesorio la cuota de copropiedad, o si por el contrario es correcto pensar que la idea de copropiedad supera a la de propiedad y que por lo mismo ésta es anexo de la primera.

Al primero de los criterios mencionados, esto es, al que se inclina por considerar como elemento principal al derecho de propiedad y como accesorio la parte alícuota sobre los bienes comunes, pertenecen la generalidad de la doctrina francesa, la mayoría de la española y la centro y sudamericana, y ha sido aceptada por las legislaciones de sus países. La segunda tesis es decir, la que entiende como preponderante a la copropiedad, es sostenida por la mayoría de la doctrina alemana contemporánea, la casi totalidad de los tratadistas italianos comentaristas del nuevo código civil y por algún sector de la doctrina española. Este criterio ha sido adoptado por el código italiano de 1942 y la ley alemana de 1951, aunque con caracteres más definidos en esta última que en el primero.

Nuestra legislación, sin asomo de duda, ha aceptado el primero de los criterios a que hemos hecho mención, el código considera que los derechos de copropiedad son **anexos** inseparables del dominio del departamento, y lo mismo se desprende de los trabajos preparatorios en donde en forma terminante se advierte que la propiedad por pisos “es una nueva modalidad de la propiedad” y “que no es propiamente una comunidad, aun cuando en ella haya algunos elementos de la copropiedad”.

Se ha querido destruir la tesis de nuestra ley teniendo en cuenta que la propiedad del departamento no puede existir sin una comunidad sobre ciertos elementos, pero consideramos que este hecho no es sufi-

ciente para declarar imposible la existencia de un verdadero derecho de propiedad, pues cada espacio de este derecho tiene requisitos y circunstancias a las que debe sujetarse para poder existir. Así, podemos decir con Josseland, que en la concepción moderna del derecho de propiedad, este reviste una extensión mayor, y una variedad de aspectos que no podrían pertenecerle en el derecho quiritarario. Cada categoría de bienes comporta una forma de apropiación que le es particular; no se tienen sobre un terreno los mismos derechos ilimitados que los que se ejercen sobre los bienes muebles (un libro, un sombrero o un vestido) por ejemplo: la propiedad de una obra artística es otra cosa que la de una casa.

Es más, nuestro código civil, en su artículo 830, siguiendo el artículo 27 Constitucional, ha reservado al legislador la facultad de imponer al derecho de propiedad las limitaciones y modalidad que juzgue oportunas, y en el caso, se trataría de una modalidad a la propiedad.

Se ha pretendido también que sobre un solo bien no pueden coexistir dos derechos como son la propiedad y la copropiedad, y que la teoría que admite la existencia de estos dos derechos tiene el vicio de separar los bienes propios y los bienes comunes, que son por su misma naturaleza inseparables, ya que, se dice, forman un todo orgánico, el edificio.

Enseña don Jerónimo González que "las cosas del mundo exterior sobre las que recae directamente el derecho de propiedad, han de presentar un cierto grado de independencia y sustantividad para que pueda ser posible su aprovechamiento íntegro por el titular, y la exclusión de cuantas personas pretendieran invadir su esfera jurídica. La piel, la lana, los huesos y la carne de una oveja, no pueden ser objeto de sendos dominios mientras el animal, vivo, asuma, en su individualidad perfectamente determinada, todos estos elementos integrantes, y se necesita esquilarlo, matarlo, desollarlo y descuartizarlo para que cada una de sus partes sustanciales pueda entrar como objeto jurídico, en la relación de propiedad correspondiente." ⁽¹⁸⁾

Pues bien, este grado de independencia y sustantividad que se exige para que una cosa pueda ser objeto de propiedad privada, existe en los distintos departamentos de un mismo edificio siempre y cuando tengan "salida propia a un elemento común o a la vía pública", y es por esto que la ley exige este requisito para poder constituir el régimen de condominio.

En conclusión: En nuestro derecho positivo se ha considerado a la propiedad horizontal como una institución en la que cada persona es propietaria de su piso, departamento, vivienda o local y copropietaria de los bienes necesarios para la existencia, seguridad, comodidad de acceso, recreo, ornato o cualquier otro fin semejante.

El derecho de propiedad es de mayor importancia que el de copropiedad y por lo mismo el segundo es accesorio del primero.

Pensamos que la postura de nuestra legislación es la correcta.

(18) Jerónimo González. **Propiedad sobre pisos y habitaciones**. Pág. 303.

* * *

Hemos analizado en esta noche dos cuestiones fundamentales en la propiedad horizontal, su función social y su naturaleza jurídica. La conveniencia de su advenimiento a nuestro derecho positivo y su verdadera connotación jurídica. La ciencia y la técnica de nuestra institución, diría Geny.