

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

COPROPIEDAD E INDIVISION

T E S I S

ANA MARIA SALAZAR SANCHEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA

México, D. F.

1 9 6 7



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

*A mis amados padres,
señores Salvador Salazar Magallanes
y Ana M^a S. de Salazar*

*A mi amado esposo
señor Arq. Ernesto Murrieta*

*A mis muy queridos hermanos
Salvador, Antonieta, Samuel, Jorge,
Teresa Amelia, M^a Elena y Beatriz*

*A mis queridos familiares,
especialmente Jesusita S. Vda. de
Ruiz de Chávez, Carmelita y
María Salazar, Samuel y Natalia
Sánchez, Antonio Sánchez Flores
y M^a Elena S. de Sánchez Flores
y su hijita*

A mis recordados maestros

*Al Sr. Lic. Dn. Salvador Ruiz de Chávez
quien me dirigió en este trabajo*

*A quienes, además de mis padres, aun sin
nombrarlos, agradezco su afectuosa y
desinteresada contribución en mi formación
moral y espiritual, sin cuya ayuda mis
fallas personales serían mayores*

A mis amigos

INTRODUCCION

Aún cuando sobre la institución de la copropiedad se ha dicho mucho, me pareció interesante tratar el aspecto relativo a la copropiedad y su diferencia con la indivisión.

Antes de entrar al tratado de dicho aspecto, me pareció necesario situar la institución copropiedad en cuanto a su definición; hacer un estudio comparativo con otros derechos respecto al nuestro; y, tratar su desarrollo histórico en nuestra legislación positiva hasta llegar a los preceptos legales actualmente vigentes.

CAPITULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES SOBRE PROPIEDAD Y COPROPIEDAD

SUMARIO.—1º—La Propiedad. 2º—Diversas formas del derecho de propiedad. 3º—Concepto de copropiedad. 4º—Naturaleza jurídica de la copropiedad explicada en función de un sujeto múltiple en relación con un objeto único. 5º—Diversos sistemas doctrinales para determinar la naturaleza jurídica de los derechos individuales que atribuye la copropiedad.

1º—LA PROPIEDAD:

Propiedad del latín *propietas*, propiedad que deriva de *prope*, cerca, significando idea de proximidad.

La palabra propiedad en su aspecto vulgar equivale a cualidad distintiva de un objeto o ser, *verbi gratia*; color, peso, dureza, composición.

En sentido económico la propiedad representa el aprovechamiento que hace el hombre de las cosas.

En el aspecto jurídico la propiedad es un derecho, y se habla de propiedad como sinónimo de dominio.

Para los romanos, "*Dominiun es ius utendi acque abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*".

La mayor parte de los autores definen la propiedad aludiendo a la suma de facultades que asisten a su titular. Así "Se ha dicho que es "el derecho de disponer libremente de una cosa con exclusión de los demás", definición que peca de vaguedad, ya que es, "el pleno poder jurídico de una persona sobre una cosa corporal", lo cual ni es claro ni deja de ser restringido, ya que es, "el poder absoluto de una persona sobre una cosa", olvidando que este poder se halla lejos de ser absoluto, pues se encuentra a veces grandemente limitado y necesita siempre de condiciones de existencia y de ejercicio; ya que es "la posibilidad jurídica de ejercer sobre una cosa todos los derechos concebibles", y finalmente, que es "el poder de derecho que ejerce una persona sobre una cosa, según todos los fines racionales de utilidad posible, inherentes a su substancia" (Ahrens, Derecho Natural, T. III, P. 378), o la misma idea, en términos más concretos, "el poder jurídico de una persona sobre la substancia de una cosa, según la utilidad de ésta, para los fines de

la vida", definición que atiende a la esencia del objeto y al fin del derecho de propiedad" (1).

En las Leyes de Partidas, se define la propiedad en los siguientes términos: "Señorío es poder que ome ha en su cosa de fazer de ella lo que quisiere segund Dios e segund fuero".

El Código Civil de Napoleón, en el artículo 544, define la propiedad como "el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, definición que ha sido censurada por los juristas franceses, aduciendo que "tiene el defecto de indicar solamente uno de los caracteres del derecho de propiedad y cuya exactitud misma puede ser discutida, ya que ni el derecho al goce o disfrute, ni el derecho de disponer que tiene el propietario son realmente absolutos. Deja en la obscuridad otros dos caracteres más esenciales la exclusividad y la perpetuidad" (2).

Por tales razones, Planiol y Ripert, proponen la siguiente definición: "la propiedad es el derecho en virtud del cual una cosa se halla sometida, de modo perpetuo y exclusivo a la acción y a la voluntad de una persona" (3), la que estimamos incompleta, toda vez que no alude al carácter real de ese derecho, el que es definitivo para fijar su naturaleza jurídica.

Con base en el artículo 830 de nuestro Código Civil vigente, podemos decir, que la propiedad es el derecho real de gozar y disponer de una cosa, con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.

2º-FORMAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD:

Nos enseñan los autores, que atendiendo al sujeto, la propiedad puede ser de una sola persona, en cuyo caso se le denomina exclusiva o individual, o de varias personas, llamada en ese supuesto propiedad común o colectiva.

"Por el objeto, la propiedad es indivisible, si por dividirla parece la cosa sobre la que recae, por ejemplo un caballo, y divisible, en caso contrario, v.gr. una tierra..., mueble o inmueble, según su naturaleza" (4).

Desde otro ángulo, la propiedad puede ser ilimitada; indivisa; limitada o dividida. "Es propiedad ilimitada el derecho o la relación del hombre con las cosas, que otorga a aquél sobre éstos el poder más pleno y absoluto de los reconocidos por las leyes; y propiedad indivisa si dicho poder está atribuido al dueño o propietario, para todos los mismos fines de la propiedad, dando lugar a la noción del condominio, cuando dentro de este supuesto de propiedad indivisa, los sujetos activos de ella son varios" (5).

(1) Felipe Sánchez Román. Estudios de Derecho Civil, T. III, P. 16. Ed. 1900, Madrid.

(2) Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil, T. III, Nº 211, P. 199.

(3) Idem.

(4) Felipe Sánchez Román, Estudios de Derecho Civil Español, T. III, P. 34.

(5) Sánchez Román, Ob. Cit., T. III, P. 35.

La propiedad dividida es aquella en que hay absoluta distinción entre el aprovechamiento o dominio útil y la nuda propiedad o dominio directo, en otras palabras la facultad de gozar y la de disponer de la cosa se atribuyen cada una a personas distintas, como acontece en el caso del usufructo.

La limitada produce en la propiedad el estado y condición de derecho ocasionados por los jura in re aliena, llamados por esta razón, derechos reales limitativos del dominio, v.gr., las servidumbres e hipotecas.

3º—CONCEPTO DE COPROPIEDAD:

Explica don Calixto Valverde y Valverde que “La copropiedad no puede confundirse con la propiedad común, ni con la propiedad colectiva. La primera recae sobre cosas comunes que no son susceptibles de propiedad privada, y por tanto es distinta de la copropiedad, que es una forma o modalidad de manifestarse aquella, y la segunda, o sea la colectiva, supone que el dominio pertenece a la entidad jurídica que lleva la representación, siendo los individuos meros usufructuarios, no condueños o copropietarios, o cuando no, el dominio pertenece a la comunidad, no a la entidad jurídica representativa ni a los individuos que la forman, puesto que ni unos ni otros pueden disponer del objeto, que es el caso de la propiedad comunal” (6).

En opinión de Manresa “Manifiéstase el ejercicio del derecho de propiedad, en orden a las personas capacitadas por la ley para serles aquél atribuido: . . . 2º—Como un derecho exclusivo, pero a la vez limitado en su ejercicio, sobre las cosas que corresponden juntamente a uno o varios individuos, bien de modo determinado —propiedad singular—, bien sobre una parte indeterminada. ABSTRACTA O IDEAL —copropiedad—. . .” (7).

Don Felipe Sánchez Román puntualiza que “La unidad en el objeto y la pluralidad en el sujeto, son los elementos combinados que dan lugar a esta modalidad de la propiedad. Mientras aquel permanece en una integridad física, sin distinción ni distribución material en varias partes, ya por no permitirlo su naturaleza, ya por no haberse pedido ni hecho, y todas ellas están atribuidas al patrimonio jurídico de varios dueños con una mera división MENTAL, subsiste la idea de condominio, y por ende la de comunidad de bienes” (8).

El propio jurista nos enseña que: El “condominio” no es derecho real diverso de la propiedad. Las relaciones entre la cosa y sus propietarios son las mismas en la salvedad de la pluralidad de éstas y la indivisión de los bienes.

Es “el condominio el derecho de dominio en común que tienen dos o

(6) Valverde y Valverde, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, T. II, P. 222.

(7) Manresa, Comentarios al Código Civil Español, T. III, Art. 392.

(8) Sánchez Román, Felipe, “Estudios de Derecho Civil”, T. III, P. 172.

más personas en una parte espiritual de una cosa, no dividida materialmente" (9).

Por su parte, el artículo 392 del Código Civil Español, previene que "Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas".

Para Planiol y Ripert "Cuando una cosa pertenece a varios copropietarios, se halla en indivisión si el derecho de cada propietario se refiere al total, no a una porción determinada, de la cosa común. La parte de cada uno no será por tanto, parte material, sino una cuota-parte que se representará por un quebrado. El derecho de propiedad está dividido entre ellos; la cosa es indivisa" (10).

Estima Jossierand, el concepto clásico de copropiedad como institución equívoca, y proclama: "He aquí un derecho que entra en la categoría de los derechos reales, que se presenta como una simple variante de la propiedad plena y entera, y cuando se trata de asignarle un objeto preciso, se debe reconocer que, en verdad, no lo tiene, oponiéndose a ello de una manera decisiva su naturaleza puramente ideal, las partes de los copropietarios, se dice, no constituyen cuerpos ciertos. Estamos, pues en presencia de una propiedad que existe fuera de un cuerpo cierto, cuando, de acuerdo con un principio de razón universalmente admitido, la propiedad, en razón misma de su plenitud y su energía, no podría recaer más que sobre un objeto determinado para que tenga precisión..." (11).

4º—LA NATURALEZA JURIDICA DE LA COPROPIEDAD EXPLICADA EN FUNCION DE UN SUJETO MULTIPLE EN RELACION CON UN OBJETO UNICO:

Von Tuhr explica que: "Por lo general, cada derecho tiene un sujeto solamente. Hasta hay algunos configurados de manera tal que únicamente puede ejercer el señorío un sujeto en la esfera del poder que confieren; así, por ejemplo, en el caso de los derechos personales de los cónyuges y de la patria potestad. En principio, sin embargo, el señorío de voluntad, característico de cierto derecho subjetivo, puede pertenecer a más sujetos, participando todos, de una u otra manera, en el señorío; una cosa puede ser objeto de copropiedad; una servidumbre predial puede tener diversos sujetos —si el predio dominante es objeto de copropiedad o si está dividido—; un usufructo puede existir a favor de diversas personas, como así también un crédito, una prenda o una hipoteca" (12).

(9) Sánchez Román Felipe, "Estudios de Derecho Civil", T. III, P. 162, Ed. 1900, Madrid.

(10) Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, T. III, Nº 286, P. 250.

(11) Bonnecase Supplément, T. IV, P. 318.

(12) Andreas Von Tuhr, Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil Alemán, Vol. II (Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946), P. 101, Nº 78.

“Analizando atentamente dichas relaciones desde el punto de vista teórico, se manifiestan dos concepciones posibles: o se admite un derecho con más de un sujeto, o varios derechos, cada cual con su propio sujeto, que, en su conjunto, llenan el campo de señorío sometido normalmente al derecho del sujeto simple. Juzgo que ninguna de estas concepciones puede considerarse la única conveniente, sino que de acuerdo con el tipo de comunidad jurídica, una u otra será la apropiada”(13).

Proclama Bonnacase que “el término copropiedad se refiere esencialmente, como su solo enunciado lo indica, a un derecho real que pertenece colectivamente a varias personas sobre una misma cosa individualizada” o en otras palabras, la copropiedad “es una modalidad del derecho de propiedad, debida a la pluralidad de sujetos para un mismo objeto, a semejanza de la solidaridad e indivisibilidad, las cuales son modalidades de las obligaciones, debidas a la pluralidad de sujetos ante la unidad de la obligación” (14).

“El tipo de la copropiedad está representado tanto por un inmueble comprado colectivamente por dos personas sin designación de partes y a título aislado como por un muro medianero, el suelo de una casa dividida por pisos entre varios propietarios, los corredores y patios destinados al uso de varios inmuebles”(15).

Tan distinguido jurista introduce una innovación, al distinguir entre las nociones de copropiedad e indivisión, sosteniendo que ésta última, “designa una universalidad, perteneciendo siempre a varias personas, reviste caracteres propios, entre los cuales se encuentran principalmente el no gozar de un régimen orgánico u organizado”, agregando que “por su naturaleza específica diferente, la copropiedad es susceptible de una duración indefinida o perpetua, en tanto que la indivisión es esencialmente provisional, encontrándose traducida por el artículo 815 del Código Civil” (16), según el cual “Nadie puede ser obligado a permanecer en estado de indivisión de bienes, pudiendo pedirse en cualquier momento la partición, a pesar de los pactos y prohibiciones que hubiere en contrario”.

“El tipo de la indivisión en sentido estricto es, al contrario, concretizado por la masa de una sucesión atribuida a varios herederos” (17).

59—DIVERSOS SISTEMAS DOCTRINALES PARA DETERMINAR LA NATURALEZA JURIDICA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES ATRIBUIDOS POR LA COPROPIEDAD:

Explica Van Biervliet que “Según la opinión común, la copropiedad es la

(13) Andreas Von Tuhr, Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil Alemán, Vol. II, Nº 78, Págs. 101 y 102 (Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946).

(14) Bonnacase, Supplément, T. IV, P. 349. Elementos de Derecho Civil, T. I, P. 647, Nº 614.

(15) Bonnacase, Supplément, T. IV, P. 349. Elementos de Derecho Civil, T. III, Nº 54, Págs. 46 y 47.

(16) Supplément, T. IV, P. 349. Elementos de Derecho Civil, T. I, P. 647, Nº 614.

(17) Supplément, T. IV, P. 349.

reunión de varios derechos individuales de propiedad perteneciendo respectivamente a los diversos copropietarios. De acuerdo sobre la fórmula general, los autores se dividen cuando se trata de interpretarla, precisando la naturaleza de estos derechos individuales”.

“Primer sistema.- La copropiedad implica la división ideal del objeto al cual se aplica, cada condueño es propietario; su derecho de propiedad tiene por objeto, no una parte física determinada de la cosa común, sino una fracción ideal de esta cosa. . . Semejante concepción, choca con la noción misma de propiedad, tal como está consagrada por nuestro derecho positivo moderno. La propiedad, derecho real, se aplica a las cosas materiales, no a las ideales o abstractas. Precisamente porque consiste en el poder de “gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta”, el derecho de propiedad no puede tener por objeto más que cuerpos ciertos y determinados. . . ”

“Segundo sistema.-En lugar de una división ideal de la cosa común, ciertos autores admiten la división del *derecho* mismo de propiedad entre los diversos condueños. “Hay división cuando el derecho de cada propietario recae sobre el conjunto y no sobre una porción determinada de la cosa común. La parte de cada uno no es, pues, una parte material, sino una parte alícuota, expresándose por una cifra: un tercio, un cuarto, un décimo. Es el derecho de propiedad el que está dividido entre ellos; la cosa no lo es, ella está indivisa” (Planiol, I N^o 1215). A cada uno de los copropietarios pertenece una parte alícuota ideal o abstracta, una fracción del derecho de propiedad (Baudry-Lacatinerie et Chauveau Des Biens N^o 267). A esta teoría se objeta perentoriamente que siendo el derecho una facultad, un poder, no puede haber fracciones de derechos. No se concibe un tercio, un cuarto, un décimo de poder. . . ” (18).

“Los copropietarios tienen derecho cada uno, individualmente a una parte; parte de goce, o parte del fondo común; he ahí lo que es necesario reconocer y lo que todo el mundo admite. Lo que parece generalmente olvidarse es que estas partes no se realizan sino hasta el momento en que la indivisión cesa, en todo o en parte; hasta allí, son partes futuras, designadas con esta expresión singular, tomada del derecho romano: partes indivisas, esto es, literalmente, partes sin repartición. Los autores que enseñan que cada copropietario es propietario de una parte de la cosa común, han sido inducidos a error por la consideración muy exclusiva de la partición a la cual los copropietarios tienen derecho. Ellos han transportado sobre la causa lo que sólo es verdad de los efectos; han aplicado al derecho de propiedad, perteneciendo en común a los copropietarios, una división que no es aplicable más que a las ventajas económicas que derivan del ejercicio de este derecho. Cuando hay tres copropietarios es necesario el concurso de tres voluntades para ejercer el derecho de propiedad; en este sentido, se dice con razón que el derecho de propiedad pertenece a tres

(18) Citado por Bonnecase, Supplément; T. IV. P. 339 y Sgs.

personas. En seguida, amparándose en esta proposición de que el derecho pertenece a tres personas se concluye que se divide realmente entre ellas, que cada una de ellas, tomada aparte posee un tercio de derecho, y finalmente, que cada uno es propietario por un tercio. La verdad es, creemos nosotros, que el derecho de propiedad no se divide de ningún modo entre los copropietarios; él pertenece indivisamente a los copropietarios ejerciendo juntos, de común acuerdo todos los poderes inherentes al derecho de propiedad. Así se justifican los términos mismos de indivisión, de propiedad indivisa; estos términos serían impropios si la opinión común fuera verdadera”.

“Antes de la partición, la división se aplica, no al derecho de propiedad, sino, como se ha dicho antes, al valor económico de la propiedad en el sentido de que cada uno de los copropietarios posee, a título individual, en su propio patrimonio un derecho actual que le asegura una fracción de este valor. Cada propietario tiene derecho a su parte de las ventajas económicas que resultan del ejercicio del derecho colectivo de propiedad sobre la cosa común. Este derecho individual del copropietario no es el derecho actual de propiedad, es el derecho a la partición provisional o definitiva, y este derecho a la partición deriva directamente del derecho colectivo de propiedad, puesto que, en la comunidad jurídica, el derecho de copropiedad tiene por objeto, por fin único, la ventaja individual de cada copropietario” (19)

(19) Van Biervliet, Cours de Droit Civil. Citado por Bonnacasse. Elementos de Derecho Civil. T. III. Nº 59, Pág. 51 y Sgts.

CAPITULO SEGUNDO.

ORIGENES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

SUMARIO: 6º—Surgimiento del derecho de propiedad. 7º—La propiedad en Derecho Romano; a) Formas de copropiedad. b) Extinción de la copropiedad. c) Obligaciones recíprocas de los copropietarios.

6o.- SURGIMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD:

En los albores de la humanidad imperó la libertad absoluta, en el sentido de que cada individuo realizaba los actos que le venían en gana, sin más oposición o límite que una fuerza material superior. Pero el quantum de libertad otorga el quantum de poder, de modo que el más libre es forzosamente el más poderoso. Y a la inversa fuente de libertad, el poder desata los frenos de las regulaciones naturales y sociales, y el hombre libre es el regulador de sí mismo y el hacedor de su mundo.

Existía igualmente libertad desde el punto de vista jurídico por la ausencia absoluta de todo impedimento y obstáculo jurídico.

La incertidumbre en todos los actos del hombre es la nota predominante de esta etapa, puesto que nadie sabe hasta donde le será posible actuar.

Esa falta de determinación del ámbito de acción individual conduce a la anarquía, al desorden y al libertinaje, y todo ello se traduce en un estado general de incertidumbre, de inseguridad general, que hace patente la necesidad de una norma ordenadora del orden social.

Es así que los hombres que se habían mantenido más o menos aislados entre sí, comprenden la necesidad y conveniencia de unirse más sólidamente en grupos. Primero el grupo familiar cada vez más estable, luego los clanes y las tribus, apareciendo ya ciertas formas de limitación de la libertad, de respeto a los intereses de los demás, visto sobre todo desde el punto de vista de la comunidad. Estas primeras limitaciones fueron de carácter religioso y consuetudinario, pues como proclama el maestro Antonio Caso: "En una sociedad dada, sea cual fuere; ya sea que se trate de pueblos naturales o civilizados, hay valladares para la acción humana, limitaciones de orden religioso o consuetudinario " (20).

(20) Antonio Caso. Sociología. P. 267.

Es probable que la propiedad haya surgido al mundo del derecho al tornarse las tribus nómadas en sedentarias.

Según diversos autores (21), el examen histórico de las sociedades primitivas revela que la propiedad atravesó por tres fases diversas: 1o.- El colectivismo de la tribu o de la gens. En este sistema, todos los bienes pertenecían en común a todos los integrantes del conglomerado social, en particular bienes inmuebles, tales como las tierras de cultivo, de pastoreo y los bosques; excluyéndose de esta comunidad tan solo algunos bienes muebles de uso personal.

2o.- Propiedad familiar. En esta segunda etapa "cada Familia llega a ser única propietaria de cierta extensión de tierra, que se transmite de varón en varón a los descendientes del jefe de Familia" (22).

3o. Propiedad individual. Simultáneamente al nacimiento de la propiedad familiar, surge la propiedad individual, reconociéndose que el terreno pertenece ya no a la tribu o a una familia, sino exclusivamente a cada ciudadano, que puede disponer de ella libremente (23).

Sin embargo, no todos los autores comparten la anterior manera de pensar, y así autores de la talla de Fustel de Coulanges, aseveran que no existe ningún vestigio entre griegos y romanos de que la propiedad en alguna etapa histórica hubiera sido colectiva, y que por el contrario tales pueblos conocieron y practicaron el derecho de propiedad privada (24), proclamando que "Desde las más remotas edades, tres cosas se encuentran fundadas y sólidamente establecidas en las sociedades griegas e italianas: la religión doméstica, la familia, el derecho de propiedad; tres cosas que en su origen han tenido una relación manifiesta y que seguramente eran inseparables.

La idea de la propiedad privada emanaba de la religión misma. Cada familia tenía su hogar, sus dioses y su sacerdocio. Estos dioses no podían ser adorados mas que por ella, sólo a ella protegían; eran su propiedad.

Pues bien; entre estos dioses y el suelo, los hombres de las antiguas edades veían una relación misteriosa. Tomemos primero el hogar: este altar es el símbolo de la vida sedentaria; su mismo nombre lo indica. Debe asentársele en el suelo; una vez colocado no se le debe mudar de sitio. El dios de la familia quiere tener una morada fija; materialmente, es difícil transportar la piedra donde brilla; religiosamente, aún es más difícil y sólo se le permite al hombre si la dura necesidad le obliga, si un enemigo le arroja o si la tierra no puede sustentarle. Cuando se sitúa el hogar se hace con el pensamiento y la esperanza de que persistirá siempre en el mismo sitio. El dios se instala allí, no para un día, ni siquiera para la vida de un hombre, sino para todo el tiempo

(21) Eugene Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano, Núms. 155 y 156, P. 233.

(22) Petit. Obra citada. N^o 156. P. 233.

(23) Petit. Obra citada. N^o 156. P. 233.

(24) La Ciudad Antigua. P. 75.

que esta familia dure y de ella quede alguien que alimente su llama con el sacrificio. Así el hogar toma posesión del suelo: esta porción de tierra la hace suya, es su propiedad.

Y la familia, que por deber y por religión permanece siempre agrupada alrededor de su altar, se fija al suelo como el altar mismo. La idea del domicilio surge naturalmente. La familia está ligada al hogar; el hogar al suelo; una estrecha relación se establece, pues, entre el suelo y la familia.

Allí ha de estar su morada permanente, que no intentará abandonar, a menos que una fuerza superior la obligue. Como el hogar, también ella *ocupará por siempre este sitio*" (25).

7o.- LA PROPIEDAD EN ROMA:

Al aparecer Roma en la historia no existía el régimen de propiedad colectiva de la tribu, y en cambio desde los primeros siglos la propiedad está organizada por el derecho civil siguiendo reglas precisas.

En cambio respecto de la copropiedad familiar sí encontramos indicios en algunas instituciones romanas de derecho civil como en las antiguas tutelas y curatelas. Estas fueron medidas tomadas en un principio en beneficio de la familia civil de los incapaces y posteriormente se consideró que tales medidas eran en protección de la sociedad a los incapaces.

El derecho romano fija a la propiedad individual tres caracteres específicos: el ser exclusivo, perpetuo y absoluto (26).

Consiste la exclusividad en que sólo el propietario, exclusión hecha de cualquier otra persona, puede aprovechar las ventajas que le brinda su derecho. El bien, objeto del derecho, pertenece plenamente a un solo individuo porque el derecho de propiedad es el más completo que pueda darse sobre un bien. Es en atención a esta nota que se le llama derecho de propiedad individual.

El derecho de propiedad es perpetuo porque sólo desaparece mediante un acto de voluntad del propietario o por destrucción de la cosa sobre la cual recae el derecho, que dura tanto como el bien mismo. Por el contrario, el usufructo no tiene la característica de perpetuidad y sí está limitado en el tiempo, y se extingue, como el crédito, mediante el pago. En otras palabras, el derecho de propiedad dura tanto como el bien mismo.

Sólo el titular tiene derecho sobre la cosa y por ello su derecho es absoluto. Incluye el *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi* y, ante esto, nadie puede oponerse al libre ejercicio del derecho. "Por razón misma del carácter absoluto de su derecho sobre la cosa, el propietario puede restringirle concediendo a otras

(25) Numa Fustel de Coulanges. La Ciudad Antigua. Págs. 76 y 77.

(26) Eugene Petit. Ob. Cit. Núms. 148 y 148 bis. P. 230.

personas algunas de las ventajas de que goza. Aquellos a quienes concede estos atributos separados de la propiedad, tienen derechos reales sobre la cosa de otro. Ella se encuentra a este respecto en estado de sumisión, y estos derechos reales *jura in rem aliena* se llaman *servidumbres*" (27).

Ahora bien, el derecho romano, pese a su concepto de propiedad exclusiva, perpetua y absoluta, reconocía limitaciones en su ejercicio, por ejemplo se prohibía edificar o cultivar la tierra hasta los límites de los predios vecinos, no podían realizarse trabajos en los terrenos que pudiesen causar la inundación a los fundos colindantes y en ocasiones, por obras materiales de beneficio general, lleguen a expropiarse terrenos propiedad de particulares (28).

No solamente se reconocieron a la propiedad ciertas limitaciones de tipo legal sino también de otro tipo, nacidas de la voluntad misma del propietario que puede permitir a otras personas algunas de sus atribuciones respecto de sus bienes, v.gr. la *servidumbre*. Asimismo, reconoce la copropiedad al considerar que el derecho del propietario puede encontrarse limitado por los derechos que puedan ejercer otras personas juntamente con él, sobre la misma cosa, sin provenir tales limitaciones de la voluntad del propietario, como en la indivisión o copropiedad. El derecho de cada persona encuentra su limitación en el derecho de los demás.

Empero, el derecho romano no formuló una concepción doctrinal verdaderamente científica y sistemática de la copropiedad. Se limitó a sentar principios que han sido el fundamento de las legislaciones e incluso de la doctrina moderna.

Ciertamente consagró una distinción entre comunidad y *servidumbre*, pero donde realmente abundó el derecho romano fue en lo relativo a la división de la cosa común. Se estimó que las limitaciones al derecho de propiedad no bastan para borrar su carácter absoluto porque surgen por un acto voluntario del propietario, como en la *servidumbre*, o bien por accidente, como en la herencia. De ahí la incesante preocupación de atender a la forma de hacer desaparecer la copropiedad por la división de la cosa común, dado que se trata de situaciones anómalas, fuente de disputas que no deben prolongarse para que cada copropietario sea verdadero y exclusivo dueño de una parte de la cosa común. Por ello la ley establece la temporalidad de la copropiedad (29).

a).—Formas de copropiedad: En el derecho romano conocieron dos formas de copropiedad. Una resultante de la propiedad común de varias personas sobre cosas determinadas. La otra nace entre los herederos de una sucesión, o sea sobre bienes indeterminados.

Cada copropietario tiene un derecho igual a cada una de las partes del todo y no un derecho exclusivo y absoluto. Y, asimismo, ningún copropietario

(27) Petit. Ob. Cit. N^o 149. P. 230 y 231.

(28) Petit. Ob. Cit. N^o 148 bis. P. 230.

(29) Petit. Ob. Cit. N^o 149. P. 230.

puede, sin el consentimiento de los demás, disponer de la cosa común o ejercitar actos de dominio (30).

b).—Extinción de la copropiedad: Habíamos señalado ya la temporalidad de la copropiedad. Por tal carácter cada copropietario tiene el derecho de hacer salir a los otros copartícipes del estado de indivisión.

El jurisperito Papiniano señalaba que la indivisión originaba innumerables discordias y controversias, siendo por ende, de interés tanto individual como social, ponerle término mediante la partición. Surge así el principio de que nadie está obligado a permanecer en la indivisión.

Mediante la partición se distribuye la cosa por partes iguales, o bien, se atribuye entera a un solo copropietario, si no admite cómoda división, indemnizando a los demás copropietarios. En el derecho romano podía efectuarse la partición de común acuerdo o por la vía judicial. En el primer caso se hacía con transferencias recíprocas por mancipación o tradición. En el segundo, se ejercitaba la *actio familiae erciscundae* cuando los bienes indivisos eran una herencia y, la *actio communi dividundo* cuando se trataba de bienes adquiridos en común o de una sociedad y mediante la *adjudicatio* se atribuía a cada uno de los propietarios o la propiedad entera a uno solo con obligación de indemnizar a los demás (31).

Un caso análogo a la indivisión se presenta en la confusión de límites entre dos fundos, por accidente o por usurpaciones de un propietario sobre el terreno vecino, al efecto mediante el ejercicio de la *actio finium regundorum* se podía obligar a regular los límites prediales. El juez, para fijar los límites podía adjudicar a un propietario parte del terreno de otro, así como regular otras prestaciones como indemnización y restitución de la porción invadida con los frutos (32).

c).—Obligaciones recíprocas de los copropietarios: La copropiedad da origen a obligaciones recíprocas entre los diversos propietarios. Nacen dichas obligaciones *quasi ex contractu*, sin una previa convención y a semejanza de las existentes en el contrato de sociedad, son las mismas para todos los participantes en la copropiedad.

En primer término la obligación que reportan los copropietarios es la de salir de la indivisión mediante la partición. Esta obligación nunca puede dejar de existir, por lo cual tienen asimismo cada uno el derecho de obligar a la partición a los demás propietarios. Por las mismas razones el convenio en

(30) *Petit. Ob. Cit.* N^o 149. P. 231.

(31) *Communi dividundo*, Cód. Lib. III. Tit. XXXVII.

Communia utriusque iudici tam familiae erciscundae quam communi dividundo, Cód. Lib. VII. Tit. IV.

De communium rerum alienatione, Cód. Lib. X. Tit. LII.

Communi prediorum tam urbanorum quam rusticorum, Di. Lib. VII. Tit. IV.

Communi dividundo, Di. Lib. X. Tit. III.

Petit. Ob. Cit. N^o 440-2, Pág. 450.

(32) *Petit. Ob. Cit.* N^o 441. P. 45c.

contrario carece de validez. Sin embargo "las partes podían convenir que permanecerían en la indivisión por cierto tiempo" (Paulo, L. 14, 2 D., Com. Div. X, 3) (33).

En segundo lugar, se establecen algunas obligaciones personales, de carácter particular, que pueden existir o no, dependiendo de la administración de la cosa común. El copropietario administrador de la cosa debe rendir cuentas sobre los frutos y productos que haya retirado. Cada copropietario debe responder por el deterioro de la cosa o por actos que lesionen el derecho de los otros copropietarios, e indemnizar al que haya hecho gastos útiles o necesarios con motivo de la cosa común, puesto que es responsable por su negligencia, ya que debe ponerse la atención debida a los negocios propios.

(33) Petit. Ob. Cit. N^o 440. P. 449.

CAPITULO TERCERO.

DERECHO CIVIL FRANCÉS.

SUMARIO: 8º—Evolución histórica de la Propiedad en Francia. 9º—Código Civil francés. 10º—Extensión del derecho de propiedad. 11º—Coproiedad e indivisión.

8º—LA EVOLUCION HISTORICA DE LA PROPIEDAD:

En Francia, al igual que en toda Europa durante la Edad Media (siglos del VI al XV), la propiedad sufrió una profunda transformación a consecuencia de una gran variedad de contratos que “transferían al ocupante de la cosa ajena un derecho ilimitado por su duración, de manera que la mayor parte de los fundos no resultaban poseídos por sus propietarios; sino que eran “tenidos” por otras personas, que habían recibido la concesión a títulos diversos. En consecuencia los dos principales géneros de estas tenencias fueron el feudo y el censo. En virtud de estas concesiones el propietario o cedente llamado “señor”, conservaba su propiedad, pero él no “ocupaba” su tierra. El otro, el “vasallo” o “tenenciero” la tenía pero sin gozar de la propiedad. De ahí resultaba que dos personas el señor y el vasallo tenían al mismo tiempo y sobre el mismo terreno derechos de propiedad de naturaleza distinta” (34).

Debemos aclarar que originalmente el vasallo no se estimaba propietario, puesto que no tenía mas que el derecho de disfrutar la cosa que pertenecía al señor, pero lo extenso y la perpetuidad de ese derecho determinaron que poco a poco, se le considerara como propietario. Por ende, resultaba que se reconocían dos propietarios del mismo bien, sin indivisión entre ellos, pero siendo sus derechos de diversa naturaleza. La propiedad del señor se denominaba “dominium directum”, en tanto que la del vasallo se llamaba “dominium utile”.

Posteriormente “cuando el derecho del vasallo resulta transformado en propiedad, la del señor sufrió una transformación inversa. El señor fue víctima de una especie de expropiación: se vino a considerar el tenenciero (vasallo o censatorio) como el único propietario verdadero, puesto que él disfrutaba de todas las ventajas reales de la propiedad. Y el directo señorial sólo resultaba

(34) Planiol y Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. T. III. Nº 3, P. 10.

como una simple servidumbre, una carga sobre la propiedad ajena, de la que era conveniente desembarazar la tierra" (35).

Señalan los autores que esta evolución histórica mediante la cual lentamente se expropió la tierra a los señores en beneficio de los vasallos, estaba concluida antes de la revolución francesa, esta última liberó las tierras de las cargas que la gravaban; pero, no operó ningún desplazamiento de propiedad que ya no estuviera realizado (36).

9º.—CODIGO CIVIL FRANCES:

El Código Civil de Napoleón, inspirado en la concepción individualista del derecho romano, define el derecho de propiedad como un derecho absoluto (37), asignándole por objeto las cosas corporales. Empero, nos enseña la doctrina que tal concepto ha evolucionado pues por una parte el legislador estimando que el derecho de propiedad debe someterse al interés superior de la colectividad, ha impuesto un gran número de limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, cuando el interés público lo exija, o asegurar a la propiedad un rendimiento mayor, o, bien evitar que el propietario no cause a otro por el ejercicio abusivo de su derecho, un daño anormal y excesivo.

Por otra parte, ciertos bienes han sido sustraídos al derecho de propiedad por razón del interés que representan para la colectividad, erigiéndoseles en riquezas nacionales, que los particulares sólo pueden explotar en virtud de una concesión o autorización estatal, como ocurre con los yacimientos de petróleo y con la energía hidráulica.

Al mismo tiempo el desenvolvimiento de las fuerzas económicas obligaba al legislador, afirman Planiol y Ripert (38), "a extenderlo, con formas nuevas, a bienes que aparecían sobre la escena económica, pidiendo ser jurídicamente protegidos. Y se puede decir que el campo de la propiedad se ha extendido a medida que la intensidad del derecho se ha atenuado. Igualmente el legislador se ha esforzado en facilitar a todo el mundo el acceso a la propiedad, dictando una extensa serie de medidas en favor de la pequeña propiedad".

Efectivamente en el último siglo la propiedad se extendió a bienes nuevos que por razón de su valor económico, requerían tutela jurídica, tales como la propiedad literaria, artística e industrial, y los valores mobiliarios.

Por último cabe señalar que en opinión de Josserand (Libro del Cente-

(35) Planiol y Ripert. Ob. Cit. T. III. Nº 3. P. 11.

(36) Sobre este tema puede verse Beudant. *La transformation juridique de la propriété foncière dans le droit intermédiaire*, 1889. Citado por Planiol y Ripert.

(37) Según el Art. 544 "La propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas del modo más absoluto, siempre que no sea un uso prohibido por las leyes o los reglamentos".

(38) Ob. Cit. T. III. Nº 6, P. 14.

nario del Código Civil) y cuyo pensamiento es acogido por otros autores, la propiedad colectiva absorberá progresivamente a la individual (39).

Este ilustre jurista ha pretendido introducir en la doctrina francesa la noción germana de la propiedad colectiva o mano común, la que en su concepto es aplicable a las sociedades civiles, asociaciones desprovistas de personalidad, comunidad conyugal y aún comunidad entre herederos.

Según él, la propiedad colectiva tiene tres características específicas:

1º—La imposibilidad para cada uno de los comuneros de ejecutar solo cualquier acto de disposición sobre una parte cualquiera de la cosa.

2º—El mantenimiento después de la partición, de los actos de disposición consentidos por el conjunto de condueños.

3º—La masa de bienes comunes se convierte en masa independiente y, por lo tanto, distinta de los patrimonios de los condueños”.

“Este es el minimum de concesiones que se le debe hacer a la propiedad en mano común; nosotros imaginamos perfectamente su aplicación a todas las situaciones colectivas que no son suficientemente estrechas y durables para tener un alma, para proyectar una personalidad jurídica”, sostiene Josserand (40).

10º—EXTENSION DEL DERECHO DE PROPIEDAD:

La definición que nos ofrece el ordenamiento civil francés, ha sido censurada por los autores galos (41), señalando que tiene el defecto de indicar solamente uno de los caracteres del derecho de propiedad, cuya exactitud misma puede ser discutida, toda vez que ni el derecho de goce o disfrute son realmente absolutos. Además se omiten dos caracteres que se estiman esenciales la exclusividad y la perpetuidad.

El carácter exclusivo del derecho de propiedad consiste en la atribución del goce de una cosa a una persona determinada, el propietario, con exclusión de todas las demás, y por ende, puede impedir que otra persona utilice su cosa, aun cuando de ello no se derive para él perjuicio alguno.

Se dice que este derecho es perpetuo por su propia naturaleza, puesto que no puede perderse por el no uso, ya que la reivindicación de los inmuebles es imprescriptible.

“El derecho de propiedad confiere en principio al propietario el derecho de usar y abusar de la cosa. No ya sólo puede realizar todos los actos de uso y de disfrute, tales como percibir los frutos y cosechas, sino que también puede ordenar las obras que se le antojen, aun cuando sean perjudiciales para

(39) Citado por Bonnecense Supplément. T. IV. P. 318.

(40) Citado por Bonnecense. Ob. Cit. T. IV. P. 323.

(41) G. Ripert. De l'exercice du droit de propriété. Citado por Planiol y Ripert. Tratado. Práctico de Derecho Civil Francés. T. III. Nº 211. P. 199.

él; podrá derribar árboles y construcciones, hacer excavaciones, agotar las canteras, destruir las cosas de su propiedad art. 544 y 552 pfo. 2 y 3. Puede fundar en su propiedad establecimientos privados, sea para dar albergue o para prestar auxilios. Lo que caracteriza el derecho de propiedad, distinguiéndolo de los demás derechos reales, es la facultad de disponer de la cosa, por su consumo, por su destrucción material o por la transformación de su sustancia. Esto es lo que los antiguos denominaban abusos, vocablo que designaba el consumo de la cosa y no el abuso de ella en el moderno sentido de la palabra o sea acto contrario a derecho" (42).

11º—COPROPIEDAD E INDIVISION:

El código civil francés trata de la copropiedad en su Libro II "Derecho de los Bienes", y se ocupa de la indivisión propiamente dicha en el Libro III "Derecho de las Sucesiones" (artículos 815, 841, 883, 1167 a 1671 y 2205). Además reglamenta otras formas de indivisión: la comunidad entre esposos; medianería; casas por pisos o apartamentos y derecho de superficie.

En la copropiedad, se reconoce a cada copropietario un verdadero derecho de propiedad sobre su cuota-parte. "Podrá por tanto, ejercer sobre ella, sin consentimiento de los demás, los derechos inherentes a la propiedad y que no sean incompatibles con la naturaleza intelectual de esa cuota-parte: venderla o donarla, sin que los demás puedan ejercitar el derecho de retracto que solamente existe entre coherederos (art. 841); hipotecarla, dependiendo la suerte de tal hipoteca de los resultados de la partición (art. 833); en fin reivindicarla contra un tercero, no ya para obtener el abandono de una porción materialmente determinada de la cosa, sino a fin de hacer reconocer su derecho de copropiedad" (43).

Cada uno de los copropietarios está facultado para usar libremente de la cosa común, siempre que no le dé un destino impropio ni cause daño ni perturbación a la posesión de los condueños.

Al mismo tiempo, todos los copropietarios están obligados a contribuir proporcionalmente a su interés en la cosa común, a los gastos de mantenimiento y conservación de la misma.

Al decir de Bonnecase, como rasgos comunes entre copropiedad e indivisión podemos señalar los siguientes:

1º—Las dos constituyen regímenes jurídicos inorganizados;

2º—Ambas son situaciones que se refieren a fines individuales, independientes de todo fin colectivo.

(42) Planiol y Ripert, Ob. Cit. T. III. P. 203. Nº 216.

(43) Planiol y Ripert, Ob. Cit. T. III. Nº 288. P. 253.

3º—Existe una fórmula para definir la actitud de los copropietarios y de los que están en indivisión, frente a los bienes indivisos:

Todo copropietario y comunero tiene derecho a usar los bienes indivisos, para sus fines individuales, hasta donde este uso sea compatible con el ejercicio de los derechos análogos de los otros comuneros; por otra parte, cada copropietario, como cada comunero, tiene derecho de ejercer, en provecho de todos, los actos conservatorios que requieran los bienes indivisos; pero se les prohíbe realizar a título individual, no solamente los actos de disposición sino también los de administración sobre los bienes indivisos” (44).

Josserand apunta como características del condominio a partir de Pothier y hasta los autores contemporáneos las siguientes:

1º—Cada condueño tiene un derecho que recae sobre cada partícula de la cosa indivisa;

2º—Este derecho figura en su patrimonio confundido con los bienes que le pertenecen privativamente; el cual en principio puede embargarse por sus acreedores personales;

3º—Este derecho es real, porque cuando recae sobre un inmueble se le declara susceptible de hipoteca; y aún se encuentra alcanzado naturalmente por las hipotecas legales o judiciales;

4º—Sin embargo, por otra parte, se resume en una parte alícuota ideal o abstracta de una naturaleza puramente intelectual;

5º—La suerte de las enajenaciones y de las constituciones de derechos reales consentidas por el condueño durante la duración de la indivisión, está subordinada al desenlace de la situación común, al resultado de la participación definitivamente válida si la cosa se da al enajenante o al que ha hecho la constitución, ellas se reducen a la nada por la atribución del bien a cualquier otro propietario” (45).

El estado de indivisión termina por la partición, al efecto cada comunero puede pedir en cualquier tiempo la partición (Art. 815) (46).

Mediante la partición se atribuye a cada propietario una porción divisa de la cosa en vez de la parte indivisa que tenía anteriormente. La porción material que corresponde a cada propietario habrá de tener un valor semejante al de la porción abstracta que le correspondía. En suma podemos decir que la partición, individualiza o determina el derecho de propiedad de cada uno de los condueños.

Señalan los autores que otros hechos pueden acarrear el mismo resultado,

(44) Supplément. T. IV. P. 373 y Sgtes. Elementos de Derecho Civil. T. III. Págs. 52 y 53. Nº 60.

(45) Citado por Bonnacese. Ob. Cit. T. IV. P. 317.

(46) “Nadie puede ser obligado a permanecer en la indivisión; y la partición puede ser siempre provocada a pesar de prohibiciones o convenciones en contrario. Se puede sin embargo, convenir en suspender la partición durante un tiempo limitado; esta convención no puede ser obligatoria más allá de cinco años; pero puede ser renovada”.

como cuando uno de los comuneros cede su parte a otro; o cuando uno de ellos sucede a otro y finalmente cuando los propietarios pro-indiviso venden todas sus porciones simultáneamente a un único adquirente. Empero, como dicen Planiol y Ripert, en todas estas hipótesis la partición es innecesaria, ya que el hecho que pone fin a la indivisión hace desaparecer la causa de su necesidad (47).

(47) Ob. Cit. T. III. Nº 292. P. 256.

CAPITULO CUARTO.

DERECHO ALEMAN.

SUMARIO: 12º—Distinción entre comunidad y copropiedad. 13º—Comunidad por cuotas. 14º—Comunidades de propiedad en mano común.

12º—DISTINCION ENTRE COMUNIDAD Y COPROPIEDAD:

El código civil alemán distingue pulcramente entre comunidad (Gemeinschaft) o situación jurídica que tiene lugar cuando un derecho corresponde a varios en común (arts. 741 a 758) y la copropiedad (Miteigentum) que no es sino la idea de una comunidad referida al derecho de dominio (arts. 1008 a 1011). En otras palabras, en derecho alemán, comunidad es cotitularidad de cualquier derecho, en tanto que copropiedad es la cotitularidad del derecho de propiedad. Esto es, comunidad y copropiedad se hallan en la misma relación que el género y la especie, y por consiguiente, las normas de la comunidad en general, son aplicables a la copropiedad en tanto no estén modificadas por disposiciones especiales.

13º—COMUNIDAD POR CUOTAS:

Enneccerus, Kipp y Wolf, nos enseñan que "Si la propiedad de una cosa corresponde a varias personas, en común, se tratará de una comunidad, por cuotas o de una comunidad en mano común.

I.—La comunidad de propiedad por cuotas se llama copropiedad (art. 1008). Se le aplican las normas de la comunidad del artículo 741 y siguientes, a menos que le alcancen los principios especiales de los artículos 1009 a 1011.

1º—Cada copropietario tiene una cuota fija y se presume la igualdad de las cuotas (art. 742). A cada uno le es debida una parte de los frutos correlativa a su cuota (art. 743 fracción I)... Cada uno puede usar la cosa común en tanto no lesione la utilización por los demás (art. 743 apartado 2). La administración de la cosa corresponde a todos en común; sin embargo, cada uno puede tomar por sí solo las medidas necesarias para la conservación de la cosa (art. 744). La administración y explotación pueden regularse por mayoría de votos, y semejante regulación surte efecto, igual que una regulación contractual, en pro y en contra de los sucesores singulares en la copro-

piedad (arts. 745 y siguientes); y únicamente si se trata de copropiedad de inmuebles, la regulación habrá de estar inscrita en el registro para poder surtir efecto contra los sucesores singulares (que la conozcan o que la ignoren), mientras que producirá efecto a favor de los sucesores singulares incluso sin la inscripción (artículo 1010 apartado 1)" (48).

"2º—Todo copropietario puede disponer libremente de su cuota; de la cosa. Como un todo sólo pueden disponer todos conjuntamente (art. 747)" (49).

"3º—Todo copropietario puede exigir en cualquier momento la supresión de la comunidad. Sin embargo, este derecho puede, dentro de ciertos límites (art. 749) ser excluido o limitado por contrato. Tratándose de inmuebles, semejante estipulación contractual requiere (como gravamen de cuota) inscripción en el registro para tener efectos contra los sucesores singulares del copropietario (arts. 755 y 756)" (50).

"5º—La copropiedad se adquiere y se pierde como la propiedad exclusiva" (51).

La comunidad de propiedad por cuotas, que A. Von Thur llama comunidad simple, la que configura de la siguiente manera: "Siendo independientes los partícipes, debe admitirse no un derecho único con sujeto múltiple, sino tantos derechos como personas hubiere. Concebida en esta forma, la comunidad simple no da lugar, en rigor, a un "derecho mancomunado"; lo que el código (arts. 741 y sigs.), designa con este término es una suma de derechos separados, sobre un único objeto, iguales por contenido y jerarquía. El conjunto de estos derechos representa las facultades que tendría un sujeto solo si tuviese el señorío completo sobre el mismo objeto. Es cierto que en la mente del legislador, que habla de "derecho mancomunado", actúa la idea de que tanto en la comunidad por fracciones como en la unitaria, más personas participen en un derecho por ejemplo, en la propiedad sólo que en forma diversa. Pero trátase de una construcción teórica que, en mi opinión, no es obligatoria para el intérprete, cuando pueda explicar diversamente y mejor los preceptos legales por medio de una concepción distinta.

De acuerdo con lo expresado, tenemos en la comunidad simple un derecho de A y otro de B sobre la misma cosa. Cada uno de éstos no es un derecho de propiedad porque le falta el elemento de la exclusividad del señorío; sin embargo, permite un señorío, análogo por su contenido al de propiedad, sobre la cosa entera. De la igualdad de fuerza de los derechos y de la comunidad del objeto, fluye que el señorío de cada comunero encuentra su límite en el del otro. Las facultades que normalmente pertenecen al propietario único, se dividen entre A y B, en cuanto su naturaleza lo permita, de acuerdo con

(48) Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas. T. III, Vol. I, Noº 88, I-1, p. 548.

(49) Enneccerus, Ob. Cit. T. III, Vol. I, Noº 88, I-2, p. 549.

(50) Enneccerus, Ob. Cit. T. III, Vol. I, Noº 88, I-3.

(51) Enneccerus, Ob. cit. T. III, Vol. I, Noº 88, I-5.

una proporción numérica: las fracciones (cuotas) de los comuneros no son partes de un derecho y menos aún parte de la cosa, sino la medida que define recíprocamente al señorío, de los comuneros; de acuerdo con esta proporción numérica se rige el goce de los frutos (art. 743). Ciertas facultades no se prestan, por su naturaleza, a determinación cuantitativa; así, sobre todo, el uso de la cosa. En este aspecto, pues, la línea de demarcación entre los derechos de los comuneros se funda en otro principio: cada uno está autorizado a usar de la cosa en tanto no perjudique el uso de los demás (art. 743, II). El uso racional y la administración de la cosa común exige una reglamentación que afecta el campo de señorío de cada comunero. Según el derecho romano se podía establecer únicamente por consentimiento de todos; el código civil (art. 745) admite las deliberaciones por mayoría, siendo decisivo el valor de las cuotas. Es también diferente la relación de los condóminos en cuanto a la defensa frente a terceros; cada cual tiene acción por la cosa entera (art. 1011). Sin embargo, el art. 432 define la pretensión reivindicatoria de manera tal que su ejercicio por un comunero no pueda ser perjudicial a los demás. Que cada partícipe tiene un derecho independiente, se demuestra de manera evidentísima en el poder de disposición: le está permitido a cada uno enajenar su cuota, esto es, su derecho análogo al de propiedad, y gravarla con cualquier derecho cuyo ejercicio sea compatible con la comunidad simple. Junto con los actos de disposición a que los comuneros están facultados respecto de sus cuotas, la ley prevé (art. 747, 2) la enajenación de la cosa entera. En rigor, con eso, cada partícipe dispone del derecho que le pertenece a él; pero como el adquirente adquiere todos los derechos de condominio, se consolida en él el derecho unitario de propiedad. Mediante un acto de disposición conjunta, también puede gravarse la cosa con derechos que no podría instituir cada comunero individualmente sobre su cuota; por ejemplo, con servidumbres. En efecto: como la totalidad de los derechos de condominio tiene el mismo contenido de la propiedad normal, pueden los partícipes producir por acción concorde los efectos propios de la calidad de propietario.

En nuestro concepto, la terminación del condominio, que todo partícipe está autorizado a exigir (art. 749), no se configura como la división de un derecho en dos, sino que consiste en eliminar la unidad de objeto, de ambos derechos existentes; lo que puede verificarse de dos maneras: o dividiendo la cosa, con el efecto de crear dos objetos, que se atribuyen en propiedad unitaria cada uno de los partícipes, en lugar de la comunidad; o mediante enajenación, dividiendo entre los partícipes la suma de dinero que toma el lugar de la cosa. En la división de la cosa o de su precio, se evidencia del modo más claro la proporción numérica en que están los partícipes" (52).

(52) Andreas Von Tuhr. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Vol. II. Nos. 82, 83, 84 y 85. Págs. 106 a 109.

14º—COMUNIDADES DE PROPIEDAD EN MANO COMUN:

"Se encuentran en las normas sobre la sociedad, en la comunidad de bienes matrimoniales y en la comunidad de herederos. En tanto las cosas pertenezcan a estas masas patrimoniales comunes, existe en todo caso una propiedad en mano común. También en estos casos los comuneros tienen "particiones en la propiedad" pero estas particiones no pueden expresarse siempre cuantitativamente en cuotas" (53).

"El comunero no puede disponer de una participación ni solo ni con el asentimiento de los demás. Sólo cabe disponer de la totalidad de la cosa por todos los comuneros conjuntamente, o bien sobre cuotas determinadas en las que cada comunero tendrá a su vez una participación" (54).

Explica Andreas Von Tuhr que en la sociedad (art. 718), en el régimen de comunidad del matrimonio (art. 1438) y en la comunidad hereditaria (art. 2032), la comunidad se extiende a un conjunto de derechos susceptibles de modificarse en las partes que lo constituyen como sucede en el patrimonio, y explica que "Cada derecho entra en la comunidad sólo porque y hasta tanto pertenezca al conjunto. Son éstos los casos de comunión unitaria. Los comuneros participan de una relación jurídica respecto al patrimonio común; la suma de los derechos y de los deberes de cada uno constituye su parte. La medida de las partes se determina normalmente por una proporción numérica. Como cada comunero participa de todos los derechos que entran en el patrimonio común, podría hablarse también de una participación en dichos derechos considerados aisladamente; es lo que hace la ley (p. ej. arts. 719 y 2033; cód. proc., art. 859), pero sólo para precisar que queda prohibido cualquier acto de disposición de un comunero sobre la parte que le corresponde en los diversos objetos de la comunidad. Únicamente se puede disponer del derecho entero que constituye el patrimonio unitario, y está facultado a tal efecto el que determine la organización, persona que varía según los casos. Asimismo, la administración de los objetos comunes se efectúa por cuenta y en favor del patrimonio unitario; en caso de enajenación, la utilidad ingresa a la comunidad en virtud de subrogación. Hasta tanto perdure la comunidad unitaria, todo objeto que ingresa en ella recibe el trato que le correspondería si perteneciera a un patrimonio individual y no al patrimonio de diversas personas. Sólo con la cesación de la comunidad se manifiesta el derecho de los diversos partícipes: los bienes que restan de la liquidación, luego de pagadas las deudas, se dividen proporcionalmente entre ellos" (55).

(53) Enneccerus, Kipp y Wolf. Ob. Cit. Nº 88, II, P. 550.

(54) Enneccerus, Kipp y Wolf. Ob. Cit. Nº 88, II, P. 551.

(55) Obra citada. Volumen II. Nos. 79 y 80. Págs. 102 y 103.

CAPITULO QUINTO.

DERECHO ESPAÑOL.

SUMARIO: 15º—Origen de la copropiedad en el antiguo derecho español. 16º—Diferencia entre copropiedad y propiedad. 17º—Formas de organización de la copropiedad. 18º—Definición legal de copropiedad; su exégesis. 19º—Casos de copropiedad. 20º—Duración o límite de la copropiedad. 21º—Derechos de los copropietarios en cuanto al uso y conservación de la cosa común. 22º—División de la cosa común. 23º—Procedimientos de partición.

15º—ORIGEN DE LA COPROPIEDAD EN EL ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL:

La institución de la copropiedad, consagrada por nuestro derecho, tiene como antecedente inmediato el derecho hispano. Es por ello que interesa inquirir sobre el origen que tuvo en este derecho.

Ciertamente podemos suponer que, como en todos los pueblos primitivos, también en la Península Ibérica, existieron como formas de propiedad, en primer término, la propiedad comunal y ulteriormente la copropiedad familiar.

Posteriormente apareció la propiedad individual y, hecha la conquista de España por los romanos, rigieron las disposiciones legales de éstos, y así fue como se introdujo la copropiedad.

El derecho español antiguo, cimentado en el romano, consigna en realidad pocas disposiciones sobre la copropiedad, siendo un ejemplo de ellas las que aparecen en el Fuero Juzgo. El Fuero Real en particular, contiene un poco más: Establece reglas para la división de la cosa común y sobre la imprescriptibilidad de las cosas habidas en comunidad (Leyes 2ª y 5ª, tít. 4º, lib. III). Las Partidas por su parte tratan asimismo sobre el tema, pero sin implantar un orden o sistema al respecto, limitándose a desarrollar las doctrinas del derecho romano en algunas de sus leyes, entre las cuales se encuentran la Ley 26, tít. 32, Partida 3ª y Ley 11, tít. 10, Partida 5ª. La Nueva Recopilación fija la imprescriptibilidad de la acción de división sobre la cosa común.

A pesar de ser pocas las diferencias encontradas, bastan para señalar que la institución que nos ocupa, fue aceptada ya desde el antiguo derecho hispánico.

16º—DIFERENCIA ENTRE COPROPIEDAD Y PROPIEDAD:

Dentro de la doctrina española contemporánea, se ha sentado criterio en el sentido de no otorgar a la copropiedad, un carácter substancialmente diferente del que corresponde a la propiedad individual. Al respecto dice Valverde (56), que simplemente existe una simultaneidad en el derecho de varios individuos sobre una misma cosa de la cual tienen el derecho de propiedad de una parte alícuota y no pueden hacer valer su derecho sobre una parte determinada de la cosa. En la propiedad individual hay una sola cosa y un solo sujeto. En la copropiedad la cosa es una pero hay pluralidad de sujetos (57).

Pudiera insistirse en afirmar, que entre propiedad y copropiedad, existe tajante diferencia si se pretende que esta última es contraria a la concepción romana del derecho de propiedad en tanto que carece de la nota "exclusividad". Pero no hay tal, porque cada copropietario resulta un verdadero propietario, en forma conjunta de toda la cosa y exclusivo de una parte ideal y abstracta de la que libremente puede disponer, como ocurre en tratándose de la propiedad individual. Sostiene Valverde esa opinión, al proclamar que el derecho de propiedad "...no consiste precisamente en que sea un poder de exclusión, hasta el punto de decir como algunos que la propiedad es exclusiva o no es propiedad, no; la propiedad supone la mayor suma de facultades o derechos sobre una cosa, y es indiferente a la relación jurídica de la propiedad que aquéllas las tenga una persona o varias conjuntamente, pues se diferencia del derecho de propiedad individual en que en ésta es una persona quien ejerce las facultades dominicales, y en la copropiedad, el propietario en común las ejerce conjuntamente con los otros" (58).

17º—FORMAS DE ORGANIZACION DE LA COPROPIEDAD:

Podemos reputar que son dos los modos en que la copropiedad puede organizarse: una primera, que corresponde a la del derecho romano, y en la que la cosa común objeto de la copropiedad, se divide en partes ideales, indivisas, iguales o desiguales entre sí, enajenables y transmisibles. En una segunda, no aceptada por el derecho moderno, los participantes en la copropiedad no

(56) Valverde y Valverde, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. T. II, P. 219. Ed. Cuesta, Madrid, 1920.

(57) "El Art. 1933 del Código Civil preceptúa que la prescripción en favor de uno de los copropietarios aprovecha a todos, lo que se explica por la unidad de objeto que tiene el derecho de los condueños y de la indivisión en que se encuentra la cosa común. A la inversa la interrupción de la posesión de una parte de la cosa común o del todo, perjudica en igual medida a todos los copropietarios (Arts. 445 y 450)." Valverde y Valverde, obra citada.

(58) Valverde, Ob. Cit. P. 221.

tienen cuotas indivisas y enajenables. Sus porciones no pueden ser desiguales entre sí al salir de la comunidad, los demás se convierten en propietarios del todo, absorbiendo aquella parte. Tal modelo se denominaba *condominium plurium in solidum* y hoy se considera como restos de instituciones que tuvieron vigencia durante la época en que existió la comunidad familiar. Actualmente el derecho moderno no admite este *condominium*.

Aun es posible distinguir con Zacharie (59), formas de organización de la copropiedad contempladas desde otro punto de vista.

La propiedad pro-indiviso se tipifica porque cada condueño no es propietario del todo, sino de una cuota ideal y abstracta, como se concebía en el derecho romano.

La propiedad pro-diviso, cuya característica estriba en que cada dueño es propietario de la totalidad de la cosa, siendo esta forma de inspiración germánica.

Explican los autores españoles que en el derecho germánico había una forma especial de propiedad sobre terrenos que seguían siendo comunes después de su reparto. Esta propiedad era representada por la *marka* y el *allmenda* o *folcland*. Dentro de tal sistema se ha argumentado que no existe copropiedad o propiedad romana (*universitas*) porque es una propiedad de carácter social con distinción de sus individuos, quienes reciben el beneficio de las utilidades.

En otras palabras, el *condominio* romano suponía el derecho a una parte ideal. En cambio la propiedad comunal germana representaba un derecho para cada individuo, pretendiendo la compatibilidad de todos para el aprovechamiento y disfrute de la cosa. Por tal motivo no se dividen los bienes en cuotas ideales y abstractas sino que todos disfrutaban del total de productos de la cosa.

El Código Civil Español regula la comunidad de bienes que se ajusta a la copropiedad indivisa del derecho romano.

18º—DEFINICION LEGAL DE COPROPIEDAD. SU EXEGESIS.

El Código Civil Español define la copropiedad, diciendo que existe la misma, cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece pro indiviso, a varias personas (art. 392).

De la definición anterior se infieren, como requisitos fundamentales para la existencia de la copropiedad los siguientes: "1º Pluralidad de personas o sujetos; 2º Unidad del objeto; 3º Relación jurídica de propiedad que consiste en tener derecho sobre la totalidad de la cosa; y, 4º Relación de propiedad exclusiva que tiene cada partícipe sobre su parte, esto es, que se requiere la existencia de una cuota cuantitativamente determinada, ideal, abstracta e in-

(59) Citado por Valverde. Ob. Cit. P. 221.

telectual, sin que pueda llamarse dueño de parte material alguna de la cosa" (60).

Asevera Valverde, que bajo el concepto de "comunidad de bienes" que el código civil hispano consagra, se encuentra el de propiedad indivisa del derecho romano, no admitiendo la forma germánica de copropiedad, o sea prodiviso.

El mismo juriconsulto puntualiza que en la teoría ibera, el concepto de copropiedad no es en manera alguna contrapuesto al de propiedad individual, fundado en los razonamientos siguientes: "La copropiedad supone varios sujetos y una sola cosa, y cada sujeto, mejor dicho, cada propietario lo es del todo y sobre éste ejerce sus derechos conjuntamente con los demás; pero al mismo tiempo es dueño exclusivo de una parte ideal y abstracta de la cosa, de la que puede disponer libremente, y por tanto en esta relación jurídica de la copropiedad se ven las mismas condiciones y elementos de la propiedad individual sin diferencias sustanciales, y lejos de ser opuesta a la propiedad singular, es una fase, modalidad o variedad de la misma" (61).

En concreto, se atribuyen al concepto de copropiedad en el derecho positivo español las siguientes notas: a) Se le considera como "un dominio simultáneo concurrente de varias personas sobre una cosa". Esta pertenece conjuntamente a todos los copropietarios, los que cuentan con un derecho enajenable y transmisible sobre una cuota-parte ideal y abstracta de la cosa o derecho. El legislador reconoce la copropiedad tanto sobre las cosas como sobre derechos. b) La copropiedad es diversa a la propiedad comunal, a la propiedad colectiva y a la sociedad. A la copropiedad se le reconoce como una forma de manifestación de la propiedad individual y en tal circunstancia se encuentra revestida de los mismos caracteres inherentes a esta última. c) No se le estima cuasi contrato. En forma implícita se reconoce que puede tener otros orígenes, difiriendo así, en este particular aspecto, de otros códigos.

"En rigor de doctrina, el condominio y la comunidad de bienes, que puedan ser y son muchas veces ideas compatibles, resultado una de otra, afectan, sin embargo, alguna diferenciación bien en orden a los hechos que originan estas situaciones jurídicas, bien en orden a los derechos y obligaciones que forman el contenido de estas relaciones de derecho" (62).

El condominio viene a ser "la expresión de una situación de copropiedad, que en sí misma puede existir sin necesidad de subordinación a otro orden de Derecho o a otro motivo jurídico que lo produzca, así como puede ser un accidente, un resultado y una consecuencia de motivos y de causas jurídicas

(60) Valerde. Ob. Cit. P. 227.

(61) Idem. PP. 224 y 221.

(62) Sánchez Román, Felipe. Estudios de Derecho Civil Español. P. 173.

preexistentes que le hayan producido o le presuman, y bajo el influjo de cuyas reglas se realice su desenvolvimiento" (63).

Es un caso de condominio propiamente dicho el de la copropiedad que existe entre personas sin otro vínculo que ese y por tanto, las únicas reglas que les son aplicables son la del condominio.

En cambio puede hablarse de comunidad de bienes cuando el condominio en sentido más amplio, se da como consecuencia de una sociedad convencional o legal, como la del matrimonio, o de un estado transitorio de pro-indivisión respecto de los bienes de una herencia. Aquí concurre el condominio como "accidente de situaciones jurídicas (sociedad, matrimonio o sucesión hereditaria) a cuyos superiores influjos vendrían sometidas todas las vicisitudes del condominio" (64). La comunidad de bienes en este caso "constituirá una entidad jurídica subordinada a la influencia de su origen y no al estado de Derecho en la propiedad, que puede desenvolverse por sí y de un modo independiente".

El condominio como concepto viene a representar la noción de un derecho real, cuyo objeto sólo podrá ser algo corporal, específico, determinado.

Por el contrario el concepto "comunidad de bienes" podrá aplicarse tanto a cosas corporales, como a los derechos, como a cosas inmateriales. Al hablar de comunidad de bienes podremos pues referirnos a un derecho real, o a un derecho de obligaciones. No pueden asimilarse entre sí la comunidad existente sobre una finca rústica a la que encontramos entre coherederos (65).

19º—CASOS DE COPROPIEDAD:

Dentro de los supuestos de copropiedad, que tienen por origen el caso fortuito, la casualidad o el accidente imprevisto, se encuentra la comunidad de bienes nacida por mezcla de cosas muebles y la que surge sobre las aguas pluviales de los propietarios de las riberas.

La Ley regula como copropiedad la servidumbre de medianería, la de herencia yacente, la de propietarios por pisos o departamentos de un edificio, y por ello se dice que su raíz o fuente es la ley.

De la declaración de voluntad como la nacida de un contrato o de un testamento.

20º—DURACION O LIMITE DE LA COPROPIEDAD:

El ordenamiento positivo no tolera la existencia de una comunidad de bienes con duración ilimitada contra la manifiesta voluntad de los condueños,

(63) Sánchez Román, Felipe. Estudios de Derecho Civil Español. Pág. 173.

(64) Idem.

(65) Sánchez Román. Ob. Cit. P. 174.

exceptuándose los mandatos del propio código que preceptúen lo contrario. En consecuencia, ningún propietario está obligado a permanecer en la indivisión (art. 400). En esta forma se eluden todos los perjuicios que puede acarrear la posición que guardan los condueños.

De igual modo el legislador ha instaurado una subordinación de los derechos de cada propietario aisladamente, a los que les corresponden a todos los partícipes conjuntamente sobre la cosa común, de manera que se tornan compatibles ambos derechos. Desde luego, a cada comunero se le reconoce un derecho de propiedad respecto de su parte alicuota de la cosa común.

Los tribunales españoles en sus sentencias, han interpretado como casos especiales de copropiedad, algunos problemas que se les han planteado. Así se cita por ejemplo, que el Tribunal Supremo determinó que debe considerarse como copropiedad, la comunidad especial que tiene lugar entre dos personas, cuando a una de ellas pertenece el suelo y a otra la arboleda sobre el mismo, atribuyendo a ambos las facultades y obligaciones propias de los condominios. En la sentencia que nos ocupa, 9 de marzo de 1893, asimismo se otorgó a los dueños, el derecho de retracto a que se refiere el artículo 1522 del código civil español. Mediante otra sentencia, 9 de julio de 1903, el mismo Tribunal asimiló un caso, por sus efectos, a los de la copropiedad, declarando que si bien los disfrutes de yerbas, pastos y agostaderos y además el de siembra en ciertos lugares sobre una misma cosa, no puede considerarse estrictamente una copropiedad dentro de las características que le fija el artículo 392 del código, si debe dar lugar en cambio a una relación jurídica semejante a la que existe en la comunidad de bienes, para los efectos del retracto como en el caso anterior.

21.—DERECHOS DE LOS COPROPIETARIOS EN CUANTO AL USO Y CONSERVACION DE LA COSA COMUN:

Ya se explicó, que los copropietarios tienen y ejercen un derecho simultáneo sobre las cosas comunes en su totalidad, pudiendo utilizarlas "siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho" (art. 394).

En otros términos, para llevar a cabo el fin de la copropiedad, es menester que exista para ello un ambiente adecuado, basado precisamente en la plena igualdad de las atribuciones de los condueños, pero para que esos derechos sean compatibles, deben fijarse ciertas barreras en la facultad que a cada condómino asiste, de ahí que se sostenga que cada uno podrá hacer y disponer de la cosa o derecho, como si fuera el único propietario, sin que para ejercer el uso y disfrute, requiera el previo consentimiento de todos los

interesados, con la única salvedad de que no ofenda, dañe o estorbe el derecho de los demás.

Además de la consecuencia apuntada, y que deriva de la subordinación del derecho que cada uno de los copropietarios tiene sobre la cosa, en relación con los intereses de los otros comuneros, el Código Civil, en diversos preceptos consagra el respeto mutuo a los derechos de los demás partícipes, previniendo que no podrá alterarse la cosa común sin el consentimiento de los demás copropietarios (art. 397), aunque sea beneficioso y no sufran alteración ni el objeto ni el uso de la cosa.

Otra limitación legal que señalan los autores españoles, en cuanto a las facultades de los copropietarios, es la relativa a los supuestos en que el copropietario puede sustituir a otra persona en el aprovechamiento de la cosa común. El código determina que dicho reemplazo no podrá llevarse a efecto cuando se trata de derechos personales (art. 399). Aclara Valverde que indudablemente se refiere el ordenamiento legal a aquellos casos en que los derechos son intransmisibles, los que el legislador debió marcar como personalísimos. Por ejemplo, el derecho de uso y el de habitación.

Por otra parte, aún cuando cada copropietario está facultado para enajenar o gravar su cuota-parte, el código previene, que para la imposición de servidumbres sobre un fundo indiviso, es necesario el consentimiento de todos los copropietarios. En cuanto a la hipoteca, no se extenderá ésta a todo el inmueble si no concurre el consentimiento unánime de todos los copropietarios, porque la hipoteca y la enajenación no pueden recaer sobre una parte específica de la cosa común, ya que esto sólo podrá tener lugar al procederse a la división (Art. 597 del C.C. y Arts. 189 y 190 de la Ley Hipotecaria).

La conservación de la cosa común, es una obligación que pesa sobre todos y cada uno de los condueños y, por tal motivo, se reconoce "derecho a obligar a los demás a contribuir para los gastos de conservación de la cosa o derecho. La contribución no obligará al que renuncie a su parte" (Art. 395).

Al respecto explican los tratadistas españoles lo siguiente:

a).—Es un principio justo y natural dicha contribución y la posibilidad de obligar a ella.

b).—La palabra "contribuir", indica virtualmente la proporcionalidad en la participación de los gastos acorde con la cuota de cada uno.

c).—Es idéntico criterio el sustentado en las Partidas, excepto que ya no se refiere únicamente a condominio, sino en general a la comunidad de bienes, conservación de la cosa o derecho.

d).—El segundo párrafo del artículo 395 difiere de Las Partidas en su consideración, puesto que aquél preceptúa que sólo podrá quedar eximido de la contribución, el comunero que renuncie a su parte, lo cual significa que conforme al Código Civil esto es un derecho, en tanto que en la Ley 26, Tít. 32, Part. IV, era una pena. Se demuestra dicho carácter por el uso del

verbo "podrá eximirse" y de la palabra "renuncie" que implica libertad para el copropietario de contribuir o renunciar a la parte.

Según Sánchez Román, "La solución del Código es preferible a la de la legislación anterior, porque si no debe la ley sacrificar la libertad individual del copropietario, obligándole a sufragar los gastos de conservación, tampoco debe prescindir de aquellas soluciones para impedir que una cosa común llegue a arruinarse por exagerar el respeto de esa libertad en favor de cada uno de los copartícipes; y como esa voluntad no sería tal contrariando el uso legítimo de sus derechos, por esto es que les da la elección entre pagar los gastos que se ocasionen o renunciar su parte en la comunidad" (66).

e).—La Ley de Partida ordenaba, ante la falta de contribución que la parte correspondiente al copropietario que no la cubriese, debía cederse en beneficio del que hubiere anticipado los gastos. En el actual Código Civil no se encuentra dicha disposición, pero debe entenderse que la parte renunciada, se adjudicará de manera proporcional entre los copropietarios que hayan contribuido y no en sólo beneficio del que anticipe los gastos.

f).—Aunque el Código Civil dice específicamente que los gastos de conservación a que alude son aquéllos de urgencia práctica, ello se sobreentiende, puesto que de lo contrario podría ocurrir que en tanto se ventilaban en los tribunales las disputas al respecto, la cosa común podría arruinarse. En todo caso, el copropietario que realice los gastos urgentes, estará en posibilidad de hacer efectivo su derecho contra los demás condueños, posteriormente.

22.—DIVISION DE LA COSA COMUN:

Asimismo se reconoce al copropietario el derecho de pedir en cualquier tiempo la partición de la cosa común, ya que ninguno está obligado a permanecer en la indivisión (Art. 1965). Esta acción es de carácter imprescriptible, si bien existen ciertas limitaciones al ejercicio de la misma. El derecho de partición tiene una doble fundamentación: El que la comunidad de bienes es una situación anormal de la propiedad, que solamente puede prolongarse en el tiempo por voluntad de los propios partícipes y, además, el que requiere de la existencia de la buena fe de todos los condueños y de su armonía. En ausencia de estos últimos elementos, el único medio de defensa del copropietario que se sienta afectado en sus intereses, es precisamente la de hacer cesar tal situación.

Las restricciones al derecho de pedir la partición de la cosa común, se encuentran expresamente determinadas por la ley:

La primera de ellas surge cuando hay estipulación de permanecer en la

(66) Sánchez Román, Felipe. Estudios de Derecho Civil Español. T. III, P. 177.

indivisión, por lapso que no sobrepase de diez años. Es factible prorrogar el plazo mediante la celebración de nuevo convenio (Art. 400).

Una segunda, tiene lugar cuando la indivisión ha sido impuesta por el donante. Sin embargo, su duración tampoco podrá exceder de diez años.

Puede también presentarse la expresa prohibición del testador de celebrar la partición, pero ésta se efectuará siempre que concurra alguna de las causas de extinción de la sociedad (Art. 1051).

La ley instauró una demarcación, cuando de efectuarse la división solicitada, la cosa se volviera inservible para el uso a que está destinada (Art. 401). Y también como en la sociedad de gananciales, en la que sólo puede solicitarse la división cuando la ley lo señale. Existen limitaciones en todos los otros casos que la propia ley consigne.

En opinión de algunos, los artículos 401 y 404 alteran el principio de división de la cosa común, dado que el primer texto priva a los condueños de ejercer la *actio communi dividundo*, cuando consecuentemente la cosa común "resulta inservible para el uso a que se destina". En el segundo precepto cuando la cosa fuere esencialmente indivisible y si los condueños no hubiesen acordado para adjudicarla a uno de ellos indemnizando a los demás, entonces se procederá a su venta y se prorratará el precio.

Sánchez Román las reputa modificaciones y no excepciones, dado que no contradicen el principio del artículo 400, ya que puede cumplirse por la solución de las propias normas.

Por otra parte, estima también que no hay una diferencia fundamental entre el caso del 401 y del 404, y que la solución que ofrece este último texto para el supuesto de que la cosa sea esencialmente indivisible, puede aplicarse cuando de dividirse la cosa resultare inservible para el uso a que se destina; por ello, lamenta la aparente diferencia entre ambos artículos, que pueden esgrimirse como contradictorios o como subterfugios de mala fe en su aplicación práctica.

Quizá hubiera sido aconsejable una "atenuación o excepción" legal al principio de división de la cosa común cuando esa división causara perjuicios a los condueños o al interés general. Sería esto una modificación al criterio exageradamente individualista que debe modificarse un tanto en beneficio del interés de la sociedad en general.

23.—PROCEDIMIENTOS DE PARTICION:

El legislador al indicar que la división de la cosa común podrá llevarse a efecto por los propios interesados o por árbitros o amigables componedores (Art. 402), expresa su deseo para que dentro de lo posible la división se realice extrajudicialmente.

Por lo demás, el código español no fija el procedimiento relativo a la

partición de la cosa común, aunque sí contiene algunas reglas de tipo general y determina la aplicabilidad para el caso, de los preceptos que regulan la división de la herencia (Art. 406).

Por consiguiente podemos sentar que existen dos sendas a seguir para consumir la partición: el ejercicio de la acción *communi dividundo* o bien, extrajudicialmente.

En el primer caso, los comuneros deberán ocurrir ante el órgano jurisdiccional para que adjudique, a cada copropietario, la parte de la cosa común que le corresponda.

En la segunda vía, son los propios condueños quienes llevan a término la división, o en su defecto, ocurren a una amigable composición. En todo caso, las partes que resulten de la división deberán ser proporcionales al derecho de cada comunero.

Por mandato del artículo 1280 del código civil, deberá elevarse a escritura pública la partición para que surta efectos legales, concurriendo para ello los interesados con capacidad legal suficiente.

Tratándose de los menores sujetos a tutela, opina la doctrina siguiendo en ello a Manresa, es menester la aprobación judicial de las divisiones de cosas comunes en las que tengan interés, aún cuando haya autorización del consejo de familia (67).

Ante el evento de que mediante la partición se infiera perjuicio a acreedores o cesionarios de los copropietarios, la ley les brinda la posibilidad de concurrir a la división y oponerse a que se ejecute sin su concurso. Consumada la división, no podrán impugnarla si no habían formulado su previa oposición. Quedando en tal hipótesis a salvo los derechos del deudor o cedente para sostener la validez de la partición realizada (Art. 403).

(67) Citado por Valverde y Valverde, Calixto. "Tratado de Derecho Civil Español", Vol. II, pp. 236 y 237.

CAPITULO SEXTO.

LEGISLACION PATRIA.

SUMARIO: 24.—*La época colonial.* 25.—*México independiente.* 26.—*Código Civil del año de 1870.* 27.—*Código Civil del año de 1884.* 28.—*Código Civil de 1928:* a).—*El derecho del tanto.* b).—*Duración de la copropiedad.* c).—*Terminación de la copropiedad.*

24.—LA EPOCA COLONIAL:

Al realizarse la conquista se impusieron en la Nueva España las leyes vigentes en España en aquella época, así como otros ordenamientos especialmente dados a la Colonia. Tales leyes fueron: Las Partidas; Fuero Juzgo; Fuero Real; Novísima Recopilación; Recopilación de Indias; Ordenanza de Intendentes; Cédulas, Decretos y órdenes posteriores a la Novísima Recopilación; y, Leyes de las Cortes de Cádiz.

Las Partidas se elaboraron por orden de Alfonso X el Sabio, rey de Castilla y de León (1252-1284), integrándose con leyes del derecho romano, preceptos de derecho canónico y leyes de algunos fueros, iniciándose la elaboración de ese Código en 1256. También bajc el reinado de Alfonso el Sabio, se publicó el Fuero Real.

El Fuero Juzgo, publicado en el siglo VII durante la monarquía de los godos en la península ibérica, a la caída del Imperio romano, se integró con costumbres germánicas, leyes de derecho romano y disposiciones conciliares. Este Fuero se declaró aún vigente en España en cédula de 15 de julio de 1788, respecto de algunas disposiciones contrarias existentes en las Partidas en materia de sucesión.

La Novísima Recopilación, que se publicó en 1805, fue puesta en observancia en España por Carlos IV y se elaboró para derogar a la Nueva Recopilación integrada por orden de Felipe II.

Los cuerpos de leyes antes mencionados estuvieron vigentes en las colonias españolas de América, pero además, como se indicó antes, fueron dadas especialmente la Recopilación de Indias, que mandó integrar Felipe II en 1570 con todas las disposiciones dictadas por los monarcas españoles a partir de la conquista; y la Real Ordenanza de Intendentes, dada por Carlos III quien la sancionó en 1786. La Recopilación de Indias fue aplicable a todas

las colonias hispanoamericanas y la Real Ordenanza de Intendentes solamente fue aplicable a la Nueva España. Sin embargo, el matrimonio y las demás instituciones a él vinculadas se rigieron fundamentalmente por las leyes antes aludidas.

Tuvieron vigencia también en la Nueva España diversas cédulas, decretos y órdenes reales, así como las leyes que expidieron las Cortes de Cádiz.

25.—MEXICO INDEPENDIENTE:

Tras de varios siglos de dominación española, era lógico que al independizarse políticamente nuestro país, la ruptura con España no fuese absoluta, continuando vigente por algún tiempo el derecho positivo de la madre patria, hasta que se proveyó a la promulgación de nuestro primer código civil en el año de 1870.

26.—CODIGO CIVIL DEL AÑO DE 1870.

Este cuerpo de leyes fue promulgado por don Benito Juárez en diciembre de 1870 y puesto en vigor en marzo de 1871, derogando toda la legislación que existía anteriormente sobre las materias en él reguladas.

En cuanto a la copropiedad, no adoptó este ordenamiento ninguna teoría especial, sin embargo introdujo varios textos importantes en el Capítulo I, denominado "De la propiedad en general", los que tomó de las Leyes de Partidas y no aparecen en el Código Civil Francés, ni el Proyecto de Código Civil de D. Florencio García Goyena.

Estos preceptos fueron los siguientes:

Artículo 830.—"Los que por cualquier título legal tienen el dominio común de una cosa, no pueden ser obligados a conservarlo indiviso sino en los casos en que por la misma naturaleza de la cosa o por determinación de la ley, el dominio es indivisible".

Artículo 831.—"Si el dominio no es indivisible, pero la cosa no admite cómoda división y los partícipes no se convienen en que sea adjudicada a alguno de ellos, se procederá a su venta y a la repartición de su precio entre los interesados".

Artículo 832.—"La división de los bienes inmuebles es nula si no se hace en escritura pública".

En relación con esta última disposición en la exposición de motivos se declaró: "Se previene que la división de los bienes inmuebles se haga por escritura pública, a fin no sólo de dar más garantías a la propiedad sino de facilitar la hipoteca, porque muchas veces se deja expuesto un capital, por no

haber los datos suficientes acerca de la condición del inmueble que se ofrece para garantizarlo”.

Comentando los artículos correlativos del Código de 1884, D. Manuel Mateos Alarcón, nos enseña que “La experiencia ha demostrado las falsas consecuencias que produce la indivisión pues debiendo gozar todos los copropietarios en común de la cosa que les pertenece, las relaciones continuas que esta circunstancia produce, crean entre los propietarios disgustos y contiendas judiciales. Además la comunidad impide la iniciativa privada de cada uno de los copropietarios y hace imposible toda mejora; y es un obstáculo para la libre circulación de los bienes, supuesto que es indispensable el consentimiento de todos los copropietarios para la enajenación de los bienes comunes. En una palabra la indivisión de los bienes es contraria al interés público y al de los copropietarios, y tal es el motivo por el cual la prohíbe el precepto contenido en el Art. 733 del Código Civil” (68).

En el título relativo a servidumbres se introdujo un Capítulo tomado del Código Civil Francés, denominado “DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE MEDIANERIA”, el que se inicia con el Art. 1101, según el cual: “Cuando hay constancia que demuestre quién fabricó la pared que divide los predios, el que la costó es dueño exclusivo de ella; si consta que se fabricó por los colindantes, o no consta quién la fabricó, es medianera”.

Don Manuel Mateos Alarcón asienta en su Código Civil Comentado, que no existen antecedentes históricos nuestros de este precepto, precisamente por la razón que hemos apuntado. (Art. 996, Cód. 1884).

Dentro del mismo apartado se contiene el artículo 1120 que se ocupa de la copropiedad respecto de los pisos de un inmueble perteneciente a varios propietarios, redactado en los siguientes términos: “Cuando los diferentes pisos de una casa pertenecieren a distintos propietarios, si los títulos de propiedad no arreglan los términos en que deben contribuir a las obras necesarias, se guardarán las reglas siguientes:

I.—Las paredes maestras, el tejado o azotea, y las demás cosas de uso común, estarán a cargo de todos los propietarios en proporción al valor de su piso;

II.—Cada propietario costeará el suelo de su piso;

III.—El pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía comunes a todos, se costearán a prorrata por todos los propietarios;

IV.—La escalera que conduce al piso primero, se costeará a prorrata en-

(68) Código Civil del Distrito Federal Concordado y Anotado. T. I, P. 356.

tre todos, excepto el dueño del piso bajo; la que desde el piso primero conduce al segundo, se costeará por todos, excepto por los dueños del piso bajo y primero, y así sucesivamente”.

En el libro Cuarto “DE LAS SUCESIONES”, Título Quinto, denominado “Disposiciones comunes a la sucesión testamentaria y a la legítima”, Capítulo VII, “De la partición”, se ubican dos preceptos, los artículos 4041 y 4042 (69), que no hacen sino repetir las reglas del artículo 815 del Código Civil de Napoleón, y los que respectivamente disponen lo siguiente:

Art. 4041.—“A ningún coheredero puede obligarse a permanecer en la indivisión de los bienes, ni aún por prevención expresa del testador”.

Explica Mateos Alarcón que: “Cuando dos o más herederos son llamados a una misma sucesión, son copropietarios pro indiviso de los bienes que la forman, es decir que cada uno de los herederos tiene el derecho de propiedad sobre cada uno de esos bienes, pero en una parte que no está materialmente determinada”.

“Siempre se ha estimado a la comunidad como antieconómica y perjudicial por las constantes disputas que suscita entre los copropietarios, y por lo mismo, la división de los bienes es de interés público, y no puede diferirse, ni aún por voluntad del testador de cuyo arbitrio no puede depender tal interés (70).

Art. 4042.—“Sólo puede suspenderse una partición en el caso del Art. 3907, ó en virtud de convenio expreso de los interesados. Habiendo menores entre ellos, deberá oírse al tutor y al Ministerio Público, y el auto en que se apruebe el convenio determinará el tiempo que debe durar la indivisión”.

El artículo 4043, “Todo coheredero que tenga la libre disposición de sus bienes, puede pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia”, fue tomado del proyecto de Código Civil Español de D. Florencio García Goyena.

27.—CODIGO CIVIL DEL AÑO DE 1884.

Este cuerpo de leyes que entró en vigor el día primero de junio de 1884, derogó el código civil anterior, al que copió en todo lo relativo a servidumbres, consagrando lo mismo que su modelo un Capítulo “De la servidumbre legal de medianería”, en el que reguló ésta (Arts. 996 a 1013) y la pertenencia de un edificio a varias personas (Art. 1014).

Los artículos 830, 831 y 832 del Código de 1870 pasaron al de 1884 con los números 733, 734 y 735 respectivamente, éste último con una pequeña modificación.

(69) En estos dos preceptos nuestro legislador emplea la palabra indivisión como sinónimo de copropiedad.

(70) Manuel Mateos Alarcón. Código Civil del Distrito Federal Concordado y Anotado. T. III, P. 509.

Por lo que respecta a la partición de la herencia, acogió los textos del ordenamiento anterior, modificándolos ligeramente, y así el artículo 4041 pasó intacto para quedar con el número 3789, el 4042 del primer código vino a ser el 3790 con una pequeña reforma, y por último el artículo 4043, fue suprimido de plano en esta ley.

28.—CODIGO CIVIL DE 1928.

Nuestro código civil vigente, tomando como base el artículo 392 del código civil español, al que modifica levemente, define la copropiedad en los siguientes términos: "Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen proindiviso a varias personas".

Quizá el propósito de nuestro legislador al suprimir el término "la propiedad", que utiliza el código ibero, fue el de evitar se estimara si es la propiedad la que se divide entre los condueños.

Nuestra definición legal se complementa con el artículo 950, según el cual "Todo condueño tiene la plena propiedad de la parte alícuota que le corresponda y la de sus frutos y utilidades, pudiendo, en consecuencia, enajenarla, cederla o hipotecarla, y aún substituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derecho personal. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños, estará limitada a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. Los condueños gozan del derecho del tanto".

Por ende, podemos sentar que la definición del código civil de 1928, corresponde al concepto clásico de copropiedad del derecho romano.

BENEFICIOS Y CARGAS:

Como hemos visto al tratar de la evolución histórica de esta institución, la misma se desenvuelve en una serie de beneficios y cargas comunes a los coparticipes, y por ello se dispone que: "El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas será proporcional a sus respectivas porciones. Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad" (Art. 942 que tiene como antecedente el art. 393 del Cód. Civ. Español).

Para la administración de la cosa común "serán obligatorios todos los acuerdos de la mayoría de los partícipes" (Art. 946. C.C.V.); "Para que haya mayoría se necesita la mayoría de copropietarios y la mayoría de intereses" (Art. 947 C.C.V.); "Si no hubiere mayoría, el juez oyendo a los interesados, resolverá lo que debe hacerse dentro de lo propuesto por los mismos" (Art. 948).

Así pues, es lógico que se prevenga que "Ninguno de los condueños po-

drá sin el consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudiera resultar ventajas para todos" (Art. 945).

Comentando esta norma nos explica el señor Lic. Antonio de Ibarrola, "Que la copropiedad presenta muchos inconvenientes, uno de ellos los muestra el Art. 945 del código civil vigente, "Qui a compagnon, a meitre" (Quien tiene compañero tiene señor). Es una situación anormal y poco deseable".

Dentro de los derechos que derivan de la copropiedad, destaca el de uso, que en concepto de algunos autores "es personalísimo y no puede cederse a extraños". (71)

Empero, nuestro derecho positivo consagra una solución diversa en los artículos 943 y 950 (72), el primero de los cuales preceptúa lo siguiente: "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".

En cuanto al derecho de participar en los frutos, el artículo 950 anteriormente transcrito, indica que "Todo condueño tiene la plena propiedad de la parte alicuota que le corresponda y la de sus frutos y utilidades...".

Sin embargo, nada impide que los condueños estipulen la forma y términos en que deban repartirse los frutos, conviniendo en que uno de ellos reciba una porción determinada y otro, otra diversa.

Respecto de los gastos de conservación, el artículo 944 preceptúa: "Todo copropietario tiene derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. Sólo puede eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio", de donde se colige que se trata de una obligación de las llamadas "propter rem", acerca de las cuales la doctrina establece el concepto de que "la obligación propter rem tiene su asiento en una cosa a la cual se relaciona tanto en su existencia como en su ejecución (Bonnetcase, Suppl., T.V., Núm. 195). Si el deudor, ante la acción del acreedor abandona la cosa, se extingue la obligación (Bonnetcase, Ob. Cit. Núm. 196). (Código de 1884 Arts. 1005, 925 VI y 1043; Código de 1928, artículos 961, 1038 VI y 1121). Por último, la obligación propter rem no se absorbe de ninguna manera en los diversos derechos reales de los cuales representa lo accesorio (Bonnetcase. Ob. Cit. 204)" (73).

a).—EL DERECHO DEL TANTO:

En nuestro derecho y tratándose de la copropiedad el artículo 973 del

(71) Scavola citado por Antonio de Ibarrola. "Cosas y Sucesiones", P. 300, Ed. 1964.

(72) Antonio de Ibarrola, Ob. Cit. P. 300, Nº 558.

(73) Borja Soriano, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones". T. I, P. 91, Núm. 28.

Código que nos rige, ordena: “Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días por el solo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno”. (Cód. Civ. de 1884, Art. 2843. Cód. Civ. de 1870, Arts. 2943 y 2944).

El artículo 974, prescribe: “Si varios propietarios de cosa indivisa hicieren uso del derecho del tanto, será preferido al que represente mayor parte, y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario”.

Los preceptos transcritos establecen una incapacidad parcial para los copropietarios, los que sólo pueden enajenar su parte alícuota, previo el aviso dado a los demás en la forma y términos señalados.

Empero, para determinar cual es la sanción procedente en caso de incumplimiento a lo mandado por los textos aludidos, estimamos necesario estudiar los diversos casos del derecho del tanto que regula nuestro legislador, y así nos encontramos los siguientes:

Art. 771.—“Cuando conforme a la ley pueda enajenarse y se enajene una vía pública, los propietarios de los predios colindantes gozarán del derecho del tanto en la parte que les corresponda, a cuyo efecto se les dará aviso de la enajenación. El derecho que este artículo concede deberá ejercitarse precisamente dentro de los ocho días siguientes al aviso. Cuando éste no se haya dado, los colindantes podrán pedir *la rescisión del contrato* dentro de los seis meses contados desde su celebración” (Cód. Civ. de 1884. Art. 707, sin concordante en el Código de 1870).

En el supuesto previsto en esta norma, la infracción del mandato legal se sanciona con rescisión, lo que estimamos incorrecto desde el punto de vista jurídico, toda vez que la acción rescisoria (Art. 1949 del Código Civil), se otorga en los contratos bilaterales, al perjudicado, o sea a la parte que habiendo cumplido aquello a lo que se le obligó, no ha obtenido el pago de lo que le es debido, y en el caso del Art. 771, el colindante no es parte en el contrato de enajenación de la vía pública.

Respecto del usufructo el Art. 1005 de nuestra ley civil, preceptúa: “El usufructuario goza del derecho del tanto. Es aplicable lo dispuesto en el artículo 973, en lo que se refiere a la forma para dar el aviso de la enajenación y al tiempo para hacer uso del tanto” (Cód. Civ. 1884 Art. 892, que tiene como antecedente el Art. 992 del Cód. de 1870).

En relación con la enajenación de los derechos de los coherederos, el Art. 1292, manda: “El heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario, debe notificar a sus coherederos por medio

de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquellos, dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto; si los herederos hacen uso de este derecho, el vendedor está obligado a consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el solo lapso de los ocho días se pierde el derecho del tanto. Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en este artículo, *será nula*" (Cód. Civ. de 1884 arts. 3803 y 3804, tomados de los Arts. 4106 y 4107 de nuestro primer código).

Art. 1293.—"Si dos o más coherederos quisieren hacer uso del derecho del tanto, se preferirá al que representa mayor porción en la herencia, y si las porciones son iguales, la suerte decidirá quién hace uso del derecho" (Cód. Civ. de 1884, Arts. 3803 y 3804, reformados).

Art. 1294.—"El derecho concedido en el artículo 1292 cesa si la enajenación se hace a un coheredero" (Cód. Civ. de 1884, Art. 3805. Cód. Civ. de 1870, Art. 4108).

Consecuentemente, el desconocimiento del Art. 1292, por parte de un coheredero, se sanciona con una nulidad, la que es relativa, desde el momento en que cesa si la enajenación se hace a un coheredero, además de que, evidentemente se trata de proteger intereses particulares, como son los de los coherederos, y porque el acto nulo puede desaparecer por confirmación o por prescripción, amén de que la acción de nulidad sólo se otorga a los herederos interesados (Arts. 2226 y 2227 del Cód. Civil de 1928).

Ante tales soluciones, ocurre preguntar cuál es la procedente para el caso de infracción del texto que consagra el derecho del tanto en relación con la copropiedad. El artículo respectivo, marcado con el número 973 de nuestro Código en vigor, in fine establece que: "Mientras no se haya hecho la notificación la venta no producirá efecto legal alguno".

Ahora bien, los actos jurídicos que no producen efecto legal alguno, son los inexistentes, supuesto que conforme a nuestro artículo 2224, "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, *no producirá efecto legal alguno*. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado".

Por otra parte, el maestro don Leopoldo Aguilar en su interesantísimo "Ensayo sobre la interpretación de las disposiciones legales que reglamentan la venta de cosa ajena, en el Código Civil" señala que el concepto de Messineo sobre la legitimación para contratar, que explica lógicamente en nuestro derecho vigente las disposiciones sobre venta de cosa ajena, también es aplicable, y explicaría lógicamente, el problema sobre la enajenación que hace

un copropietario de su parte indivisa a otro copropietario, sin consentimiento de los demás copropietarios, se entiende, sin haberles dado el aviso a que se refiere el artículo 973 del Código Civil vigente (74).

Señala el maestro Aguilar, dentro del punto relativo a "Doctrinas que afirman que la venta de cosa ajena no es nula, sino inoponible", que: "Es indudable que se debe a Francisco Messineo el primer intento de construir una teoría sobre la *legitimación para contratar*, probablemente traída de la teoría de la legitimación, elaborada por el derecho procesal y del derecho mercantil, en donde este concepto es de las nociones fundamentales, perfectamente explorada.

"En su obra llamada *Doctrina General del Contrato* (18) elabora y depura el concepto de legitimación para contratar, ya antes expresado por otros autores.

"En efecto, comienza por hacer una distinción entre los *elementos y los supuestos* del contrato, basándola en que unos forman el contenido del contrato, como es la prestación; en cambio otros, son elementos *formales o estructurales*, como acontece con el consentimiento y la forma; pero todos tienen de común el ser elementos *intrínsecos*, que tienen una función integradora. Precisamente entre éste enumera *la capacidad para obrar, el poder de disposición y la legitimación para contratar*.

"Después estudia los efectos de la carencia de presupuestos y nos indica que la capacidad para obrar produce la *anulabilidad DEL CONTRATO: EN CAMBIO LA FALTA DE LOS DEMAS SUPUESTOS PRODUCE LA INEFICACIA DEL MISMO*.

"Analiza la falta de los anteriores presupuestos y al llegar a la legitimación para contratar nos dice que con esto se ha logrado superar el concepto de capacidad con el de legitimación, ya que el primero es una manera de ser del *sujeto en sí*, en cambio la *legitimación consiste en el hecho de encontrarse el sujeto en una determinada posición, esto es, en un modo de ser del sujeto respecto de otros —sujetos— o con relación al bien o a los intereses que son materia del contrato*.

"Por lo tanto, aunque el sujeto sea capaz, cuando le falta la legitimación no podrían nacer determinados efectos jurídicos.

"Como ejemplo citan las prohibiciones de vender o de comprar, de ser cesionario, la prohibición de hacer o recibir donaciones y en todos estos casos *no se trata de incapacidad* ya que los contratantes la tienen plena.

"Llega a la conclusión de que la legitimación no puede elevarse a re-

(74) Lic. Leopoldo Aguilar, "Ensayo sobre la interpretación de las disposiciones legales que reglamentan la venta de cosa ajena, en el Código Civil", *Anales de Jurisprudencia*, Tomo CXXVI, 1966, pp. 37 a 50.

quisito autónomo del contrato sino en los *traslativos de dominio*, como son: la venta, la cesión de créditos y la donación.

“Opina que no se trata de una incapacidad jurídica relativa, sino más bien de casos de *incompatibilidad*, por razones de orden público y como consecuencia la sanción es la *invalidéz* del contrato”.

Comenta luego el maestro Aguilar “...para este autor (Messineo), lo que acontece en la venta de cosa ajena es que al vendedor le falta legitimación para contratar, puesto que no es propietario de la cosa y no puede enajenarla en contra de la voluntad de su verdadero dueño, pues para éste el contrato celebrado lo es *inoponible*, solución perfectamente lógica y jurídica, ya que sería raro que el contrato fuera nulo cuando tiene todos sus elementos de esencia y de validez, y sería injusto que le fuera oponible la verdadero propietario, quien no había prestado su consentimiento para desprenderse de la propiedad del bien. Precisamente por desconocer el concepto de legitimación, el legislador tuvo que traer el concepto de nulidad para evitar que lo pactado entre vendedor y comprador, surtiera efectos en relación con el verdadero propietario, que no había celebrado ningún contrato; y, la única forma que encontró, fue sancionarlo con la nulidad (ya que la nulidad quita aun efectos al contrato), para que no surtiera ninguno respecto del propietario, solución poco meditada e incongruente con la doctrina del acto jurídico y con el legislador mismo, ya que el contrato, precisamente por no ser nulo, tenía que surtir sus efectos entre comprador y vendedor, al menos para el pago de daños y perjuicios, por ésto nos parece inútiles los esfuerzos un poco ilógicos e infundados de la Doctrina actual de hacer de esta nulidad una anulabilidad, ya que si vemos el problema desde el punto de vista de la legitimación para contratar, como el contrato no es nulo, una vez obtenida la legitimación que le faltaba al vendedor, el contrato surte plenos efectos, solución lógica y sencilla que nos evita el absurdo de que en un contrato de compraventa en que no fue parte, el verdadero propietario, le fuera oponible; pero una vez que éste se desprendió de la propiedad dicho contrato sí le es oponible al vendedor, que se hizo propietario de la cosa con posterioridad a la celebración del contrato”.

En seguida el maestro Aguilar indica que: “El concepto de legitimación para contratar y el resultado de su carencia, *la inoponibilidad*, es rico en consecuencias que permitirá al derecho positivo que adopte el concepto, explicar lógicamente muchos problemas, como la enajenación que un copropietario hace de su parte alícuota a otro copropietario, sin anuencia de los demás, como la enajenación de una cosa prohibida por la Ley, etc., en fin, estamos en presencia de una noción recientemente estudiada, que a pesar de no estar reconocida expresamente, funciona en muchas legislaciones positivas”.

A continuación el maestro señala la existencia de otra solución al pro-

blema que plantea la venta de cosa ajena, diciendo que esa otra solución de la ineficacia relativa, "... nos la da Messineo, en su obra *Doctrina General del Contrato* (17) al expresar que la ley emplea la expresión 'no produce efectos' (20) para significar la ineficacia, aunque también emplea la misma frase para la nulidad, y al efecto señala los Arts. 1968, 2847 y 2849 del Código Civil Italiano.

"Después explica la denominación de (21) *ineficacia relativa* y nos dice que ésta sólo opera respecto de determinados sujetos, ya que respecto de terceros o de determinados terceros, mientras que el mismo negocio es eficaz entre las partes; que precisamente la ineficacia relativa se denomina INOPONIBILIDAD a los terceros y significa que el negocio es en sí válido y además eficaz entre las partes; pero no es eficaz y no proyecta ningún efecto frente algunos terceros.

"Es indudable que esta concepción viene a explicar muchos problemas que no la tendrían desde el punto de vista lógico-jurídico y que los autores no vieran forzados a hacerlos entrar dentro de la nulidad relativa; pero aún así, estaríamos frente a verdaderas curiosidades científico jurídicas".

Esta solución de la ineficacia relativa de Messineo que aplica a nuestro derecho el maestro Aguilar, considero que sí sería aplicable al problema de la enajenación que hace un copropietario sin el aviso que establece el referido artículo 973 del Código Civil, porque mientras que el negocio es eficaz entre las partes, resulta inoponible a los demás partícipes de la copropiedad.

b) DURACION DE LA COPROPIEDAD:

Dentro de la doctrina francesa sostiene Bonnecase (75), que "Por su naturaleza específica diferente, la copropiedad es susceptible de una duración indefinida o perpetua, en tanto que la indivisión es esencialmente provisional, encontrándose traducida por el artículo 815 del Código Civil". (76).

Por nuestra parte, nos reservamos externar nuestra manera de pensar, para hacerlo cuando examinemos si nuestro ordenamiento legal acepta o no la distinción que tan distinguido jurista formula entre indivisión y copropiedad, bastándonos el consignar que nuestro Código Civil, en sus artículos 939 y 940, disponen lo siguiente:

Art. 939.—"Los que por cualquier título tienen el dominio legal de una cosa, no pueden ser obligados a conservarlo indiviso, sino en los casos en que

(75) Obra citada, P. 647.

(76) "Nadie puede ser obligado a permanecer en la indivisión; y la partición puede ser siempre provocada a pesar de prohibiciones o convenciones en contrario. Se puede sin embargo, convenir en suspender la partición durante un tiempo limitado; esta convención no puede ser obligatoria más allá de cinco años; pero puede ser renovada".

por la misma naturaleza de las cosas o por determinación de la ley, el dominio es indivisible" (Cód. Civ. 1884, Art. 733. Cód. Civ. 1870, Art. 830).

Art. 940.—"Si el dominio no es divisible, o la cosa no admite cómoda división y los partícipes no se convienen en que sea adjudicada a alguno de ellos, se procederá a su venta y a la repartición de su precio entre los interesados". (Cód. Civ. 1884, Art. 734. Cód. Civ. 1870, Art. 831).

Procede aclarar que la copropiedad puede ser de duración convencional, como acontece en el caso de la sociedad conyugal, toda vez que conforme al artículo 194 del Código Civil vigente, "El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad", pero debe tenerse presente que "La sociedad conyugal puede terminar antes de que se disuelva el matrimonio si así lo convienen los esposos" (primera parte del Art 187 del Código vigente, tomado del Art. 1971 del C.C. de 1884) y además en los casos previstos por el artículo 188 conforme al cual "Puede también terminar la sociedad conyugal durante el matrimonio, a petición de alguno de los cónyuges, por los siguientes motivos: I.—Si el socio administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza arruinar a su consocio o disminuir considerablemente los bienes comunes; II.—Cuando el socio administrador hace cesión de bienes a sus acreedores, o es declarado en quiebra" (Sin concordante en nuestros anteriores códigos civiles).

Cabe señalar, en cuanto a la naturaleza de la sociedad conyugal, que Valverde la considera como una copropiedad de duración convencional, diciendo: "Cuando la copropiedad hase originado por el pacto o el contrato, si éste reúne todos los requisitos legales, él es ley preferente de las partes, y a él hay que acudir para determinar las reglas por las que ha de regirse; si éstas no fueran suficientes, deberá aplicarse entonces lo dispuesto en el código civil respecto de esta materia. En segundo lugar, si la comunidad de bienes se regula por disposiciones especiales, éstas regirán con preferencia al código civil, pues este título será supletorio de aquellas leyes". "Hay comunidades de bienes regidas por el código civil, entre ellas se encuentran las llamadas servidumbres de medianería y de paso, *la comunidad de bienes entre los esposos* que puede pactarse y la sociedad de gananciales, que es una comunidad especial y los casos relativos a la conmixción, del cual ya nos hemos ocupado... en el derecho foral existe la comunidad familiar en Asturias, Galicia y Aragón, la comunidad de esposos en Vizcaya y los pactos de facería de Navarra, que son otros tantos ejemplos de comunidad que se rigen por sus disposiciones especiales respectivas" (77).

También el maestro Antonio de Ibarrola afirma que: "Hay una copro-

(77) Valverde y Valverde Calixto, "Tratado de Der. Civil Español". Vol. II, P. 227, Ed. Madrid, 1920.

propiedad de DURACION CONVENCIONAL, la que nace con motivo de la sociedad conyugal y en la que, en los términos del artículo 194, 'el dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad'. Puede naturalmente durar la sociedad menos que el matrimonio (arts. 187 y 188)" (78).

Por determinación de la ley, la copropiedad es forzosa o perpetua en el supuesto previsto por el artículo 951 de nuestro Código Civil, reformado por decreto de 30 de noviembre de 1954, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 15 de diciembre del mismo año, para quedar como sigue: "Cuando los diferentes pisos, departamentos, viviendas o locales de un edificio, susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, pertenecieren a distintos propietarios, cada uno de éstos tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un piso, departamento, vivienda o local, y además un derecho de copropiedad sobre los elementos y partes comunes del edificio, necesarios para su adecuado uso o disfrute, tales como el suelo, cimientos, sótanos, muros de carga, fosos, patios, pozos, escaleras, elevadores, pasos, corredores, cubiertas, canalizaciones, desagües, servidumbres, etc.

El derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio sólo será enajenable, gravable o embargable por terceros, conjuntamente con el piso, departamento, vivienda o local de propiedad exclusiva respecto del cual se considera anexo inseparable. La copropiedad sobre los elementos comunes del edificio no es susceptible de división.

Los derechos y obligaciones de los propietarios a que se refiere este precepto, se regirán por las escrituras en que se hubiera establecido el régimen de propiedad, por las de compraventa correspondientes, por el Reglamento de Condominio y Administración y, en su caso, por la Ley Reglamentaria de este artículo".

Este caso de copropiedad llamada horizontal y vulgarmente condominio, está reglamentada minuciosamente por la Ley sobre el Régimen de Propiedad y Condominio de los Edificios Divididos en Pisos, Departamentos, Viviendas o Locales, la que en su artículo 1º previene:

"El régimen de propiedad establecido por el artículo 951 del Código Civil puede originarse:

- a).—Cuando los diferentes pisos, departamentos, viviendas o locales de que conste un edificio pertenezcan a distintos dueños;
- b).—Cuando se construya un edificio para vender a personas distintas los diferentes pisos, departamentos, viviendas o locales de que conste el mismo;
- c).—Cuando el propietario o propietarios de un edificio lo dividan en di-

(78) De Ibarrola, Antonio, "Cosas y Sucesiones", Ed. 1964, p. 298, núm. 551.

ferentes pisos, departamentos, viviendas o locales, para venderlos a distintas personas, siempre que exista un elemento común que sea indivisible.

El propio ordenamiento regula en síntesis cuáles son los bienes propios y cuáles comunes; forma de administración de los edificios por pisos, departamentos, viviendas o locales; el modo como debe formularse el Reglamento de Condominio y Administración; modo de avocarse a los gastos, obligaciones fiscales y controversias; lo relativo a los gravámenes; la forma en que deben dividirse los bienes en caso de destrucción, ruina o vetustez del edificio y lo que debe hacerse cuando se trate de reconstruirlo.

c).—TERMINACION DE LA COPROPIEDAD:

Conforme al artículo 976, la copropiedad puede terminar:

a).—Por la división de la cosa común o sea el "...acto jurídico que tiene como fin hacer cesar la indivisión y separa la cosa común en partes o en lotes. Convierte la cuota ideal y abstracta de cada copartícipe en una porción determinada".

Al efecto nuestra ley en sus artículos 977, 978 y 979, regula esta causa de terminación, disponiendo lo siguiente:

Art. 977.—"La división de una cosa común no perjudica a tercero, el cual conserva los derechos reales que le pertenecen antes de hacerse la partición, observándose, en su caso, lo dispuesto para hipotecas que graven fincas susceptibles de ser fraccionadas y lo prevenido para el adquirente de buena fe que inscribe su título en el Registro Público". (Tomado del Art. 405 reformado del C.C. Español).

Art. 978.—"La división de bienes inmuebles es nula si no se hace con las mismas formalidades que la ley exige para su venta". (Varía respecto de nuestros anteriores ordenamientos civiles, Arts. 832 y 735 C.C. 1870 y C.C. 1884, respectivamente).

Art. 979.—"Son aplicables a la división entre partícipes las reglas concernientes a la división de herencias". (Concordante con el Art. 406 del Código Español).

Si bien, como ya expresamos anteriormente, puede estipularse válidamente que no se procederá a la división de la cosa común en tiempo determinado, tratándose de la herencia no se admite que el testador pueda obligar a sus herederos a permanecer en la indivisión, y así el artículo 1768 ordena: "A ningún coheredero puede obligarse a permanecer en la indivisión de los bienes, ni aún por prevención expresa del testador" (C. C. de 1884. Art. 3789; C.C. de 1870. Art. 4041).

b).—Por la destrucción o pérdida de la cosa.

Según el artículo 2021 que tiene como antecedente el artículo 1445 reformado del Código de 1884, “La pérdida de la cosa puede verificarse:

I.—Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio;

II.—Desapareciendo de modo que no se tengan noticias de ella o que aunque se tenga alguna, la cosa no se puede recobrar”.

c).—Por su enajenación a un tercero.

d).—Por la consolidación o reunión de todas las cuotas en un solo copropietario.

CAPITULO SEPTIMO

DISTINCION ENTRE LAS NOCIONES DE SOCIEDAD Y COPROPIEDAD

SUMARIO: 29.—Semejanzas y diferencias entre copropiedad y sociedad. 30.—Disimilitud entre ambas nociones a la luz de nuestro derecho positivo.

29.—SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE COPROPIEDAD Y SOCIEDAD:

Ya los juriconsultos romanos, maestros del derecho al fin, habían advertido las relaciones tan estrechas existentes entre la copropiedad y la sociedad, colocando ambas entre las obligaciones nacidas cuasi ex-contractu, recalcando que las obligaciones y derechos que surgen de la indivisión se asemejan a las que engendra la sociedad, y a la vez, cuando una sociedad se pone en estado de disolución, todos los socios tienen la actio communi dividundo, para dividir la propiedad de las cosas que se ha vuelto común.

Estas circunstancias llevaron a los romanos a sostener que la copropiedad es una forma rudimentaria del contrato de sociedad, una asociación incidental sin las solemnidades de la convención.

Empero, Ulpiano al fijar la naturaleza jurídica de la acción “pro socio”, sostuvo que para ejercitarla no bastaba que la cosa fuese común a varias personas si no existía entre ellas un contrato de sociedad (79).

Más aún, en el Derecho Moderno “Algún autor; Ahrens entre otros, cree que la sociedad anónima es un caso de copropiedad, y a nuestro modo de ver hay en tal afirmación un error, porque en la sociedad anónima cada socio tendrá derecho a una parte proporcional a su acción el día en que tenga lugar la división del haber social; pero entre tanto no existe más que un sujeto propietario, que es el ente colectivo” (80).

Lebret en su tesis de doctorado (81), sostiene que no existe diferencia esencial entre la copropiedad y la sociedad, supuesto que la segunda es sólo una variedad de la indivisión, que sólo se distingue porque la copropiedad

(79) Manresa, Comentarios al Código Civil, T. III, Madrid, 1910.

(80) Valverde y Valverde, Calixto. Derecho Civil Español. T. II, P. 245.

(81) La notion d'indivision dans le Droit francais actuel. 1922. P. 165 y Sigtes. Citado por Bonnecase, Elementos de Derecho Civil. T. III, Nº 53, P. 45.

“es una indivisión sine affectu societatis”. “Para él, la sociedad no es en realidad, completamente diferente de la indivisión, y como la jurisprudencia es muy amplia para reconocer la existencia de una sociedad, la distancia entre la indivisión y la sociedad se acorta, si no se suprime totalmente”.

Con toda justicia Bonnacase refuta el pensamiento de quienes estiman que la sociedad no es diferente de la indivisión, afirmando “El razonamiento de Leuret conduce, de hecho, —y decimos esto con pena,— a la negación de una noción tan fundamental como la de la personalidad moral...” (Elementos de Derecho Civil, T. III, No. 53, P. 45) y más adelante agrega, “Por nuestra parte, afirmamos claramente que la noción de personalidad moral y, por tanto la de sociedad y la de indivisión se excluyen rigurosamente una a otra” (82).

La cuestión relativa a la diferenciación entre sociedad y copropiedad, se planteó en Derecho Civil francés, dada la definición del código civil de Napoleón, del contrato de sociedad, toda vez que el artículo 1832 de dicho cuerpo de leyes previene: “La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas convienen *en poner alguna cosa en común*, con el fin de repartirse el beneficio que de ellas podrá resultar”.

En nuestros códigos de los años de 1870 y 1884, los artículos 2351 y 2219, respectivamente, preceptuaban “Se llama sociedad el contrato en virtud del cual los que pueden disponer libremente de sus bienes o industria, *ponen en común* con otra u otras personas esos bienes o industria, o los unos y la otra juntamente, con el fin de dividir entre sí el dominio de esos bienes y las ganancias o pérdidas que con ellos se obtengan, o sólo las ganancias y pérdidas”.

Aún en la Exposición de Motivos del Código francés, Treillard, expuso: “Es extraño el proyecto a otra especie de sociedad que se forma entre personas reunidas por cualquier suceso, algunas veces independiente de su voluntad particular, como, por ejemplo entre coherederos obligados a soportar en común las cargas de una sucesión de la cual ellos se reparten los beneficios” (83), confundiendo evidentemente la indivisión con la sociedad.

En cambio Pothier, considera que sí hay diferencia (83) Troplong. Du Contract de Societé. T. I, P. 29.

En cambio Pothier, considera que sí hay diferencia entre ambas, y proclama: “La sociedad y la comunidad no son la misma cosa.—La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas convienen en poner alguna cosa en común.—Cuando en ejecución de este contrato estas personas han puesto efectivamente en común lo que ellas habían convenido poner, es una comu-

(82) Elementos de Derecho Civil. T. III, Nº 53. P. 46.

(83) Troplong. Du Contract de Societé. T. I, P. 29.

nidad la que se forma entre ellas. Esta especie de comunidad se llama también sociedad porque ella se forma en ejecución de un contrato de sociedad.

“Hay también una comunidad que se forma entre varias personas sin que haya intervenido entre ellas ninguna convención ni, en consecuencia, ningún contrato de sociedad; como cuando una sucesión es entregada a varios herederos, o cuando un legado ha sido hecho conjuntamente a varios legatarios: hay comunidad de una sucesión entre estos herederos; hay entre estos legatarios una comunidad de las cosas que les han sido legadas, pero no hay entre ellos sociedad”.

“Esta comunidad no es un contrato, sino un cuasi contrato que forma entre las personas entre las cuales las cosas son comunes, obligaciones semejantes a las que nacen del contrato de sociedad”.

“Es en eso solamente que consiste la diferencia de la sociedad y de la comunidad” (84).

Por su parte Troplong, aporta muy valiosos argumentos en favor de la distinción entre copropiedad y sociedad, y expresa que “Un autor que ha marchado sobre la huella de los feudistas por su penetración al considerar las analogías y las diferencias de los contratos, M. Championnierie, ha enseñado que si dos vecinos hacen una pared medianera a gastos comunes, esta operación no constituye una sociedad y no engendra sino una relación de comunidad. El da como razón que la ventaja que este negocio procura es simplemente la de cercarse...” lo cual de ningún modo es beneficio en el sentido del artículo 1832. (85).

“Toda sociedad supone una comunidad, pero no toda comunidad es una sociedad. La comunidad es el género y la sociedad la especie. Por ejemplo, un legado o herencia se abre en provecho de varias personas. Aquí hay comunidad, pero no sociedad. En todo caso habrá una “societas incidens”, porque la reunión es obra del azar y no de un contrato de sociedad. Este debe surgir de las voluntades que se unen en vista a un beneficio común”.

A pesar de ello, Troplong no acepta como criterio de distinción que la sociedad nazca de un contrato y la copropiedad no. Por esto critica a Pothier, diciendo: “Sin embargo, es menester no concluir de ahí que la diferencia entre la comunión y la sociedad es que aquélla se forma sin contrato, en tanto que ésta resulta necesariamente del concurso de dos voluntades... Se puede estar en comunidad por una convención. Esto es lo que sucede todos los días cuando se compra una cosa en común sin tener la voluntad de formar una sociedad. Esto es lo que puede suceder cuando dos vecinos convienen en mezclar su vino en el mismo tonel y sacarlo en la medida de sus

(84) “Ouvrages de Pothier”, por M. Bugnet. T. IV, P. 242.

(85) “Du Contrat de Société”. T. I, P. 43.

necesidades. En fin, cuando dos personas, usando de la facultad que les concede el artículo 815 del Código Civil hacen una convención para prorrogar su indivisión, la comunidad es convencional” (86).

Al tratar de fijar el criterio de distinción, apunta los siguientes principios:

—La comunidad es un estado pasivo. La sociedad se sirve de la comunidad como medio para obtener un beneficio y repartirlo.

—En la comunidad basta la existencia de una cosa común entre las partes. En la sociedad es necesario que los socios aporten algo para el beneficio común.

—Los copropietarios no tienen ninguna obligación unos respecto de otros. Esto en atención a que las relaciones están en función de la copropiedad y no de las personas o de un fin común.

—En la sociedad, el interés dominante es el beneficio común, predominantemente. Esa es la finalidad perseguida por los socios y para ello han hecho sus aportaciones.

De los anteriores principios se coligen, las siguientes consecuencias:

a).—La sociedad da lugar a un ser colectivo distinto de los socios. La copropiedad no establece personalidad moral. Al comprar una cosa en común, hay tantos compradores como copropietarios “sine societatis affectione”. Cuando una sociedad compra, hay un sólo comprador.

Previene una objeción: Había afirmado, en materia de prescripción, que en la copropiedad “hay interés colectivo” que hace que uno de los copropietarios posea por el otro y lo represente, haciendo así una persona moral que posee por cada uno de sus miembros. Pero debe tenerse en cuenta que se ha afirmado bajo la relación de la posesión y que, bajo cualquier otro tipo de relación comparar la comunidad con una persona moral sería falso porque en la comunidad hay tantos administradores de su derecho como codueños.

b).—La copropiedad es vista por la ley con desagrado, por las riñas y odios a que da lugar e impide el desarrollo de los intereses que están en indivisión (Art. 815). La sociedad es favorecida y sus características son acción y progreso. No hay a ese respecto un límite temporal tan cuidadoso.

c).—En la copropiedad los copropietarios no están obligados recíprocamente a administrar la cosa en beneficio común.

En la sociedad debe existir una igualdad (base del contrato) que exige la exacta comunicación de pérdidas y ganancias. El asociado tiene la obligación de restituir a la masa lo que ha recibido del deudor de la sociedad; porque cada uno de los socios es considerado administrador del otro y el interés de la sociedad es preferente al individual.

(86) “Du Contrat de Société”, T. I, P. 30.

En la sociedad el interés particular está subordinado al interés común.
d).—Copropiedad.—Engendra las acciones “familiae-erciscundae” y “communi dividundo”.

Sociedad.—Además de la acción “communi dividundo”, surge de ésta la acción “pro socio”, que es distinta.

En los casos de duda, ¿debe considerarse que existe la copropiedad o la sociedad? Por ejemplo, la compra de una misma cosa por varias personas. Al respecto, Troplong opina: La sociedad es un contrato del que derivan obligaciones graves para los asociados y en consecuencia no debe suponerse sin una intención evidente por parte de los contratantes. Buscar la intención y no declarar la sociedad sino cuando la voluntad fuera evidente.

Paul Pont, (87) acepta la diferencia entre las dos figuras, repitiendo los argumentos de Troplong, excepto que en su concepto la personalidad jurídica de la sociedad, no es un punto de diferencia con la copropiedad, lo que se explica en virtud de que en su época no a toda sociedad se le reconocía ese efecto de crear una persona distinta de la de sus socios. Sin embargo, para apoyar su criterio de distinción, esgrime una nueva razón, derivada del hecho de que la muerte de alguno de los socios es causa de disolución de la sociedad, en cambio, la muerte de un copropietario no lo es, y por el contrario viene a agravar la situación y a complicarla, porque agrega a la individualidad primitiva una nueva individualidad.

Thaller le concede gran importancia al estudio de la diferencia entre las dos nociones.

No acepta el criterio de Pothier de que la sociedad se origina en un contrato y la indivisión en cuasi contrato, y dice: “Esto no es siempre exacto, pues la simple indivisión puede tener su base en un contrato (Ejemplo: un propietario vende, por necesidad de dinero, la mitad de su dominio y se encuentra así en copropiedad con su comprador). Por otra parte, si la sociedad no existe sin un contrato, este contrato puede no ser más que tácito (Ejemplo: dos coherederos se encuentran en el régimen de indivisión y persiguen la explotación, como lo harían dos asociados)” (88).

“La verdadera diferencia tiene lugar en el móvil que obra sobre los interesados”. “La sociedad es un estado buscado, en razón de su superioridad productiva. La indivisión ordinaria es un estado impuesto, dependiendo del concurso accidental de varios sobre una misma cosa;...” (89). Planiol comparte este criterio.

Ahora bien, esa no es la verdadera diferencia porque, si en efecto en la

(87) “Sociétés Civiles et Commerciales”, T. I, Núb. 82.

(88) Droit Commercial. T. I, P. 186.

(89) Droit Commercial. T. I, P. 187.

mayoría de los casos la copropiedad es un estado impuesto que casi siempre resulta por ministerio de la ley, bien puede darse el caso de que dos o más personas traten de buscar un estado de copropiedad sin la intención de formar una sociedad, porque así convenga a sus intereses. Además, no siempre la sociedad es un estado buscado, pues como hemos visto antes, el mismo autor dice: "Por otra parte, si la sociedad no existe sin un contrato, este contrato puede no ser más que tácito", como en el caso de los coherederos que persiguen la explotación como si fueran asociados.

La ley, según Thaller, ve la sociedad con agrado y la indivisión con prevención y desconfianza. De esto se siguen las siguientes consecuencias:

a) La indivisión es un régimen precario. Nadie tiene la obligación de permanecer en ella. Cada uno de los copropietarios puede pedir la partición en cualquier momento, salvo convención de prórroga, que no podrá ser mayor de cinco años (Art. 815, Cód. Fr.).

La sociedad por contrato puede durar más de cinco años y aún indefinidamente. Cada socio debe respetar el plazo, con dos excepciones:

—En la duración determinada, un socio puede pedir la disolución si existen justos motivos.

—En la duración indeterminada un socio puede sin dar razones, hacer saber a los otros su voluntad de que la sociedad se disuelva, con tal que no sea de mala fe ni extemporánea.

b) En la indivisión, la ley no hace obligatoria la opinión de la mayoría ni crea un régimen de deliberaciones en común para ese objeto. Toda medida, por ejemplo las encaminadas a la explotación del bien común, debe decidirse por unanimidad. Con la oposición de uno solo no podrá efectuarse la decisión de los demás.

En las sociedades, salvo controversia, pero ciertamente en las que son por acciones, las decisiones de la mayoría son obligatorias. No es la misma mayoría para todos los casos.

Este argumento no es válido dentro de nuestro derecho, porque nuestro Código Civil establece dentro de la copropiedad una disposición por la cual, en la administración de la cosa común, los acuerdos de la mayoría serán obligatorios.

c) No puede cederse la parte social en una serie de sociedades. No se transmite por herencia, por lo que se disuelve a la muerte de un socio. Esto por tratarse de un contrato "intuitu personae". Esto no rige para las sociedades por acciones.

En la indivisión, se continúa con ésta por los herederos a la muerte de un condueño, y puede cederse la parte indivisa, sin el concurso de otros, excepto ciertas instituciones que entorpecen la eficacia de esas cesiones (90).

(90) Thaller. "Droit Commercial". T. I, Págs. 187-188.

Marcel Planiol, siguiendo a Thaller sostiene que hay una diferencia esencial entre copropiedad y sociedad, estimando que "desde el punto de vista económico y de manera general, la indivisión es un estado impuesto e inorganizado en tanto que la sociedad es un estado buscado y organizado" (91).

En concepto de Baudry-Lacantinerie, copropiedad y sociedad son figuras jurídicas diversas. La propiedad es un estado vecino a la sociedad, pero existen diferencias profundas: por su objeto, por los modos de formación, por la disolución.

a) *Objeto de la sociedad.*—Es el realizar beneficios. Objeto de la indivisión: mantener la cosa íntegra e indivisa mientras llega la división que forzosa-mente se opera. En la copropiedad no hay "affectio societatis", es de carácter pasivo por el cual es transitorio y debe terminar por la partición.

b) *Modos de formación.*—Acepta en cierto sentido el criterio de Pothier al considerar el consentimiento como elemento esencial de la sociedad, no siéndolo de la copropiedad.

c) *Disolución.*—La de la sociedad ocurre: por muerte de uno de los socios; por su interdicción o por su quiebra. La comunidad no se extingue por esas causas.

Fundamento.—La sociedad es un contrato "intuitu personae", por lo cual a la falta de uno de los socios, se rompe el equilibrio social. La comunidad en tanto, repetidamente resulta de un hecho extraño a la voluntad de las partes, domina el elemento de la copropiedad y ésta no se resiente por los sucesos que lesionen al propietario en su persona.

En otros aspectos, la copropiedad es más débil porque cada copropietario puede pedir la partición terminando la indivisión cuando quiera. El socio deberá sufrir la indivisión en tanto dure la sociedad, a excepción de los casos en que se le permite solicitar anticipadamente la disolución (92).

Bonnecase distingue entre copropiedad y sociedad, afirmando que la distinción "estriba en que la sociedad crea una persona moral y la copropiedad no lo hace. Por ello, cuando un grupo de individuos o una masa de bienes se constituye en persona moral, deja el estado inorgánico de la indivisión para dar lugar a un sujeto de derecho con un patrimonio propio" (93).

En forma muy clara Valverde externa su opinión sobre esta cuestión, estimando que no puede confundirse la copropiedad con el contrato de sociedad. "Ciertamente, tienen algunas semejanzas: en ambas existe una propiedad conjunta o común, que pertenece a los partícipes en la copropiedad y a los so-

(91) "Tratado Elemental de Derecho Civil Francés". T. XI, P. 240.

(92) Baudry-Lacantinerie et Wahl, T. XX, Nº 508—511.

(93) Supplément, T. IV, P. 348; Elementos de Derecho Civil, T. III, Nº 53, Págs. 45 y 46.

cios en la sociedad. Ni aún puede confundirse con la sociedad anónima con la que tiene mayor similitud, puesto que cada socio tiene una parte representada por una acción”.

Nos sigue diciendo el eminente tratadista español que: “No es suficiente criterio distintivo el creer que la sociedad tiene como razón de su existencia un contrato, mientras que la propiedad puede ser originada por un hecho, a veces accidental o voluntario, porque de admitir tal motivo de diferenciación, éste desaparecería en el caso de que el contrato diera lugar a la existencia del condominio” (94).

30.—DISIMILITUD ENTRE AMBAS NOCIONES A LA LUZ DE NUESTRO DERECHO POSITIVO:

En nuestro concepto, siendo exacto que ambas nociones no pueden confundirse, debe aclararse que la distinción puede fincarse desde dos puntos de vista, el doctrinal y a la luz del derecho positivo de cada país, por lo que colocados en este segundo plano, las disimilitudes varían de un derecho a otro.

Ahora bien, atendiendo a ambos criterios, podemos sentar que entre nosotros la copropiedad y el contrato de sociedad civil, se distinguen de la siguiente manera:

I.—La copropiedad presenta muchísimos inconvenientes y por ello el legislador la mira con prevención, considerándola una situación anormal y poco deseable. La sociedad es vista con favor por el legislador, puesto que desde el punto de vista social, crea lazos de unión y solidaridad entre sus miembros y por su extraordinaria importancia económica, supuesto que mediante la combinación del capital y del trabajo, hace que desaparezcan los dos grandes obstáculos que pueden presentarse para la realización de las grandes empresas de nuestros días; la falta de medios personales y sobre todo de medios reales.

II.—La copropiedad no engendra una persona jurídica, moral o colectiva distinta de los coparticipes, efecto propio de la sociedad (Arts. 25, Frac. III del C.C.V. y 38, reformado, del C.C. de 1884).

III.—Como consecuencia de la personalidad jurídica atribuida a la sociedad, y puesto que no hay posibilidad de la emisión de voluntad de la misma desde el punto de vista psicológico, la representación de la misma es absolutamente necesaria para poder obrar u obligarse (Arts. 27 del C.C. de 1928 que tiene como antecedente los Arts. 55 reformado del Cód. Civ. Suizo, 38, párrafo 1º reformado del Cód. Civ. Español y 17, del Cód. Brasileño, 2709 a 2719 del propio Código que nos rige).

(94) Valverde. Ob. Cit. P. 223.

En la copropiedad, por el contrario, no existen tales órganos de representación para actuar frente a terceros.

IV.—Como consecuencia de la personalidad jurídica reconocida al ente creado por la sociedad, las relaciones se establecen entre ella y los terceros, en tanto que en la copropiedad las relaciones se instituyen entre los terceros y los copropietarios, individualmente.

V.—En la copropiedad no se crea un patrimonio diverso de los individuales de cada copartípe. En la sociedad el patrimonio civil difiere del de los socios, de donde se siguen varias consecuencias: a).—Los bienes sociales constituyen la prenda exclusiva de los acreedores de la sociedad, por lo que, los acreedores personales de los asociados no puede dirigirse contra esos bienes. b).—Los terceros no pueden oponer compensación a la sociedad, respecto de los créditos que tengan contra los socios. c).—Los derechos de los socios se reputan muebles, aun cuando la sociedad posea bienes inmuebles (Art. 755, C.C. de 1928, C.C. de 1884, Art. 688). En tanto que el derecho de los copropietarios siempre es real.

VI.—La sociedad tiene como causa un contrato. La copropiedad nace no sólo del contrato sino de otros actos jurídicos de naturaleza jurídica distinta a la contractual.

VII.—La copropiedad tiene por objeto la conservación y mantenimiento del bien común, de ahí que se califique de estado pasivo, en tanto que en la sociedad los socios persiguen la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico, como es la obtención de utilidades para ser repartidas entre ellos en la forma convenida o a falta de convenio expreso, en la forma fijada por la ley (Art. 2688 del Código que nos rige, que tiene como antecedentes los Arts. 2219 del Cód. Civ. de 1884 reformado; 22 del Código Alemán; 530 Frac. I, del Cód. Suizo y 1363 del Cód. del Brasil).

VIII.—En la sociedad existe un fin común cuya realización se persigue (Art. 2688, C.C.V.). Por ende, la realización completa del fin social o cuando se torna imposible la consecución de ese fin, la sociedad debe disolverse (Art. 2720 Frac. III, C.C.V.). En la copropiedad no existe ese fin, sino que se trata de satisfacer tan sólo necesidades individuales de los copropietarios.

IX.—En el contrato de sociedad las aportaciones de los asociados pueden consistir en numerario, bienes (muebles e inmuebles) pudiendo ser la aportación traslativa de uso o de dominio, o en su industria (actividad personal), (Arts. 2688, 2689, 2693, Frac. IV del Código que nos rige). La copropiedad jamás puede recaer sobre el trabajo de los copartíipes.

X.—Los copropietarios no pueden ser obligados a mantener indiviso el dominio legal de la cosa común (Art. 939 del C.C.V.), razón por la cual se les reconoce el derecho de demandar la división, lo que supone que es suficiente la voluntad de cualquiera de ellos para poner fin a la misma (Arts. 976 a 979 del C.C.V.). En cambio la sociedad sólo por el consentimiento unánime

de los socios puede disolverse (Art. 2720 Frac. I). Sobre el particular la fracción VI del propio artículo, previene que "La sociedad se disuelve: VI.—Por la renuncia de uno de los socios, cuando se trate de sociedades de duración indeterminada y los otros socios no deseen continuar asociados", por lo que podría pensarse que no es exacto lo aseverado por nosotros anteriormente. Empero, un análisis más detenido del precepto nos revela, que el mismo contiene dos supuestos: 1º—Al renunciar uno de los socios los demás desean continuar asociados, en cuyo caso la renuncia será intrascendente en cuanto a la duración del contrato, procediéndose tan sólo a liquidar la parte del socio que se separa. 2º—Con motivo de la renuncia de uno o varios socios, los demás se reúnen y acuerdan ya no proseguir con su sociedad, en cuyo caso, es el mutuo disenso y no la renuncia del socio, lo que hace que la sociedad se disuelva.

XI.—El copartícipe no puede ser excluido de la copropiedad, en tanto que cualquiera de los socios puede ser excluido de la sociedad mediante "el acuerdo unánime de los demás socios y por causa grave prevista en los estatutos" (Art. 2707 C.C.V., que tiene como antecedentes el Art. 1734 reformado del C.C. Argentino y Art. 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

XII.—Para realizar actos de dominio sobre la cosa común se precisa el consentimiento unánime de los copartícipes. En la sociedad es suficiente para ello la voluntad de la mayoría (Arts. 2712, fracciones I y II; 2713 y 2719 del C.C.V. y 45 de la L.G.S.M.).

XIII.—Todo copropietario puede enajenar libremente su parte alícuota a un tercero, con la única limitación del derecho del tanto instituido en favor de los otros copropietarios (Arts. 973 y 974 C.C.V.). "Los socios no pueden ceder sus derechos sin el consentimiento previo y unánime de los demás coasociados..." (Art. 2705 C.C.V. y Arts. 31 y 65 de la L.G.S.M.), reconociéndose que "Los socios gozarán del derecho del tanto..." (Art. 2706 C.C.V.).

XIV.—La muerte de uno de los condueños no acarrea la terminación de la copropiedad. En cambio, la sociedad civil se disuelve: "Por la muerte o incapacidad de uno de los socios que tengan responsabilidad ilimitada por los compromisos sociales, salvo que en la escritura constitutiva se haya pactado que la sociedad continúe con los sobrevivientes o con los herederos de aquél" (Frac. IV del Art. 2720 del C.C.V.), y "Por la muerte del socio industrial siempre que su industria haya dado nacimiento a la sociedad" (Frac. V del citado Art. 2720).

En relación con algunas de las sociedades mercantiles, las diferencias son enormes, además de las apuntadas, pero para los fines de este trabajo, estimamos bastante señalar que en la copropiedad el número de copartícipes puede ser infinito, ya que no existe limitación legal alguna, a diferencia de la Sociedad de Responsabilidad Limitada en la que el número de socios no puede exceder de veinticinco (Art. 61 de la L.G.S.M.) y la Sociedad Anónima que debe

constituirse por cinco socios como mínimo (Art. 89, Frac. I, L.G.S.M.); desde otro punto de vista la copropiedad puede existir cualquiera que sea el valor del bien común, en tanto que la Sociedad de Responsabilidad Limitada debe tener un capital mínimo de cinco mil pesos (Art. 62, L.G.S.M.) y la Sociedad Anónima un capital mínimo de veinticinco mil pesos (Art. 89, Frac. II, L.G.S.M.)

CAPITULO OCTAVO.

COPROPIEDAD E INDIVISION.

SUMARIO: 31.—*Tesis de Bonnecase.* 32.—*¿Prohija nuestra ley civil la tesis de Bonnecase?*

30.—TESIS DE BONNECASE:

Como ya expresamos, tan eminente autor, introdujo una novedad desconocida totalmente con antelación, la noción de la indivisión. Al efecto, distingue de modo absoluto la copropiedad de la indivisión, las que hasta ese momento habían tenido una y la misma connotación, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, y en general en el lenguaje jurídico. Por consiguiente, de los coherederos se afirma que son copropietarios pro indiviso, y se califica a los copropietarios como comuneros, postura que ha sido censurada por Bonnecase, aseverando que "Esta manera de ver implica una confusión cierta en las ideas, e impide comprender toda la distancia que, aún en el Código Civil, separa la indivisión de la copropiedad" (95).

De acuerdo con el propio Bonnecase "El término 'copropiedad', se refiere esencialmente, como lo indica su enunciado, a un derecho real que pertenece colectivamente a varias personas, sobre una sola y misma cosa individualizada. En cambio para nosotros, la indivisión, designa una universalidad, perteneciendo siempre a varias personas, que reviste caracteres propios, entre los cuales se encuentra principalmente el no gozar de un régimen orgánico u organizado, . . . El tipo de la copropiedad está representado tanto por un inmueble comprado colectivamente por dos personas, sin designación de partes y a título aislado, como por un muro medianero, el suelo de una casa dividida por pisos entre varios propietarios, los corredores y patios destinados al uso de varios inmuebles. Por el contrario, el tipo de la indivisión en sentido estricto, está representado por la masa hereditaria transmitida a varios herederos" (96).

En otros términos dice este jurista, la copropiedad al recaer sobre un

(95) Bonnecase. Elementos de Derecho Civil. T. III, Nº 54, P. 46.

(96) Bonnecase, Supplément. T. IV. P. 349. Elementos de Derecho Civil, T. III, Nº 54 Págs. 46 y 47.

bien individualizado, no es sino una modalidad del derecho de propiedad consistente en la pluralidad de sujetos para un mismo objeto, a semejanza de lo que acontece en la solidaridad y en la indivisibilidad que son modalidades de las obligaciones; su asiento se encuentra en el Libro II del Código Civil denominado "El Derecho de los Bienes", mientras que la indivisión propiamente dicha, está regulada en el Libro III, relativo a "El Derecho de las Sucesiones".

Como divergencias entre ambas naciones, proclama que por virtud de su naturaleza específica diferente, la copropiedad es susceptible de una duración indefinida o perpetua. En otros términos, siguiente a Goubeaux, sostiene que "La duración de la copropiedad está regida por la duración misma de las necesidades que han provocado su establecimiento" (97), mientras que la indivisión reviste una existencia esencialmente provisional, traducida por lo establecido en el artículo 815 del Código Civil, debido a que "la indivisión, en el sentido que la entendemos, es un estado sufrido y no querido, como la indivisión hereditaria" (98).

Como rasgos comunes a las dos nociones, señala Bonnecase, que "La copropiedad y la indivisión, constituyen situaciones jurídicas inorganizadas; que tienden hacia fines individuales, "independientes de todo fin colectivo". agrega Van Biervliet (99). Además de que es factible encontrar una fórmula más o menos precisa, para definir la actitud de los copropietarios y de los que están en la indivisión, ante los bienes indivisos, regla que expresa de la siguiente manera: "Todo copropietario y comunero tiene derecho a usar los bienes indivisos, para sus fines individuales, hasta donde este uso sea compatible con el ejercicio de los derechos análogos de los otros comuneros; por otra parte, cada propietario, como cada comunero, tiene derecho de ejercer, en provecho de todos, los actos conservatorios, que requieran los bienes indivisos; pero se les prohíbe realizar, a título individual, no solamente los actos de disposición, sino también los de administración sobre los bienes indivisos" (100).

32.—¿PROHIJA NUESTRA LEY CIVIL LA TESIS DE BONNECASE?

A primera vista, pudiera estimarse que nuestro legislador de 1928, acogió la tesis de Bonnecase en el sentido de distinguir la copropiedad de la indivisión, supuesto que, regula la primera, en el Libro Segundo "De los bienes", Título Cuarto "De la propiedad" y, dentro del Capítulo VI, en tanto que

(97) Elementos de Derecho Civil. T. III, Nº 58, P. 51.

(98) Van Biervliet. (Cours de Droit Civil, Nos. 256 y Sgts., citado por Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, T. III, Nº 59, P. 51).

(99) Citado por Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, T. III, Nº 60, P. 52.

(100) Elementos de Derecho Civil. T. III, P. 53; Supplément, T. IV, Págs. 373 y Sgts.

reglamenta todo lo relativo a la partición de los bienes que constituyen la masa hereditaria, en el Libro Tercero, intitulado "De las sucesiones", además de que en esta materia, emplea repetidamente el término "indivisión", como acontece en los artículos 1768 y 1769, que dispone respectivamente lo siguiente:

Art. 1768.—"A ningún coheredero puede obligarse a permanecer en la indivisión de los bienes, ni aún por prevención expresa del testador".

Art. 1769.—"Puede suspenderse la partición en virtud de convenio expreso de los interesados. Habiendo menores entre ellos, deberá oírse al tutor y al Ministerio Público, y el auto en que se apruebe el convenio, determinará el tiempo que debe durar la indivisión".

En cambio, tratándose de la copropiedad el legislador jamás adopta la palabra "indivisión".

Empero, un análisis más detenido de la cuestion, nos revela, que los artículos 1768 y 1769, anteriormente transcrito, están tomados de los artículos 3789 y 3790 de nuestro Código Civil de 1884, en el que las palabras copropiedad e indivisión se utilizan como sinónimos, cosa que igualmente acontece con los tratadistas de todos los tiempos.

En cuanto al argumento de Bonnecase, en el sentido de que la copropiedad es susceptible de una duración indefinida, en tanto que la indivisión es un estado jurídico meramente transitorio, no tiene cabida en nuestro derecho, toda vez que, atento lo dispuesto por el citado artículo 1769, "Puede suspenderse la partición en virtud de convenio expreso de los interesados..." norma que se justifica, porque con ello no se causa ningún perjuicio al interés general, y en cambio la medida que se adopta cuando concurren menores en la herencia, de señalar indefectiblemente el término de la indivisión, una vez que se haya oído al tutor y al Ministerio Público, se funda en el propósito de tutela que anima a nuestra legislación en relación con los menores, evitando que se les sujete a un estado de indivisión indeterminado que por su duración extrema, pueda resultar perjudicial a sus intereses.

Por otra parte, recordamos que según el artículo 939 del Código que nos rige: "Los que por cualquier título tienen el dominio legal de una cosa, no pueden ser obligados a conservarlo indiviso, sino en los casos en que por la misma naturaleza de las cosas o por determinación de la ley, el dominio es indivisible", texto que resulta aplicable a los herederos, a los que se les reconoce el derecho de poner término a la indivisión, dado que el artículo preceptúa: "Los que por cualquier título..."

Que nuestro legislador no pretendió prohijar la tesis de Bonnecase, se demuestra igualmente con lo dispuesto en el artículo 1288 de nuestra ley civil, que previene: "A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la mesa hereditaria, como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división", norma que revela indudablemente la equiparación de la llamada indivisión con la copropiedad.

No obstante, no hay que olvidar que pese a todo, entre la copropiedad ordinaria y la que se establece entre los coherederos, hay una diferencia profunda, que deriva del hecho de que en la primera no hay, ni puede haber un representante de la copropiedad, habrá en todo caso un representante común a todos los copartícipes, mientras que los coherederos en los casos de intestado o si el testador no lo hubiere hecho, están obligados a proveer al nombramiento de un albacea que es el representante de la sucesión, y el que puede deducir todas las acciones que pertenezcan a la herencia (Arts. 1682 a 1690, 1705 y 1706), debiendo defender en juicio y fuera de él, tanto la herencia, como la validez del testamento, y representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren contra ella.

CONCLUSIONES :

- 1.—Conforme a nuestro Código Civil vigente (Art. 830), la propiedad es el derecho real de gozar y disponer de una cosa, con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.
- 2.—Existen diversas formas del derecho de propiedad; atendiendo al sujeto, puede ser de una sola persona, conocida como exclusiva o individual, o de varias personas, llamada propiedad común o colectiva.
- 3.—Los tratadistas, tanto clásicos como modernos, coinciden en admitir que la copropiedad es una forma del derecho de propiedad que se caracteriza por la pluralidad del sujeto y la unidad del objeto.
- 4.—Sobre la naturaleza jurídica de la copropiedad, existen tres opiniones:
 - a) Una que considera que el derecho de los copropietarios recae sobre una parte indeterminada o ideal de la cosa, o sea varios sujetos y un solo derecho.
 - b) Otra para la que no existe una división ideal del objeto entre los sujetos de la copropiedad, sino que es el propio derecho de los sujetos el que se divide.
 - c) Una tercera postura rechaza ambas opiniones y sostiene que no hay división del derecho entre los copropietarios, el cual pertenece indivisamente a los copropietarios que lo ejercitan de común acuerdo. Antes de la división de la cosa común, la división se aplica no al derecho sino al valor económico de la propiedad, porque cada copropietario tiene derecho a una parte de las ventajas económicas que resultan del ejercicio del derecho colectivo.
- 5.—Los hombres primitivos, inicialmente aislados entre sí, llegan a comprender la necesidad de unirse sólidamente en grupos. Surgen así las limitaciones en la conducta, de orden religioso o consuetudinario. En la vida en grupos sedentarios, nace al mundo del derecho la propiedad, en las formas de colectivismo de la tribu, propiedad familiar y propiedad individual.
- 6.—En la antigua Roma y Grecia no existió la propiedad colectiva de la

tribu y desde los primeros siglos la propiedad está organizada por el Derecho Civil Romano conforme a normas precisas.

La copropiedad familiar sí existió en Roma, según se deduce de algunas instituciones como la tutela y la curatela.

También reconoció la copropiedad al considerar que el derecho de propiedad puede limitarse por los derechos que puedan ejercer otras personas juntamente con él sobre la misma cosa. Se conocieron dos formas de copropiedad, la primera como resultante de la propiedad común de varias personas sobre cosas determinadas, y la segunda, como la propiedad de varias personas sobre cosas indeterminadas como una sucesión indivisa.

- 7.—En el derecho francés, Josserand ha pretendido introducir la noción de propiedad colectiva o en mano común del derecho germánico, pero las características específicas que tiene tal propiedad colectiva, difieren totalmente de las que corresponden a la copropiedad en el sentido del derecho romano.
- 8.—La doctrina señala como rasgos comunes entre copropiedad e indivisión:
 - 1º El constituir regímenes jurídicos inorganizados.
 - 2º Ambas tienen fines individuales, independientes de todo fin colectivo.
 - 3º La actitud de los copropietarios y de los que están en indivisión frente a los bienes indivisos: Ambos tienen derecho a usar de los bienes indivisos para sus fines individuales, hasta donde sea compatible con el ejercicio de los derechos análogos de los otros comuneros; igualmente pueden ejercer en provecho de todos los actos conservatorios que requieran los bienes indivisos; pero, se les prohíbe realizar a título individual, no solamente los actos de disposición, sino también los de administración sobre los bienes indivisos.
- 9.—Sin embargo, es posible establecer la distinción entre copropiedad e indivisión, puesto que la copropiedad es un derecho real perteneciente en forma colectiva a varias personas, sobre una misma cosa individualizada y la indivisión designa una universalidad perteneciente a varias personas.
- 10.—El código civil alemán distingue entre comunidad y copropiedad. Comunidad es cotitularidad de cualquier derecho, y copropiedad es cotitularidad del derecho de propiedad.

Dentro de la copropiedad, en el derecho alemán, se distingue entre comunidad por cuotas y comunidad en mano común.

Las comunidades de propiedad en mano común, se encuentran en las normas sobre la sociedad, en la comunidad de bienes matrimoniales y en la comunidad de herederos.

Las "particiones en la propiedad" de estos comuneros no pueden expresarse siempre cuantitativamente en cuotas. "El comunero, no puede disponer de una participación ni solo ni con el consentimiento de los demás". Sólo pueden disponer todos los comuneros conjuntamente de la cosa o de una cuota determinada en la que cada comunero, a su vez, tiene una participación.

- 11.—En España se introdujo la copropiedad con la legislación romana. En Iberia primeramente existieron como formas de propiedad la propiedad comunal, la copropiedad familiar, y luego la propiedad individual y la copropiedad romana.
- 12.—Al distinguir entre copropiedad y propiedad, la doctrina española dice que no hay diferencia substancial tajante, sino que simplemente existe una simultaneidad en el derecho de varios individuos sobre una misma cosa, de la cual tienen el derecho de propiedad de una parte alícuota y no pueden hacer valer su derecho sobre una parte determinada de la cosa. En la propiedad individual hay una sola cosa y un solo sujeto. En la copropiedad la cosa es una pero hay pluralidad de sujetos.
- 13.—En la legislación hispana se establece la copropiedad pro indiviso del derecho romano, no aceptándose la forma pro diviso del derecho germánico.
- 14.—En México, durante la época colonial nos regimos fundamentalmente por las leyes españolas.
- 15.—Al iniciarse la época independiente, continuó en vigencia la legislación española hasta que se promulgó el primer Código Civil en 1870. Este Código no adoptó ninguna teoría especial respecto de la copropiedad, pero introdujo algunos textos en el Capítulo I, "De la Propiedad en General", que tomó de Las Partidas. También en la Exposición de Motivos se hicieron declaraciones relativas a la copropiedad, en particular sobre la partición.
Se introdujo un capítulo sobre servidumbres, tomado del código civil francés y en el mismo capítulo se insertó un artículo sobre copropiedad por pisos o departamento de un inmueble. Y en el Libro "De las Sucesiones", se incluyeron dos preceptos tomados del Código Napoleón y del Proyecto de Código Civil de García Goyena.
- 16.—El Código Civil de 1884, derogó al de 1870 y copió a éste en todo lo referente a servidumbres y la copropiedad sobre inmuebles por pisos o departamentos. Asimismo acogió los textos ligeramente modificados, sobre partición de la herencia y con una supresión.

17.—El Código Civil de 1928, actualmente vigente, define la copropiedad con el concepto clásico del derecho romano.

18.—En la doctrina, respecto de la copropiedad y sociedad, se han externado criterios opuestos sosteniendo tanto la opinión de que no existe diferencia entre ambas instituciones, como de que sí la hay, fundándose principalmente esta última en que la sociedad da nacimiento a una persona moral y la copropiedad no.

19.—La diferencia entre copropiedad y sociedad varía de un derecho a otro. Entre nosotros, atendiendo al criterio doctrinal y al derecho positivo, sí existe distinción.

20.—La distinción absoluta entre copropiedad e indivisión la estableció Bonnecase.

La copropiedad es esencialmente un derecho real que pertenece colectivamente a varias personas, sobre una sola y misma cosa individualizada. La indivisión designa una universalidad, perteneciendo siempre a varias personas, que reviste caracteres propios, entre los cuales se encuentra principalmente el no gozar de un régimen orgánico u organizado.

El tipo de la indivisión, en sentido estricto, está representado por la masa hereditaria transmitida a varios herederos, mientras que la copropiedad lo mismo está representada por un inmueble comprado colectivamente que por un muro medianero, que por el suelo de una casa dividida por pisos entre varios propietarios, los corredores y patios destinados al uso de varios inmuebles.

21.—Según Bonnecase, la copropiedad al recaer sobre un bien individualizado, no es sino una modalidad del derecho de propiedad consistente en la pluralidad de sujetos para un objeto, como ocurre en la solidaridad y en la indivisibilidad, modalidades de las obligaciones, estando regulada en el Libro II del código civil “El Derecho de los Bienes”, y la indivisión en el Libro III “El Derecho de las Sucesiones”.

Para el mismo tratadista, la copropiedad es susceptible de duración indefinida o perpetua, no así la indivisión, que es esencialmente provisional.

22.—En principio, pudiera sostenerse que nuestro legislador de 1928 acogió la tesis de Bonnecase para distinguir entre copropiedad e indivisión, porque regula la primera en el Libro Segundo “De los Bienes”, Título Cuarto “De la propiedad”, Capítulo VI, y lo relativo a la partición de los bienes que constituyen la masa hereditaria, en el Libro Tercero “De las Sucesiones”, empleando además repetidas veces a este respecto, el término “indivisión”, como acontece en los artículos 1768 y 1769.

- 23.—A pesar de lo anterior, nuestro legislador utiliza las palabras “copropiedad” e “indivisión”, como términos sinónimos, porque los artículos 1768 y 1769 actuales, están tomados de los artículos 3789 y 3790 del Código Civil de 1884, en el que ambos vocablos eran sinónimos.
- 24.—En nuestra legislación no tiene validez la distinción entre copropiedad e indivisión basada en el carácter transitorio de ésta y la posibilidad de ser perpetua la primera, porque el artículo 1769 señala que la partición de la herencia puede suspenderse en virtud de convenio expreso de los interesados.
- También el artículo 1288 del C.C.V. demuestra que el legislador no adoptó la tesis de Bonnacase, porque equipara la indivisión con la copropiedad.
- 25.—Pese a lo anterior, considero que la diferencia profunda que entre copropiedad e indivisión existe, es la que estriba en el hecho de que en la copropiedad no puede haber representante de la misma. En dado caso existirá sólo un representante común de los copartícipes, mientras que los coherederos en los casos de intestados, o si el testador no lo hubiere hecho, están obligados a proveer al nombramiento de un albacea, que es el representante de la sucesión.

INDICE

Capítulo Primero

NOCIONES GENERALES SOBRE PROPIEDAD Y COPROPIEDAD ...	9
1º—La Propiedad. 2º—Diversas formas del derecho de propiedad. 3º—Concepto de copropiedad. 4º—Naturaleza jurídica de la copropiedad explicada en función de un sujeto múltiple en relación con un objeto único. 5º—Diversos sistemas doctrinales para determinar la naturaleza jurídica de los derechos individuales que atribuye la copropiedad.	

Capítulo Segundo

ORIGENES DEL DERECHO DE PROPIEDAD	17
6º—Surgimiento del derecho de propiedad. 7º—La propiedad en el Derecho romano; a).—Formas de copropiedad. b).—Extinción de la copropiedad. c).—Obligaciones recíprocas de los copropietarios.	

Capítulo Tercero

DERECHO CIVIL FRANCES	23
8º—Evolución histórica de la propiedad en Francia. 9º—Primer Código Civil francés. 10º—Extensión del derecho de propiedad. 11º—Coproiedad e indivisión.	

Capítulo Cuarto

DERECHO ALEMÁN	29
12.—Distinción entre comunidad y copropiedad. 13.—Comunidad por cuotas. 14.—Comunidades de propiedad en mano común.	

Capítulo Quinto

DERECHO ESPAÑOL	33
15.—Origen de la copropiedad en el antiguo derecho español. 16.—Diferencia entre copropiedad y propiedad. 17.—Formas de organización de la copropiedad. 18.—Definición legal de copropiedad. 19.—Casos de copropiedad. 20.—Duración o límite de la copropiedad. 21.—Derechos de los copropietarios.	