



“LA PROPIEDAD HORIZONTAL”

Dr. Hugo Picado Odio.

Justificación del tema.

Resulta sorprendente, tratándose de una institución relativamente reciente, la exuberante bibliografía que existe en otros países —especialmente de Europa— en relación con la propiedad horizontal. Su enorme importancia socioeconómica hecha patente, muy especialmente en las últimas décadas, ha obligado a los juristas en general y, al legislador posteriormente, a centrar su atención en ella, pues de hecho venía incrementándose su establecimiento muy aceleradamente, desde principios de siglo, en distintas partes del mundo (1).

Obras monográficas muy calificadas sobre la institución, han sido escritas. Artículos específicos muy valiosos sobre diferentes aspectos de la misma, han ido arrojando luz y abriendo surcos, para su paulatino desenvolvimiento. Vemos que la legislación y la jurisprudencia de algunos países reflejan muy elocuentemente el perfeccionamiento de que ha venido siendo objeto en los últimos años, como consecuencia de la lucha constante por adaptarla a las nuevas necesidades que los tiempos modernos traen consigo. Y es que lo que aquí denominamos “propiedad horizontal” (2), ha surgido como respuesta oportuna a una necesidad que, muy especialmente en los últimos tiempos, ha venido ha-

(1) En España, verbigracia, en el año 1928, el jurista Alvarez Casco, refiriéndose a la propagación de la propiedad horizontal en Santander, señalaba: “. . .Según datos ciertos tomados del Registro de la Propiedad. . . calculando muy por lo bajo, y excluyendo de la cuenta las nuevas construcciones llamadas chalets u hoteles, —de cien inscripciones relativas a fincas urbanas, corresponden de ochenta y cinco a noventa pisos, y el resto, o sean de quince o menos, a casas pertenecientes a un solo dueño o a varios proindiviso. . . La costumbre ha seguido aumentando, y en estos últimos tiempos de la guerra y de la postguerra —refiérese a la primera conflagración mundial— llegó a un grado de intensidad casi inconcebible” (Condominio de casas divididas por pisos en Santander, pág. 270).

Por su parte, ya en 1959, Batista Montero-Ríos afirmaba, refiriéndose al mismo tema: “. . . lo que hace poco más de quince años era una novedad en muchas ciudades españolas, la propiedad horizontal, es prácticamente la única fórmula a que se acogen las nuevas edificaciones” (Comunidad para edificar, pág. 99).

(2) Decimos “lo que aquí denominamos”, por cuanto no existe consenso entre los autores respecto al uso de ese término. Entre otros que lo impugnan, tenemos a un tratadista de tanta autoridad en la materia como Batlle Vázquez, quien lo reputa de falso (véase prefacio a la 7a. edición de “La propiedad de casas por pisos”), sin carecer de razón desde su punto de vista. No obstante, de manera convencional, la denominación susodicha se ha ido extendiendo poco a poco, cobrando mucho arraigo especialmente aquí en América. De todas formas, la misma no deja de tener su acierto descriptivo si tomamos en cuenta que la institución de comentario supone “propiedades horizontalmente superpuestas unas a otras”, según palabras de Albaladejo García (Derecho Civil, Bienes, vol. I, pág. 325), en contraposición al concepto tradicional romano tocante a la propiedad ordinaria que se extiende “usque ad coelum, usque ad inferos”. En el presente trabajo, aunque hemos usado el término aludido en el título, en su desarrollo, recurriremos también, indistintamente, al de “propiedad de casas por pisos”.

ciéndose sentir de manera angustiosa: la de la vivienda (3).

Bien sabido es que la propiedad ha desempeñado un papel asaz importante en la historia de la humanidad, pues la misma se halla fuertemente arraigada a la tradición y a la realidad. Es por ello que todo lo relativo a su pertenencia, uso y explotación, ha sido objeto de la atención del hombre, desde tiempos muy remotos. Las distintas épocas históricas, determinan un derecho de propiedad (4) de acuerdo con sus características, que armoniza con ellas. Si nos ubicamos en la época del feudalismo, que representa la institución más importante de la Edad Media, notamos que su decadencia apareja un paulatino fortalecimiento de la monarquía, pues el poder de los grandes señores va concentrándose poco a poco en el señorío real. La corona, bajo la influencia del fenecido poderío romano, llega a considerarse dueña absoluta de todos los bienes, de tal forma que el derecho privado de propiedad deviene ostensiblemente mermado, pues queda limitado prácticamente a una mera posesión, amenazada constantemente por la libre disposición de los monarcas.

Se produce entonces la Revolución Francesa, la cual predica, con influencia determinante en la historia universal, la entronización del principio de soberanía nacional, proveniente de las distintas fuerzas sociales y encarnada en la ley. Tal concepción desplaza en consecuencia a la voluntad personal del monarca. Tras los principios esgrimidos de libertad e igualdad, el derecho de propiedad es encauzado a través de un acentuado individualismo.

Con el reconocimiento del Derecho natural, se retorna con vehemencia a las enseñanzas del romano, dejando así plasmados en preceptos legales, los

principios inmovibles que garantizan la libre condición económica y jurídica del derecho de propiedad. Con la desamortización civil y eclesiástica de la propiedad, continúa en un proceso de desvinculación que conduce al criterio, debidamente resguardado por las leyes, de libre disposición y adquisición de la misma, dentro de un pronunciado individualismo.

Tal posición tocante al derecho de propiedad trajo consigo graves trastornos sociales, pues la soberanía individual sobre los bienes, vedaba los provechos que en un ámbito general, los mismos deben ofrecer. Sea que, el cumplimiento de la función social de la propiedad no se estaba dando, lo que implica un desequilibrio en cuanto al disfrute de la misma.

Se plantea entonces un problema que aún en la actualidad es motivo de gran preocupación, cual es el de compaginar el fin colectivo e individual de la propiedad, dentro de un sistema justo y equitativo que permita al hombre realizarse plenamente, como individuo y como miembro de la sociedad en que vive, sin discriminación de ninguna especie. En ese empeño, las diferentes legislaciones han ido dando campo a las innovaciones con un criterio social, atemperando el carácter absoluto del derecho de propiedad individual, por lo que se ha fomentado, entre muchos otros cambios, el desarrollo mismo de las propiedades colectivas.

Sirviéndose de la propiedad inmueble, el hombre satisface necesidades primarias como la de la vivienda y la alimentación. En los tiempos modernos, la misma ha cobrado importancia relevante para el desarrollo de la multiforme actividad comercial imperante. Ante el adelanto tecnológico y la concentración en las grandes urbes de millones

(3) En relación, afirman los hermanos Mazeau: "La crisis de la vivienda, que se padece duramente hoy en los grandes centros poblados, posee varias causas. El desarrollo de los organismos públicos, de las empresas nacionalizadas o privadas es tal, que una cantidad considerable de locales se ha sustraído a la habitación, para instalar en ellos oficinas. . . De ahí la extensión considerable de la copropiedad por pisos o departamentos, otra de cuyas causas se encuentra en los elevados precios de los terrenos urbanos, con la necesidad, como consecuencia, de construir los más pisos posibles" (Lecciones de Derecho Civil, parte II, vol. IV, pág. 45). Por su parte, y respecto al mismo tema, Reffino Pereyra, nos dice: "Su gran aplicación, —refiriéndose a la propiedad horizontal— casi diría exclusiva, lo es en los grandes centros de población; para quienes, por la índole de sus ocupaciones, necesitan vivir en los puntos céntricos de las ciudades, por ser próximos a las oficinas públicas, Bancos, Universidades, etc.

El ideal para quien disfrute de una renta mediana, como empleado, profesional, comerciante o que desempeñe cualquier otra actividad lucrativa, es que pueda en un plazo más o menos breve (diez o doce años) llegar a realizar su aspiración de tener casa propia, abonando algo así como un alquiler un poco elevado. Se fomenta así el ahorro individual y se beneficia la sociedad en general, incorporando elementos de orden, interesados en la estabilidad social" (La Propiedad Horizontal, pág. 18).

(4) Cabe hacer aquí la distinción entre propiedad y derecho de propiedad, conceptos que con frecuencia, son tratados indistintamente. "La propiedad —de acuerdo con Gumersindo de Azcárate— es una relación que el hombre mantiene con la naturaleza a fin de hacer que ésta le sirva para la satisfacción de sus necesidades; el derecho de propiedad no es más que el conjunto de condiciones necesarias para el nacimiento, subsistencia y desarrollo de esa relación". La distinción estriba entre lo esencial y lo puramente formal. Mientras que la propiedad, como esencia, es permanente, absoluta e invariable, el derecho de propiedad es transitorio, cambia y se modifica a través de la historia. (En cuanto a la cita, véase: "Ensayo sobre la Historia del Derecho de Propiedad y su estado actual en Europa", p. X).

de personas, el problema de la vivienda y el de la disposición de espacio como asiento de las diversas actividades comerciales, constituyen aspectos insoslayables de carácter económico-social, que precisa atender y resolver con prioridad, para evitar tensiones y situaciones conflictivas de graves consecuencias. Pues como respuesta a ese problema, ha venido desarrollándose y perfeccionándose vertiginosamente en los últimos tiempos, un sistema que permite ubicar un gran número de viviendas en un solo edificio, construido en un terreno apenas suficiente para dar cabida a tres o cuatro viviendas dentro del sistema tradicional. Nos referimos a la propiedad horizontal, la cual, amén de la referida economía de espacio, permite, por razones obvias, proporcionar viviendas a precios mucho más bajos, así como locales comerciales o profesionales de muy distinta índole.

Breve Relación Histórica.

Aún cuando algunos autores, basados en fuentes fidedignas nos hablan de antecedentes de este tipo de vivienda, reflejados en el Derecho babilónico (2.000 A.C.) y en el romano (5), la misma no se da, con caracteres físicos bien definidos, y de manera constante y arraigada, sino a partir del siglo XVII, en Francia, específicamente en Grenoble, Nantes, y Rennes (6). Dábase también con frecuencia en Lyon, Chambéry y Córcega. Circunstancias muy particulares e interesantes hicieron sentir en Grenoble y Rennes la necesidad de recurrir al sistema en referencia. La primera se hallaba encerrada por un cerco de murallas, lo que impedía su expansión a lo largo y a lo ancho, para satisfacer el natural requerimiento de nuevas viviendas. Ello impulsó a sus habitantes a construir hacia arriba para dar albergue a varias familias dentro de un solo terreno. En Rennes, un devastador incendio acaecido el 22 de diciembre de 1720, de cinco días de duración, dejó la ciudad arrasada. Ante la necesidad de construir en breve plazo y con costos mínimos, nuevas viviendas, se decidió levantar edificios comunes, mediante aportes monetarios conjuntos, llegando cada partícipe a ser propietario de un piso determinado. En fin, la importancia de la

división de casas por pisos llegó a ser tan considerable en dichas regiones francesas, que la misma fue objeto de esmerada regulación, mediante ordenanzas locales.

Posteriormente, los codificadores franceses no pudieron ignorar ese especial régimen de propiedad tan propagado, por lo que aún cuando representaba una seria fricción con el concepto de propiedad que propugnaban, incluyeron en su obra una regulación relativa al dominio horizontal (7).

No obstante que algunos Códigos, por razones que más adelante consideraremos, cerraron el paso, en un principio, a la institución, la misma siguió germinando abundantemente, como respuesta a una necesidad muy sentida, en diferentes partes del mundo. Y es que en realidad, como ya lo hemos mencionado, la propiedad de casas por pisos constituye un medio eficaz para contribuir a resolver un grave problema socioeconómico, agudizado en los últimos tiempos, consistente en proveer de viviendas y locales a quienes los necesiten, con lo cual se coadyuva a la vez, a la ampliación del número de propietarios y, por ende, a una mejor distribución de la riqueza.

Consideraciones jurídicas.

Sentado lo que antecede, cabe preguntarnos qué clase de problemática o cuestiones, dentro del campo jurídico, suscita el sistema de vivienda referido. Al respecto debe responderse que no pocos obstáculos y difíciles problemas que resolver, encontró en su ruta de desarrollo y consolidación, la institución de marras.

Dijimos ya, en lo que concierne al derecho comparado, que en un principio, algunos códigos llegaron a cerrarle el paso a la propiedad horizontal. No fue sino con el advenimiento del movimiento codificador que se trató de encontrarle a la institución una explicación jurídica. Antes, la misma habría surgido como una situación de hecho, y como tal, comenzó a ser regulada por normas consuetudinarias, a través de los usos y ordenanzas de carácter local, dándose como consecuencia, un desenvolvimiento esporádico y empírico de ella. En el período de la codificación, en cambio, en los dis-

(5) Ver Batlle Vázquez, op. cit., págs 12 a 18 y Manuel Jesús García Garrido "Casuismo y Jurisprudencia Romana", pág. 223.

(6) Cfr: Batlle Vázquez, op. cit., págs. 18 a 21; Jerónimo González, "Propiedad sobre Pisos y Habitaciones", pág. 195; Colín y Capitant, "Curso Elemental de Derecho Civil", pág. 778.

(7) Además de las referencias hechas en la cita próxima anterior, véase sobre lo expuesto: Demófilo de Buen, "Derecho Civil Español Común, pág. 349; Manuel Borja Martínez, "La Propiedad de Pisos o Departamentos", pág. 25; Henry, Leon y Jean Mazeau, op. cit., Parte II, vol. IV, pág. 45.

tintos países se comenzó a tratar ese fenómeno que se encontraba ahí frente a ellos, como una realidad tangible, con riguroso criterio jurídico, con el fin de situarlo adecuadamente dentro de las instituciones que quedarían consagradas en los cuerpos legales en gestación. Al respecto, es preciso señalar que el citado movimiento se hallaba fuertemente influenciado por el espíritu individualista, propio de la Revolución Francesa y, muy especialmente, por la tradición romanista, tan en boga a la sazón, recién acaecida la recepción de ese derecho monumental clásico.

Y fue allí, precisamente, donde encontró la propiedad de casas por pisos, en su nacimiento como institución jurídica debidamente regulada, su escollo principal. Francia, escenario de la Revolución, donde se propugna con vehemencia las ideas liberales, hereda del Derecho romano el concepto absoluto tocante a la propiedad. Absolutismo implica, entre otras cosas, dentro de tal contexto, la existencia de un derecho excluyente e individual; total y soberano. Si los franceses concibieron un derecho de tal naturaleza, lógicamente rechazaban cualquier clase de inmisión extraña en el ejercicio del mismo por el titular, porque el titular debe ser único al respecto.

El carácter individual hace referencia a un titular único, la concurrencia de otro en la titularidad respecto a un bien inmueble determinado, significa un compartir que, a su vez, no es más que un debilitamiento del derecho de propiedad, de acuerdo con la concepción de comentario. En consecuencia, el legislador francés no tuvo otra alternativa que mirar la indivisión con mucho recelo —al igual que los romanos— pues ésta entrañaba irremisiblemente la negación de uno de los caracteres esenciales del derecho de propiedad. Consideráronla por lo tanto, los juristas franceses, como un mero accidente rigurosamente temporal pues, como situación anómala que era, no podía perpetuarse. Sin embargo, los autores del Code se encontraron con que, desde mucho tiempo atrás, se venía dando la indivisión forzosa en los elementos comunes que inevitablemente existían en las edifi-

caciones cuyos diferentes pisos pertenecían a distintos propietarios.

En consecuencia, se aprestaron a admitir la indivisión forzosa en el caso concreto, lo que se contraponía al aforismo romano consagrado en los textos de Papiniano y Paulo, en el sentido de que "nadie puede ser compelido a permanecer en comunión o sociedad", y acogido en el artículo 815 del Código Civil francés. Pero tal excepción, cuya justificación la encontraron los codificadores en la naturaleza del objeto poseído, la asimilaron a la de los muros y fosos medianeros, para así clasificar la propiedad horizontal junto a estos últimos, dentro de las servidumbres. En tal forma, devenía improcedente la acción *communi dividundo*, pues supuesta la existencia de servidumbre recíprocas, no se podían ceder mediante la pretendida división, las partes sobre las cuales se ejercían las mismas, por cuanto se consideraban subordinadas a otro fundo con utilidades específicas a favor de él. Vemos pues que el expediente empleado por los codificadores, fue el de explicar la particular figura que se les presentaba, a través de las servidumbres, sin reparar en que por su especialidad y complejidad, configuraba algo totalmente nuevo, que precisaba una construcción jurídica propia, pues no hallaba acomodo dentro de las figuras tradicionales del Derecho romano (8).

Por lo tanto, se negó el legislador francés a concebir esta clase de propiedad como una institución peculiar que es, dotada de caracteres propios. Para él lo importante era la propiedad privativa que ahí se daba; el problema de la indivisión o copropiedad que la institución implicada, quedaba obviado en la forma dicha, y con ello se conformó.

En Alemania ocurrió un fenómeno muy interesante. En su territorio, la propiedad por pisos venía dando desde el siglo XII (9). En verdad, el pueblo germánico, poco preocupado por el rigorismo de la técnica jurídica, fue dando cabida a lo que el tratadista Jerónimo González denomina "Híbridos derechos", derivados de las circunstancias propias en que se desenvolvía. Así, vemos cómo las comunidades surgidas en las laderas supo-

(8) La confirmación a tal aseveración la encontramos en la evolución que ha venido experimentando la propiedad de casas por pisos, desde entonces, en el ámbito del derecho comparado.

(9) Cfr: Jerónimo González, *op. cit.*, pág. 192; además, Batlle Vázquez, *op. cit.*, pág. 20. En relación, ha de recordarse lo mencionado en página 6, a saber, que la institución surgió, antes de la codificación, en forma espontánea, como situación de hecho, y así, comenzó a ser regulada por normas consuetudinarias, sin encontrarse una explicación jurídica. Véase al respecto, Mariano Fernández Martín-Granizo, "La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español", págs. 11 y ss.

nían, por la configuración del terreno, una salida a sitio público, tanto por el piso bajo como por el superpuesto, lo que posibilitaba a sus respectivos ocupantes hacer uso de ellos independientemente, en calidad de dueños. No hubo problemas por ende, para atribuir tal calidad a quienes poseían diferentes pisos ubicados en tales condiciones, dentro de una determinada edificación, los cuales eran así construidos, precisamente por el poco espacio de que se disponía, debido a las murallas circundantes, levantadas por necesidades de defensa muy propias de la época. Por otra parte, vemos que el arrendatario de un terreno que por largo tiempo lo hubiera ocupado, efectuando construcciones sobre el mismo, accedía a la categoría de propietario en comunidad. Tales situaciones, acogidas y consagradas por el Derecho germánico, como propiedad superficiaria, configuraban soluciones contrapuestas al principio romano de accesión "superficies solo cedit".

Esa circunstancia, unida a otras de carácter registral, de reglamentación urbana e impositiva, desencadenaron posteriormente una firme oposición de los romanistas, actitud en la que destacan Savigny, Zaún y Arnold, entre otros. Aferrados al criterio, con arreglo a los principios romanistas, de que, desde el punto de vista jurídico, la propiedad horizontal era inaceptable (10), lograron que el legislador prescindiera de los precedentes propios del Derecho germánico al respecto, no dándole cabida en el Código Civil alemán, que entró en vigencia con el nacimiento del presente siglo.

Pero no sólo se limitó a ignorar la institución el referido Código, como ha ocurrido en otras legislaciones, sino que en la regulación correspondiente al derecho real de superficie, que es donde de acuerdo con la tradición germánica, hubiera podido ubicarse, expresamente se estableció en el párrafo 1014, la prohibición de limitar el derecho de superficie a una parte del edificio, sea, a un piso.

Es interesante hacer notar que previo al desenlace descrito, concretamente, doce años antes de la promulgación del Código, J. E. Kuntze, había publicado una famosa monografía sobre la propiedad de pisos (11), en la cual basado en el arraigo y proliferación de la misma, en varios lugares de

Alemania, trata de demostrar su asidero jurídico, apelando a principios de la filosofía del derecho privado. Otros autores como Sintenis, Heimbach y Stobbe, defendieron juntamente con él la tesis de la tradición germánica favorable a la propiedad horizontal, reputando el principio de la accesión romana, como una regla positiva del derecho clásico, en la cual no podía fundamentarse, en consecuencia, la negación a la existencia, producto de la realidad, de una propiedad así concebida. Dura pues resultó la batalla, de la cual salieron gananciosos, pero, momentáneamente dentro del contexto histórico, los romanistas (12).

Ya con anterioridad, el Código Civil argentino, promulgado en el año 1869, había vedado también la existencia jurídica a la susodicha institución, en el artículo 2617. Por su parte, el Código Civil suizo, que entró en vigencia en 1912, también declaraba en su artículo 675 que "Los diversos pisos de una casa, no pueden ser objeto de un derecho de superficie".

Pensamos que lo que subyacía en esos casos, como razón justificativa de tal actitud, era un dogmático apego a los postulados meramente positivos del Derecho romano; un temor velado de romper viejos moldes, mediante la construcción de una nueva figura jurídica que explicara la institución que, como respuesta a nuevas exigencias económico-sociales, había surgido —repetimos— espontáneamente a la realidad. Los juristas alemanes, que se han distinguido siempre por su avezamiento a las construcciones jurídicas, en esta ocasión, maniatados por un ardoroso apego a las normas positivas, prefirieron tomar el camino más fácil que era el de la prohibición.

El paso de los años, sin embargo, —como ya lo hemos visto en el caso concreto de Alemania— se encargó de demostrar a los juristas y legisladores tanto de ese país, como suizos y franceses, la invalidez de sus posturas, ya que sus respectivos códigos han sido objeto de sendas reformas posteriores, para hacer posible esta reforma de propiedad urbana.

El Código Civil español, por su parte, se aparta del criterio francés en cuanto a la clasificación de la figura, y la ubica dentro del título correspondiente a la comunidad de bienes, dando así base

(10) Manuel Borja Martínez, "La propiedad de Pisos o Departamentos en Derecho Mexicano", pág. 28.

(11) Die Kojengenossenschaft und das genosseneigentum. Leipzig, 1888.

(12) Decimos "momentáneamente" —dentro del contexto histórico, por supuesto—, ya que la Ley federal de 15 de marzo de 1951, permitió la propiedad de casas por pisos en Alemania.

para que, tanto la doctrina jurisprudencial como la científica, la asimilaran al condominio romano, confiriendo preponderancia a los elementos comunes sobre los privativos.

Tales son, podríase afirmar, las posiciones fundamentales que dieron origen a la configuración jurídica de la propiedad de casas por pisos, dentro del movimiento codificador. De lo comentado se trasluce la tendencia prístina a explicar la figura al socaire de las instituciones clásicas romanas, sin percatarse que las necesidades reales que demandaban su nacimiento eran diferentes a las que dieron origen a aquéllas.

En los gestores de ese movimiento, no sólo influyó el concepto absoluto, exclusivo e individual del derecho de propiedad propio de los romanos, sino que también de los mismos heredaron, consagrándola en los respectivos códigos, su concepción sobre el condominio, basada en un criterio netamente individualista.

En relación, ya que se ha hablado tanto del Derecho romano en lo que aquí interesa, resulta saludable considerar sucintamente lo concerniente a algunas instituciones atinentes al tema, dentro del mismo. Empezaremos con la indivisión forzosa. Esta institución, que constituye aspecto fundamental dentro de la propiedad horizontal, no llegó a ser jurídicamente reconocida. Ello nos hace presumir, que la sociedad romana no llegó nunca a verse en la situación de tener que recurrir a la invención o elaboración de una institución análoga, para subsanar una necesidad cuya entidad justificara, en el caso específico, apartarse de conceptos sobre la propiedad tan profundamente arraigados en su tradición. Porque algo que acreditan plenamente los estudios especializados sobre la materia es que, el pueblo romano, dada su idiosincrasia, no era capaz de sacrificar el progreso generado por la civilización, por mantener imperturbados los conceptos jurídicos que sustentaba.

El mejor ejemplo de lo afirmado, lo constituye la inmisión del "ius gentium" dentro del cuerpo de las normas vigentes, campo que era privativo del ius civile, cuyos orígenes los encontramos en las entrañas profundas de la tradición romana. Tal inclusión no significaba, en el sentir de los romanos, una derogación del Derecho civil, sino más bien, un enriquecimiento, en el sentido técnico del mismo, consistente en la edición de nuevas instituciones (13). Así, vemos como las nuevas exigencias del progreso van originando soluciones adecuadas, las cuales bien podían estar basadas en motivaciones distintas a las dimanantes del Derecho Civil o "Ius Civile" —al que por otra parte se le seguía considerando el supremo fundamento del Derecho romano—, pero que sin embargo, se las admitía como provenientes de un poder benéfico (14).

Por lo tanto —retomando el hilo de nuestra consideración referente a la indivisión forzosa— hay base suficiente para pensar que la misma nunca constituyó una necesidad importante dentro de la sociedad romana, en la antigüedad. Y la anterior aseveración implica la de que, en Roma, nunca se tuvo que apelar a la propiedad de casas por pisos como recurso apremiante para resolver el problema de la vivienda (15) y de provisión de locales comerciales. Las circunstancias en aquellos tiempos eran muy distintas a las del presente. Roma disponía de grandes extensiones de tierra. La construcción de viviendas populares configuraba algo sencillo y rudimentario, como lo afirma Ogayar Ayllón en el párrafo transcrito en la nota al pie. La economía era predominantemente agrícola, por lo que sobre las ciudades no gravitaba el serio problema de la concentración extralimitada de gente; ni la industria, ni la actividad comercial eran tan desarrolladas como en los tiempos presentes, para requerir un proliferado espacio dentro de sus límites. No existían las garantías sociales de hoy en día que, entre otras cosas, propenden a dotar de vivienda

(13) Refiriéndose a este mismo tema, nos dice Savigny: "De hecho, lo que hizo grande a Roma fue el intenso y vivo sentido político que siempre mostró este pueblo para rejuvenecer las formas de su constitución, de tal manera que la nueva servía simplemente para hacer evolucionar la antigua, manteniendo una justa armonía de las fuerzas conservadoras y las progresistas" (De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho, pág. 71).

(14) Cfr: Arangio-Ruiz, *Historia del Derecho Romano*, pág. 205.

(15) Respecto a la vivienda en Roma, nos dice Ogayar Ayllón: "Antiguamente tal necesidad se satisfacía por las mismas familias, las que, con su propio esfuerzo, construían la casa que precisaban. Por eso, el problema de las casas multifamiliares divididas en pisos o habitaciones pertenecientes a distintos dueños, no fue conocido en el Derecho romano, pues las manifestaciones que de tal forma de propiedad señalan algunos tratadistas tienen carácter esporádico, como el texto de Papiniano referente a un caso de indivisión por la existencia de un tejado común, o el fragmento de Ulpiano, que se ocupa de la casa propiedad de uno y sobre ella un cenáculo ocupado por otro" (*Nuevo Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal*", pág. 859).

digna a todos los habitantes de un país, acorde con una política que tiende a la mayor participación de los bienes. Dentro de esas circunstancias, lógico es que el carácter independiente, absoluto, exclusivo e individual que llegó a tener el derecho de propiedad en Roma, no se viera conmovido. De tal concepto y de la idiosincrasia del pueblo romano, surge un principio fundamental en el Derecho, cual es, en palabras de Celso: "*Duorum vel plurium in solidum dominium esse non posse*", o sea, que "no es posible el dominio entero de varias personas sobre el mismo objeto" (16).

Ante esa situación, una indivisión forzosa que no respondiera a necesidades realmente sentidas, a necesidades de entidad tal, que su insatisfacción entorpeciera el desarrollo socioeconómico de la civilización romana, no podía prosperar. Ello, por cuanto la *communio* era considerada como algo anómalo, debido a los conceptos que en torno a la propiedad imperaban en Roma, y por ende, como un estado transitorio al punto que, al condómino no le era lícito renunciar al derecho de pedir la división perpetuamente, aunque sí por un tiempo determinado, de acuerdo con el Derecho justineano. Sea que el derecho no sólo proveía los medios para ponerle fin a la comunidad, por configurar ésta una limitación al derecho de propiedad individual, libre, absoluto o perpetuo, sino que además, vedaba al titular de la acción respectiva, la posibilidad de renunciar a ella.

Superficies solo cedit. Del concepto absoluto y exclusivo que los romanos tenían del dominio, según ya hemos estudiado, derivan una serie de consecuencias fundamentales en el desarrollo del derecho de bienes. Ese señorío, de tal manera concebido, rechaza toda clase de influencia extraña o limitaciones, entre las cuales se cuenta la concurrencia de derechos de propiedad correspondientes a varios condóminos sobre una cosa común; además implicaba, por otra parte, la perpetuidad. Asimismo, se le reconocía a dicho señorío la característica de envolver o absolver necesariamente toda cosa que se le uniera, lo que da origen al principio de accesión.

Para los romanos, dadas las características comentadas del dominio, el objeto sobre el cual recaía el derecho de propiedad, tenía rigurosamente que presentar cualidades de independencia y sustantividad. Sólo así podía el titular ejercer el señorío pleno, con exclusión de cualquier influencia extraña, en el aprovechamiento del objeto. Con arreglo a ello tenemos que cuando por alguna circunstancia una cosa accesoria se adicionaba a otra principal, los romanos, lejos de ver en tal fenómeno, la concurrencia de distintos objetos representativos de diferentes derechos ejercidos sobre ellos, lo reputaban como un incremento de la cosa principal por la incorporación de la accesoria (17). Sea que esta última era absorbida por la primera, transformándose así en elemento constitutivo de ella. Se salvaba de esa forma la sustantividad e independencia del objeto, el cual, eso sí, aumentado, considerábase pertenencia del propietario de la cosa principal (*accessio cedit principali*). Por otra parte, mirando el fenómeno desde diferente punto de vista el dominio romano, soberano y absoluto, atraía al cuerpo extraño que se adosaba a él, refundiéndolo en su poder soberano.

Entre las diversas adiciones o incorporaciones que solían darse, contábanse las de muebles a inmuebles. Entre éstas, precisamente, nos interesa sobremanera la denominada *inaedificatio*, la cual se refiere a la accesión de una edificación a un suelo ajeno. Todos los elementos incorporados al suelo, mediante la construcción efectuada en su superficie, siguen su suerte, por constituir el mismo, la cosa principal, dada su permanencia, inmutabilidad e indestructibilidad. De esta tesis, y como dimanación propia del dominio romano, surge un importante principio, considerado de derecho natural entre los romanos, cual es: "*Natura o iure naturali superficies solo cedit*". De acuerdo con Bonfante "... éste es un principio absoluto y connatural a la esencia del dominio en el pensamiento de los romanos, no una mera presunción, como entre nosotros" (18).

Lógicamente que tal principio, al igual que otros conceptos fundamentales referentes a la pro-

(16) Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, pág. 302.

(17) Los romanos, guiados por su fina intuición, fueron dándole forma a la institución, no por medio de una construcción doctrinal o abstracta, sino a través de los casos y soluciones de la jurisprudencia. La construcción doctrinal de esos precedentes, es obra de los intérpretes. (Cfr: Arias Ramos, "*Derecho Romano*", pág. 237.

(18) *Instituciones de Derecho Romano*, pág. 264.

propiedad en Roma, constituyan valladares infranqueables, mientras permanecieran vigentes, para el intento de explicar y consagrar jurídicamente una institución como la propiedad horizontal que, no solamente supone la indivisión forzosa, sino que representa la violación más flagrante al postulado de la accesión inmobiliaria "superficies solo cedit". En relación, escribe Manresa: "Los principios fundamentales sobre los que se asentaba el sistema jurídico romano eran contrarios a la división de la propiedad de casas por departamentos" (19). Muchos otros autores, ante los datos que, en relación con la presunta existencia de la propiedad horizontal en Roma se han dado, los rechazan enfáticamente. Sintenis, por ejemplo, según nos refiere Batlle, en relación con un famoso párrafo de Ulpiano que él transcribe, "lo califica de anómalo porque no es demasiado claro en su significado y choca con el principio "superficies solo cedit". En ese mismo principio se basan los profesores de Derecho de la Universidad de Córdoba (Argentina), en un estudio que efectuaron sobre la propiedad horizontal, para

impugnar la tesis de que la misma pudiera haber existido dentro del Derecho romano (20).

Pues bien, el enorme peso ejercido por el Derecho romano sobre el movimiento codificador dio como resultado, por una parte, que algunas legislaciones —como la alemana, la suiza y la argentina— no pudiendo encuadrar esa rara institución que se les presentaba, la cual suponía propiedades superpuestas privativas y el disfrute comunitario indefinido en ciertos elementos, dentro de las aludidas concepciones romanas sobre el dominio, la descartaran; asimismo que otras legislaciones como la francesa y la española la acogieran, pero vaciándola, no obstante las serias fricciones que ello implicaba, dentro de los moldes jurídicos del dominio y el condominio romanos. Así, vemos como la primera —al igual que la italiana y la belga— la clasificaron dentro de la servidumbre de medianería, justificando de esa manera el indefinido disfrute compartido de los elementos comunes, contra los cuales atentaba la "actio communi dividundo".

CONCLUSION

Observábamos líneas arriba, cómo el derecho de propiedad cambia y se modifica a través de la historia, al tenor de las distintas formas de vida que, en sus diversas etapas, han predominado. La propiedad, según advertimos, está íntimamente ligada a la vida del hombre en sociedad. Sobre las diversas concepciones que en torno al derecho de propiedad conocemos, han ejercido su influencia factores de muy variada índole, a saber, socioeconómicos, políticos, culturales, religiosos, etc.; es decir, todo aquello que configura la realidad ambiente y que en determinado momento ha llegado a cobrar importancia.

Dicha realidad es cambiante por naturaleza, pues está sujeta a múltiples contingencias, que a su vez suponen necesidades mudables. El papel que el derecho desempeña dentro de ese contexto es de un valor incalculable, pues está llamado precisamente a servir a la justicia, procurando a los hom-

bres la mayor suma de utilidad posible. Tiene la ley, por tanto, que seguir muy de cerca esos cambios, identificarse plenamente con la vida y la práctica, a fin de cumplir con su cometido, y no entorpecer las relaciones humanas. Porque si algo implica obstrucción a esas relaciones, es el tratar de introducirlas dentro del corsé inflexible de las categorías jurídicas tradicionales.

En relación, afirma Giorgio del Vecchio: "El respeto a la legalidad representa tan solo un aspecto, y no el más importante de nuestra humana misión, ya que a través de la legalidad de hoy nos corresponde preparar la de mañana, actuando con un "perpetuo trabajo", la idea de justicia, que inmanente y siempre renaciendo en nuestro espíritu, se encuentra en todas las leyes, pero no se agota en ninguna" (21).

La institución de comentario, pensamos, tiene una muy estrecha relación con las anteriores consi-

(19) Comentarios al Código Civil Español, pág. 559.

(20) Véase M. Fernández Martí-Granizo, op. cit., pág. 102.

(21) La Justicia, págs. 126 y 127.

deraciones. La misma la hallamos dentro del ámbito de la propiedad y obedece a necesidades propias de los últimos tiempos, dentro de la larga historia de la humanidad, originadas en factores de índole económico-social asaz importantes. El deber ineludible del jurista, por lo tanto, ante esta nueva cuestión que se nos presenta relativa a la propiedad de casas por pisos, es el de arbitrar remedios y soluciones, con estricto apego a la realidad.

Pero, como hemos comentado, esa realidad es eminentemente cambiante, lo cual debemos considerar muy seriamente, para no caer en el peligro de aplicar a la presente, soluciones propias de otra época, incubadas en supuestos de hecho diferentes. No debemos perder de vista que el derecho auténtico no es ni más ni menos que una expresión espontánea de la vida del hombre en sociedad. Precisa por ende, sumergirnos dentro de esa realidad, para desentrañar así los elementos de juicio necesarios, para dar respuesta adecuada a los problemas que plantea.

Muchas veces no encontramos la solución, llana y simplemente por un error de método, consistente en aferrarnos a fórmulas obsoletas que constituyen trabas a la formación espontánea del derecho, como fiel reflejo de la vida y la realidad. Tal circunstancia se ha dado frente a la problemática de la propiedad horizontal, entorpeciendo así la debida utilidad que la institución está llamada a prestar.

Debido a lo anterior, ha sido menester recorrer un largo camino, lleno de vicisitudes, para llegar a la debida concepción jurídica en torno a la institución de marras; para entender que la misma supone la concurrencia de una propiedad singular y exclusiva sobre cada uno de los pisos o apartamentos susceptibles de aprovechamiento independiente, con la de una copropiedad ejercida conjuntamente por cada uno de los titulares del derecho singular, sobre los elementos comunes del edificio; que tales elementos comunes revisten el carácter de accesorios respecto a las partes privativas, según se desprende del fin que se les atribuye, a saber, servir para el uso y disfrute de los pisos o apartamentos; que dentro de la institución, el género es,

no la comunidad, sino el derecho de propiedad, el cual incluye una especie destacada de las demás tradicionales, por lo que configura una propiedad de tipo complejo, con fisonomía propia e independiente, dada su enorme importancia y trascendencia social. Ahora, la comunidad que esos elementos secundarios entrañan, no puede generar la posibilidad de terminar con la existencia misma de las partes privativas, ya que están consagradas a su servicio, lo cual justifica su indivisibilidad. Se llega pues, en base a estas conclusiones, a delimitar claramente el campo de los elementos jurídico-reales de la institución, sea el privativo y el común, desde el punto de vista físico y funcional; ello conduce a una definición en lo relativo a la naturaleza jurídica de la misma, lo que permite regularla minuciosamente, de acuerdo con sus especiales características, con preceptos de derecho necesario.

Sin embargo, todavía, es menester revisar a fondo lo relativo a los elementos comunes, pues la copropiedad sobre los mismos está concebida de conformidad con los principios romanistas sobre la comunidad de bienes, de corte individualista, y eso no rima con los fines que tales elementos cumplen dentro de la propiedad de casas por pisos. No se trata ya de poner remiendos a una comunidad, destinada por naturaleza a disolverse lo antes posible, sino de adoptar una nueva comunidad configurada dentro de un espíritu eminentemente colectivo, para que, sin forzamiento alguno, pueda servir al fin que se le encomienda. No se trata ya, por ejemplo, de tener que estipular que dentro del régimen de comentario no procederá la acción de división, como ocurre en el caso del artículo 272 inciso 3 de nuestro Código Civil, sino de consagrar una comunidad que por naturaleza excluya la posibilidad de dicha acción y que, por ende, está capacitada para cumplir con el cometido que se le confía, con plena autonomía. Si bien es cierto, una comunidad así concebida no cuenta con el espaldarazo de nuestra legislación común, la Ley especial debe dársele entonces, pues así lo demanda la situación real que regula. En fin, ya eso configuraría materia de un tema específico, que debe ser tratado por aparte. Queda ahí la inquietud.

BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCIA, Manuel: *"Derecho Civil"* (Tomo III, Derecho de Bienes, vol. I). Editorial Bosch, 1974, Barcelona.

ALVAREZ CASCO, Félix: *"Condominio de casas divididas por pisos en Santander"*. Revista de Derecho Privado, Tomo XV, año 1928.

ARANGIO-RUIZ, Vicente: *"Historia del Derecho Romano"*. (Traducción de la segunda edición italiana por Francisco de Pelsmaecker e Ibañez), segunda edición. Editorial Reus, S. A.

ARIAS RAMOS, José: *"Derecho Romano"*. 13a. edición revisada por J. A. Bonet. Editorial Revista de Derecho Privado.

AZCARATE, Gumersindo de: *"Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa"*. (Tomo I). Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación MDCCCLXXIX.

BARMANN, John: *"Sobre la dogmática del condominio"*. (Copropiedad por pisos). Revista de Derecho Notarial, año 1956, Madrid, págs. 159 y ss.

BATISTA MONTERO-RIOS, José: *"La propiedad horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960"*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año 1960, págs. 703 y ss. *"Comunidad para edificar"*. Revista de Derecho Privado, año 1969, pág. 99 y ss.

BATLLE VAZQUEZ, Manuel: *"La propiedad de casas por pisos"*. Séptima edición revisada y actualizada. Editorial Marfil S. A. Alcoy, 1973.

BONFANTE, Pedro: *"Instituciones de Derecho Romano"*. (Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, revisada por Fernando Campuzano Horma). Tercera Edición. Editorial Reus, 1965.

BORJA MARTINEZ, Manuel: *"La propiedad de casas de pisos o departamentos en Derecho mexicano"*. Editorial Porrúa S. A. México, 1957.

BUEN, Demófilo de: *"Derecho civil español común"*. Segunda edición, (Vol. I). Editorial Reus, 1931.

COLIN Y CAPITANT: *"Curso elemental de Derecho civil"*. (Tomo II, vol. II). Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961.

GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús: *"Causismo y jurisprudencia romana"*. UNED, Madrid, 1973.

GONZALEZ, Jerónimo: *"Propiedad sobre pisos y habitaciones"*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año 1929, Madrid, págs. 71 y ss.

KUNKEL, Wolfgang: *"Historia del Derecho Romano"* (Traducción de la cuarta edición alemana). Editorial Ariel. Barcelona, 1973.

MANRESA Y NAVARRO, José María: *"Comentarios al Código Civil español"* (Tomo III) Séptima edición. Editorial Reus. Madrid, 1952.

FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, Mariano: *"La Ley de propiedad horizontal en el derecho español"*. Segunda edición ampliada y corregida. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.

MAZEAUD, Henry, León y Jean: *"Lecciones de Derecho Civil"*. (Parte II, vol. IV, Derechos Reales principales). Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960.

OGAYAR Y AYLLON, Tomás: *"Nuevo Régimen Jurídico de la propiedad horizontal"*. Revista de Derecho Privado, año 1960, Madrid, págs. 859 y ss.

REFFINO PEREYRA, Virgilio: *"La propiedad horizontal"*. Edit. Claridad. Buenos Aires, 1952.

SAVIGNY, Federico Carlos de: *"De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho"*. Comprendida en la obra *"Thibaut y Savigny. La Codificación"*. (Traducción del alemán de José Díaz García). Ediciones Aguilar, 1970.

VECCHIO, Giorgio del: *"La Justicia"*. Ediciones Góngora. Madrid, 1925.