

16
29



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**PROBLEMATICA DE LA USUCAPION O
PRESCRIPCION POSITIVA EN EL REGIMEN DE
PROPIEDAD EN CONDOMINIO**

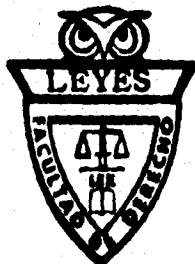
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ADRIANA ALMAZAN JUAREZ



SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

ASESCR: LIC. FERNANDO BARRERA ZAMORATEGUI

CD. UNIVERSITARIA



1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

**LA PROBLEMÁTICA DE LA USUCAPION O PRESCRIPCION POSITIVA
EN EL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO.**

PAGS.

DEDICATORIAS.

INTRODUCCION..... I

CAPITULO PRIMERO:

**"EVOLUCION HISTORICA DE LA USUCAPION Y DEL REGIMEN DE PROPIEDAD
EN CONDOMINIO"**

1.- La Usucapión: Su origen;

- a) La Usucapión en el Derecho Romano..... 1
- b) La Usucapión en el Derecho Francés..... 13
- c) La Usucapión en el Derecho Alemán..... 18

2.- Desarrollo Histórico de la Usucapión o Prescripción Positiva, en el Derecho Mexicano..... 21

3.- Desarrollo Histórico del Régimen de Propiedad en Condominio.....

- a) El Régimen de Propiedad en Condominio en Roma.... 31
- b) El Régimen de Propiedad en Condominio en Alemania. 36
- c) El Régimen de Propiedad en Condominio en España... 43
- d) El Régimen de Propiedad en Condominio en Francia.. 46

4.- Evolución Histórica del Régimen de Propiedad en Condominio en México..... 51

CAPITULO SEGUNDO:

"LA USUCAPION O PRESCRIPCION POSITIVA"

1.- Definición Legal de la Usucapión. Sus modalidades...	57
2.- Características de la Podrdión apta para la Usucapión.....	67
a) Que sea Pacífica.....	67
b) Continuidad en el Tiempo.....	71
c) Publicidad de la posesión.....	90
d) Los elementos "Corpus" y "Animus Domini".....	96
3.- Críticas a la Regulación Actual de la Usucapión.....	101

CAPITULO TERCERO:

"EL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO".

1.- Definición de Régimen de Propiedad en Condominio....	103
2.- Naturaleza Jurídica del Régimen de Propiedad en Condominio.....	109
3.- Regulación del Régimen de Propiedad en Condominio en el Sistema Jurídico Mexicano.....	118
4.- La Propiedad Exclusiva sobre la Casa, Departamento o Local sujeto a Régimen de Propiedad en Condominio.	122
5.- La Constitución del Régimen de Propiedad en Condominio.....	126
a) Sus Requisitos Legales.....	126
b) Sus Modalidades.....	126
c) La escritura de Constitución del Régimen de Propiedad en Condominio.....	128

d) La Inscripción en el Registro Público de la Propiedad.....	131
e) Efectos Jurídicos de la inscripción.....	132
6.- Derechos y Obligaciones de los Condóminos.....	133
7.- Disolución del Régimen de Propiedad en Condominio....	138

CAPITULO CUARTO:

"LA USUCAPION O PRESCRIPCION POSITIVA EN EL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO"

1.- Características de la Usucapión o Prescripción Positiva en el Régimen de Propiedad en Condominio...	139
2.- Problemática de la Usucapión o Prescripción Positiva en el Régimen de Propiedad en Condominio...	143
3.- Efectos de la Usucapión o Prescripción Positiva en el Régimen de Propiedad en Condominio.....	156

CONCLUSIONES.....	158
-------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

Con todo mi cariño a mis padres,
quienes me han enseñado la constancia,
dedicación y la férrea voluntad para
alcanzar mis metas en la vida.

Con sincera gratitud y respeto al Licenciado
Fernando Barrera Zamorategui, profesor y amigo
responsable del presente trabajo.

Con todo afecto y agradecimiento a mis hermanos
Beatriz, Jorge, Josefina y Antonio.

A Héctor por su cariño, paciencia y comprensión.

Y a mis maestros y amigos en general.

INTRODUCCION

La acción formidable e infinita del tiempo, alcanza también al derecho: bajo su amparo nace, se extingue, se modifica o se transforma.

El tiempo es un elemento tan poderoso del cual ningún ser humano puede sustraerse, menos aún el derecho.

Influye tanto sobre el derecho público, como sobre el derecho privado y da nacimiento a multitud de instituciones.

El desenvolvimiento del proceso de la usucapión es muy importante, culminando en el momento en que la posesión triunfante hace sucumbir el dominio del anterior titular para hacerlo nacer en cabeza del usucapiente, y cobra más importancia aún cuando ese proceso se aplica al ámbito de la propiedad de bienes inmuebles.

Durante los últimos años el problema de la propiedad se ha venido presentando en forma constante y las limitaciones son cada día mayores, el estado ha tenido la necesidad de absorber grandes extensiones de la propiedad privada para poder satisfacer las necesidades de la colectividad; esto es, el problema de la vivienda es cada día más grande y se agrava porque el problema de la sobrepoblación ha afectado terriblemente al Distrito Federal.

Frente a la adversidad de estas circunstancias, el derecho de propiedad ha tenido que irse adaptando a las nuevas tendencias, la sociedad ha aceptado favorablemente al régimen de propiedad en condominio, ya que éste permite que sobre una misma superficie se edifiquen varias viviendas, destinadas a la habitación u otros usos.

A partir de los sismos de 1965, el Gobierno del Distrito Federal tuvo la necesidad de expropiar un gran número de hectáreas para poder edificar unidades habitacionales y satisfacer la demanda de vivienda de la capital del país.

La figura de la propiedad en condominio, requiere para su comprensión el estudio de las opiniones teóricas de los grandes juristas, pero también del estudio del resultado de las aplicaciones prácticas que han sido plasmadas en la ley.

La importancia social de que están investidas ambas figuras jurídicas, es tal que me inclino a elaborar el presente trabajo, el cual tiene por objeto hacer el estudio, de dos instituciones de derecho privado, concretamente de derecho civil: la usucapión, y por el otro el régimen de propiedad en condominio.

En el capítulo primero, del presente trabajo se desarrollan los antecedentes históricos de ambas instituciones en los sistemas jurídicos de los países que en su estudio y evolución han sido más representativos.

El capítulo segundo, es un estudio general de la figura de la usucapión, y de la influencia tan extraordinaria que ejerce el tiempo en los derechos reales.

El capítulo tercero, estudia a la propiedad en condominio, con sus muy particulares características que la distinguen de cualquier otra modalidad del llamado derecho real por excelencia: la propiedad.

El capítulo cuarto, consiste en un breve estudio de las hipótesis que se pueden presentar en un condominio, cuando hace su aparición la prescripción positiva.

Este es un trabajo de derecho positivo, que de ninguna manera expone una teoría general sobre la usucapión y el condominio, sino que sus bases, desarrollo y crítica, se refieren exclusivamente a nuestro Código Civil para el Distrito Federal.

Espero que el desarrollo del presente trabajo, aumente el interés de los abogados, en tan nobles figuras jurídicas, lo cual se refleje en una mejor normatividad que rijan a la usucapión y al régimen de propiedad en condominio.

CAPITULO PRIMERO:

EVOLUCION HISTORICA DE LA USUCAPION Y DEL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO.

1.- La Usucapión: Su Origen,

LA USUCAPION EN EL DERECHO ROMANO.

La sociedad sólo puede existir cuando se realizan dos valores: estabilidad y seguridad. Ambos son alcanzados por la prescripción, pues su objeto es sancionar un estado de hecho que se ha prolongado durante más o menos tiempo, cerrando así las puertas a los conflictos que se plantean extemporáneamente.

Obliga así a los titulares de los derechos a comportarse como diligentes padres de familia, a los que coloca en la disyuntiva de conservarlos mediante su celoso ejercicio o de perderlos cuando se abandonan o descuidan. Cobra además interés, por que tienen como base un factor que influye en toda la vida humana y afecta también al derecho: El tiempo.

La doctrina tradicionalmente considera dos especies de prescripción: La positiva, cuyo objeto es adquirir mediante una larga posesión bienes o derechos reales y la negativa o liberatoria, que extingue aquellos derechos (generalmente obligaciones), que no se ejercitan durante un período de tiempo.

La prescripción positiva o usucapión es tan vieja como la humanidad misma. Fue conocida por los griegos y por lo pueblos de oriente. No así la prescripción negativa, que es la creación del Pretor romano. Pero una y otra, positiva y negativa,

adquirieron carácter y función propias bajo el genio romano. En el derecho quirritario, sólo era conocida la usucapión. La *praescriptio longi temporis* y la *praescriptio temporalis* (antecedente de la prescripción negativa), nacen a la vida jurídica como meras excepciones procesales, creadas por el derecho honorario. Más tarde, al desaparecer el derecho quirritario, la usucapión y la *praescriptio longi temporis* se confunden. La *praescriptio temporalis*, en cambio, conservaría siempre el carácter de excepción procesal.

La concepción romana sobre prescripción es certera: los textos, aún hoy, nos explican su naturaleza, ayudan a la interpretación de muchos de sus principios, justifican el que se conserven unidas ambas prescripciones, a pesar de su aparente diversidad. Las modernas tendencias de hacer de la prescripción negativa una institución de carácter general, en cierto sentido, se inspiran en el Derecho Romano.

El Derecho Civil Romano (¹), según la Ley de las XII Tablas, rige sólo para los ciudadanos. Al crecer la población, especialmente por la afluencia de extranjeros a Roma, se fueron creando situaciones que quedaban fuera del derecho quirritario. El Magistrado, Pretor o Edil, como encargado de dirimir las contiendas, se encontró ante este problema: O respetaba el derecho tradicional y no intervenía en los conflictos nacidos de estas relaciones extralegales, con grave peligro del Estado Romano, o bien, daba efectos jurídicos y otorgaba su protección a los contratos, convenios, propiedad, etc., que se encontraban fuera del derecho quirritario, garantizando así, la existencia y estabilidad de Roma.

¹.- Lo relativo al Derecho Romano está inspirado fundamentalmente en lo expuesto por RODOLFO SOHM en la obra Instituciones de Derecho Privado, Madrid 1928; GASTON MAV Elementos de Derecho Romano, París 1935; en menor grado se han consultado: RODOLFO VON IHERING: El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo, Madrid, sin fecha, Editorial Bailly Balthière; J. ORTOLAN: Historia de la Legislación Romana y Generalización del derecho Romano 2ª edición; del mismo autor: Explicación Histórica de las Institutas del Emperador Justiniano, Madrid sin fecha.

Aunque respetuoso de las normas, el Pretor comprendió que debía sancionar determinados actos. Consiente en que tenía la obligación de impartir justicia, en el Imperio mediante el cual imponía sus decisiones y del que se encontraba investido y en el edicto que publicaba al iniciar su gestión; fue así como a poco se formó el derecho honorario, con instituciones ya sea creadas por el genio del Magistrado o simplemente trasladadas del derecho quirritario al pretorio.

Entre estas últimas encontramos la propiedad honoraria, que tenía gran semejanza con la quirritaria, de escasa aplicación, por los requisitos indispensables para su existencia: la propiedad sólo podía ser adquirida por un ciudadano romano, su transmisión debía efectuarse con solemnidad y no todas las cosas eran susceptibles de ser apropiadas, sino únicamente las cosas *mancipi* que se encontraban en Italia. Para los casos en que la propiedad no reunía estos requisitos es decir, cuando las cosas se encontraban en un fundo provincial, el Magistrado creó una especie de propiedad, que con el tiempo rodearía de medios protectores tan eficaces como los del derecho quirritario, entre los que sobresalían los Interdictos y la acción publiciana (acción *re*, persecutoria de la cosa, que no es sino la acción reivindicatoria llevada al campo del derecho pretorio) de tal modo, que esta propiedad pudo invocarse por vía de la acción y de excepción ⁽²⁾.

La distinción entre ambas, se borra con el tiempo. Justiniano las equipara: "...No consentimos que haya diferencia alguna entre los que, en quienes una cosa se halla o nula por derecho de quirites o solamente en sus bienes, porque no queremos que exista semejante distinción, ni la frase "por derecho de quirites" que en nada se diferencia de un enigma... cada cual sea cual pleno ó sino y legítimo dueño, ya del esclavo, ya de los demás bienes..."⁽³⁾.

Una forma similar a la usucapción fue sancionada por el Pretor como apta

².- "...así mismo la publiciana que se da a la manera de la reivindicación.." D. 44.7.35. Las citas de los textos romanos están tomadas de la obra Cuerpo del Derecho Civil Romano, Traducción de Ildelfonso García Corral, 6 tomos.

³.- C. 7.25.1. Véase además G. MAY, op. cit.- pág. 269 y sigtes.

para adquirir mediante la posesión, el dominio de las cosas.

Podía suceder que se ejerciera simplemente un poder de hecho sobre los bienes sin tener ni siquiera la propiedad pretoria, esta situación se prolongaba a veces por muchos años y no encontraba protección, ni en el derecho quiritalio ni en el honorario, quedando el poseedor expuesto, en todo momento, a la evicción. El mismo dueño en un momento, podía carecer de algún título que justificara su carácter. Pareciendo entonces equitativo al Magistrado, cuando a una larga posesión sin vicios, se unía la buena fe y el justo título, que el poseedor pudiera repeler al reivindicante mediante una excepción, que desde luego, no producía los efectos plenos de la usucapón, ya que mediante ella no se adquiría el dominio, en consecuencia, no era persecutoria de la cosa, ni una contradicción directa a las pretensiones del reivindicante y, además se cumplían en un plazo mucho más largo que el de la usucapón, pero evitaba la desposesión.

En suma, la *praescriptio longi temporis* tenía cuatro diferencias fundamentales con la usucapón: (4).

a).-Era una simple excepción procesal que el demandado debía oponer al reivindicante precisamente durante el procedimiento ante el Magistrado y nunca después, puesto que su existencia se debía al Pretor. La usucapón, en cambio, como excepción de derecho civil, se hacía valer de oficio en cualquier estado de la causa.

b).-Por su naturaleza eminentemente procesal, no transfería al poseedor el dominio, careciendo éste en caso de desposesión de una acción persecutoria, en cambio, la usucapón transfería la propiedad quiritalia, era persecutoria de la cosa, pudiendo hacerse valer por la vía de la acción o de la excepción.

c).-La *praescriptio longi temporis* sólo podía oponerse una vez cumplida, la posesión se interrumpía a partir de la *litis contestatio*, en cambio, la usucapón no

4.- Cfr.- G. MAY, *op. cit.* pág. 269 y sigtes.

se interrumpía con la *litis contestatio*, completándose el tiempo necesario para usucapir durante el procedimiento.

d).-Para que la *praescriptio longi temporis* pudiera invocarse, además de una posesión exenta de vicios, con justo título y buena fe, era necesario que se hubiera prolongado durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, por término medio. La usucapición se cumplía en un plazo mucho más breve.

Con el tiempo, estas diferencias desaparecieron, convirtiéndose la *praescriptio longi temporis* en un modo de adquirir la propiedad pretoriana, como mediante la usucapición se adquiría el dominio *ex jure quiritium*. Esta transformación se produjo, como ya he dicho, lentamente: se concedía primero, al poseedor una acción a título de dueño, que le permitía reivindicar la cosa. después; cuando la calidad de ciudadano se hizo extensiva a mayor número de personas y las diferencias entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* desaparecieron, lo mismo que las existentes entre fundos Itálicos y provinciales, ambas, usucapición y *praescriptio longi temporis*, se confunden. Justiniano las equipara (⁵).

Lo que fundamentalmente me interesa hacer notar es que, la excepción dada al poseedor para repeler al reivindicante, era una "*praescriptio*", denominada, para diferenciarla de otras *praescriptiones*, "*praescriptio longi temporis*".

Las *praescriptiones* (⁶), cuya creación y existencia se deben al Pretor, eran *adjectiones*, o sea, una parte extraordinaria de la fórmula que en forma solemne

⁵.- C. 7.31.1 (plazos para inmuebles); véanse igualmente: C. 7.31.2 (plazos muebles); C. 7.31.3 (requisitos de la *praescriptio*: posesión de buena fe, continua, con justo título), C. 7.35.4 (no corre contra los ausentes por causa de la República o por accidente fortuito); C. 7.39.8 (se concede la reivindicación a algunos poseedores), etc.

⁶.- Cfr.- R. SOHM, *op. cit.* pág. 436 y sigtes.

redactaba el Pretor, a las partes que acudían ante él en demanda de justicia (⁷).

La fórmula contenía la designación de un juez, los puntos sobre los que iba a versar el litigio y una orden que daba el magistrado, al juez para que investigase la verdad de lo alegado por las partes, y de esa forma estuviera en condiciones de sentenciar.

Constaba de las llamadas "partes" y "adjectiones". Las partes eran cuatro: *intentio*, *demonstratio*, *condenatio* y *adjudicatio*. Todas podían faltar, excepto la *intentio*, algunas eran propias sólo de determinadas acciones como la *adjudicatio*. Las *adjectiones* o partes extraordinarias de la fórmula, no eran típicas de ninguna acción, podían o no figurar según que, las partes pidieran o no su inserción, eran dos, la *praescriptio* y la *exceptio*, tenían éstas por objeto, introducir flexibilidad en el proceso. Fueron desconocidas en el período de las acciones de la ley, en que la rigidez de la forma y el principio de la unidad del procedimiento, impedían su introducción porque eran circunstancias extrañas, al hecho que motivaba la acción.

La palabra *praescriptio* se supone que está formada de dos términos que significan "lo escrito antes" o "primero" y se llamaba así porque, se colocaba a la cabeza de la fórmula inmediatamente después de la designación del juez y antes de la *intentio*. Las había de tres clases: a favor del actor o *pro-actore*, cuyo objeto era establecer, el carácter con el que la parte demandante actuaba en el juicio, indicando el fin que perseguía, para evitar el efecto extintivo de la *litis contestatio*, a favor del demandado o *praescriptiones pro reo*, que se confunden con las *exceptiones*, de manera que es imposible diferenciarlas, salvo por el lugar en que están colocadas; en general, su objeto es destruir de manera indirecta el derecho del actor y a favor de ambas partes, que precisaban los hechos jurídicos, a los cuales debe referirse el juez, para verificar la *intentio* (⁸).

⁷.- Cfr.- El procedimiento formulario era también creación del Magistrado y había sido reconocido como justicia legítima por la Ley Aebutia en el siglo II a. C.

⁸.- Sólo existen en las acciones en que no hay *demonstratio*, vr. gr. en la *actio praescriptis verbis* de los contratos innominados. G. May, op. cit. pág. 270.

El antecedente de las *praescriptiones* lo encontramos, en el "*prejudicium*" del período de las acciones de la ley, que era una instancia prejudicial, en la que el demandado intentaba probar ciertos hechos que, destruían de manera indirecta, el derecho del demandante; como el antiguo Derecho Romano no toleraba interrupciones, debían alegarse en un juicio especial. Probados los hechos del *prejudicium*, se acudía nuevamente ante el Magistrado quien se negaba a seguir adelante el juicio principal. El pretor vio en estas instancias prejudiciales, un medio de proteger al demandado cuando era injustamente llevado a juicio, por lo que las incorporó al procedimiento formulario, con lo que le dio gran flexibilidad y abrió las puertas de la justicia al demandado, que podía contra-atacar al actor y sentó las bases de la moderna, excepción y del actual juicio, con derechos y obligaciones para ambas partes.

Como ya se ha dicho, con el tiempo, la *exceptio* y la *praescriptio pro reo* se confunden, significando ambas, una sola cosa de manera que, no es necesario que la *praescriptio* figure a la cabeza de la fórmula, basta con que se inserte antes o después de la *intentio* o de la *demonstratio*, pero siempre antes de la *contestatio*, que no tenía lugar sí, los hechos de la *exceptio* eran exactos. Es necesario hacer énfasis en que, siendo creación del Pretor ni la *exceptio* ni la *praescriptio*, salvo casos excepcionales, podían ser invocadas de oficio por el Magistrado, sino que precisamente debían insertarse a petición de los interesados, llamando en su apoyo al edicto que las había otorgado. Las excepciones fundadas en Derecho civil, podían alegarse de oficio por el Magistrado y en cualquier estado de la causa y extinguían el derecho del demandante en su totalidad, sin que, por ningún motivo pudiese resurgir.

Así pues, de acuerdo con esta exposición, la *praescriptio longi temporis*, denominada así para diferenciarla de otras *praescriptiones*, era una excepción de carácter procesal, que se daba al poseedor cuando su posesión era justa, de buena fe, continua y prolongada durante cierto tiempo, que permitía repeler al reivindicante de manera indirecta y sin discutir su derecho. Posteriormente deja de ser una excepción para identificarse con la usucapión.

Ya se ha dicho como encuentra el Magistrado, en la suma de facultades de que estaba investido, la manera de otorgar a estos pactos, efectos jurídicos, sin más limitación de que no contrariasen al Derecho Civil, ni se hubieran celebrado con dolo o para cometer fraudes. A través del edicto, el pretor otorgaba al acreedor una acción, cuya duración era de un año, el mismo tiempo que, permanecía en el poder, que permitía exigir judicialmente, el cumplimiento de la obligación.⁽⁹⁾

El magistrado podía, al asumir el cargo, derogar o modificar las disposiciones de sus predecesores, pero en la práctica, tanto por la bondad de las instituciones como, por conveniencia política, generalmente las revalidaban, agregando únicamente lo que él por su parte prometía, fue así como el edicto adquirió firmeza, especialmente a partir de la Ley Cornelia de 67 A.C. que obligó a los pretores a respetar lo promulgado en los edictos, así se protegió el desarrollo y florecimiento de muchas figuras jurídicas y además se sancionó la función del Pretor.

Pronto las ventajas que reportaba limitar, a cierto tiempo el ejercicio de las acciones, hicieron que el estado romano fijara plazos dentro de los cuales deberían intentarse, a riesgo de perderlas, desaparecieron así las acciones perpetuas. Honorio y Teodocio, establecen como plazos máximos, para el ejercicio de una acción, cualquiera que fuera su naturaleza, los de 30 y 40 años. Justiniano recogió el mismo principio y llama perpetuas a aquellas acciones, cuya duración es de 30 y 40 años, y temporales a las que se deben ejercitar dentro de términos menores.⁽¹⁰⁾

Al limitar el Pretor a un cierto tiempo el ejercicio de una acción, directamente limitaba el derecho, de manera que una vez transcurrido, las obligaciones caían otra vez, en el terreno de la obligación natural, del que habían salido por Imperio

⁹.- Véase igualmente: "...en cuanto a las acciones, dice Cassio, que se debe determinar que las que contengan la persecución de una cosa se den también después de un año y las demás dentro del año..." D. 44.7.35.

¹⁰.- C. 7.39.3.2; C. 7.40.1.1;

del Pretor. El acreedor no podía entonces, compeler jurídicamente al deudor, quien, en caso dado, sí estaba en posibilidad de repelerlo, mediante una "*praescriptio pro reo*", llamada en caso especial "*praescriptio temporalis*", fundada en la negligencia del acreedor, que evitaba la sentencia condenatoria y que en nada se diferenciaba de las otras *praescriptiones pro reo*, a que me he referido con detenimiento al hablar de la *praescriptio longi temporis*.

En resumen, en Derecho romano, especialmente en derecho honorario o pretorio, con el nombre de "*praescriptio*", no se designaba como en la actualidad, un medio de adquirir bienes o bien de liberarse de las obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y con las condiciones exigidas por la ley, sino que así se llamaba a una de las partes extraordinarias de la fórmula que, redactaba el Pretor cuando se acudía ante él en demanda de justicia. Se incluía siempre y únicamente, a petición de las partes; si se hacía a petición del actor, precisaba el carácter con el que actuaba y si, a solicitud del demandado, servía para repeler la acción, evitando la condena mediante una excepción, que de manera indirecta destruía el fundamento de la pretensión del demandante.

La *praescriptio temporalis* era una excepción hecha valer, por el demandado ante el Magistrado, cuando el actor pretendía exigir el cumplimiento de una obligación, pero ejercitaba su acción después del año útil concedido por el Pretor para ello.

La *praescriptio longi temporis* era igualmente una excepción y, como su nombre lo indica, sólo podía invocarse después de un largo tiempo y se aplicaba específicamente a los casos de una posesión prolongada, sirviendo para que el demandado repeliera al reivindicante, cuando éste, tardíamente, ejercitaba su acción.

Así pues, tanto la *praescriptio temporalis* como la *praescriptio longi temporis*, eran meras *praescriptiones pro reo*, que se hacían valer cuando el actor ejercitaba extemporáneamente su acción; desde este punto de vista eran iguales y no existía, por ello, motivo para diferenciarlas.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo y aún dentro del período formulario, pero especialmente después, en el período extraordinario se van diferenciando, hasta convertirse en dos figuras jurídicas diferentes. En efecto, la *praescriptio longi temporis* se asimiló a la usucapción confundiéndose ambas en una sola institución, cuyo objeto era adquirir bienes, mediante una larga posesión. No es figura exclusiva del derecho procesal, sino que abandonando el papel pasivo de mera defensa, de mera excepción, se convierte también, en un medio directo de contra atacar al reivindicante: es acción y excepción. Conservó el nombre de *praescriptio* que nosotros heredamos a través de las legislaciones francesa y española, pero es mucho más técnico el de usucapción, que significa tomar por el uso.

La *praescriptio temporalis*, por el contrario, mantuvo siempre, dentro de Derecho Romano, su carácter de excepción netamente procesal, que servía para rechazar las pretensiones del acreedor que, tardíamente o fuera de los plazos otorgados por el Pretor o por la ley, exigía el cumplimiento de las obligaciones pactadas con el demandado.

Sin embargo, aún dentro del Derecho romano, la *praescriptio temporalis* y la *praescriptio longi temporis*, conservaron un punto de contacto, la *praescriptio lonissimum tempus*, mediante la cual, la acción, cualquiera que fuera su naturaleza, se extinguía una vez transcurrido el plazo, generalmente de treinta años, durante el cual no había sido ejercitada. (11).

Durante la Edad Media, tanto la prescripción positiva, como la negativa caen en desuso. Primero por la invasión de los bárbaros que desconocían la institución, después por influencia del Derecho Canónico, que dio al Derecho Civil una diferente idea de lo que era justo. En materia de prescripción, reguló la duración de los plazos, alargándolos considerablemente, introdujo el elemento "buena fe" en la *praescriptio longissimum tempus*, en tanto que el Derecho Romano no lo pedía sino, para la usucapción, exigió también este requisito en la prescripción negativa,

11.- Véanse las citas transcritas con anterioridad.

pero lo más importante: influyó para que su empleo y aceptación se viera con repugnancia.⁽¹²⁾.

El Derecho Germánico, en menor grado modificará algunos de los aspectos de la prescripción, haciendo así extensiva la calidad de poseedores a los que retienen la cosa en virtud de un acto jurídico y reglamentando lo relativo al registro de poseedores y adquirentes por prescripción, al registro de Inmuebles y derechos reales, etc.

Cabe ahora preguntar si las legislaciones europeas de origen latino, han adoptado la tradición romana. En términos generales, podemos decir que sí, aunque ésta se ha conservado con mayor pureza en la prescripción positiva, debido fundamentalmente, a que siendo una figura jurídica mucho más antigua que la prescripción negativa y de uso más frecuente. Pero además en Derecho Romano se reglamentaron siempre en un mismo tiempo a ambas prescripciones, tanto por tradición, como porque no se hacía una clara y tajante diferenciación entre derecho civil y derecho procesal; al adoptarla las legislaciones europeas, por imitación, quisieron conservarlas unidas, por lo que extrajeron a la prescripción negativa del mero campo procesal en que la colocó el pretor y la trasladaron al Derecho civil, lo que le dio un carácter vacilante y no bien definidos alcances ⁽¹³⁾.

A eso se debe que, en algunas legislaciones la prescripción negativa ataca exclusivamente a la acción, en otras, al derecho sustantivo o bien ambos. Lo que ninguna discute es su necesidad y utilidad. Sus principios han sido adoptados por las más diversas ramas del derecho, tanto público como privado, conociéndose genéricamente con el nombre de prescripción, su función es extinguir aquellos derechos, que los particulares, el Estado o las más diversas Instituciones no usaron, por imposibilidad material o por negligencia, descuido o error, en el plazo

12.- A este respecto puede consultarse de los autores BAUDRY LACANTINERIE y A. TISSIEREL, El Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil; Tomo XXV, pág. 9 y sigtes.

13.- Ib Idem.- pág. 9: "

marcado por la ley.

A veces es necesario que sea invocada por la parte a quien beneficia, en otras ocasiones el juzgador o la autoridad, la invocan de oficio.

LA USUCAPION EN EL DERECHO FRANCES.

El Código Napoleónico, considerado como la fuente principal de nuestro Código, al referirse a la usucapión adopta a su vez las características principales, de la tradición romanística, facultando la adquisición de derechos reales sobre una cosa, y en especial la propiedad de la misma y de sus frutos contra la voluntad de su titular, por medio de la posesión y el transcurso prolongado del tiempo.

Los efectos que el derecho le hace producir a la posesión, ya sea por el interés del propietario a quien se le facilitaría la prueba de su derecho, (Ihering); ya sea por la necesidad de proteger la paz pública contra los actos de violencia (Savigny); ya sea por el interés económico general que, exige que los bienes no permanezcan improductivos; ya sea por el interés de los terceros que, para tratar sobre un bien deben poder dirigirse con toda seguridad al poseedor.

La ley protege más completamente al poseedor de buena fe que al poseedor de mala fe. (14).

Estableciendo en función de estas dos circunstancias, requisitos diversos al poseedor que desea usucapir.

Al igual que en derecho romano, en la legislación francesa, la posesión exige la unión de dos elementos el *corpus* y el *animus*.

El *animus*, en el Derecho Francés, da las siguientes reglas:

El *animus domini* se presume que existe siempre; por lo tanto se presume que todo ocupante, hasta la prueba en contrario, es poseedor y no detentador.

¹⁴.- Cfr.- MAZEAUD JEAN, LEON y HENRY. Lecciones de Derecho Civil, parte 2ª Vol. IV; pág. 126.

El *animus* se aprecia *in abstracto*, por referencia a un ocupante típico, que se encontrará en la misma situación que el ocupante efectivo.

Se presume que se conserva, en el transcurso de la ocupación, el *animus* que se tenía en un principio.

Esa presunción se destruye ante la prueba de una modificación de título proveniente de un tercero o resultante de una contradicción manifiesta con los derechos del propietario.

Mientras que el *corpus* puede ser adquirido y ejercido por medio de otro, el *animus* debe existir en la persona del poseedor; no se admite excepción salvo para el *infans* y el *loco* (¹⁵).

La palabra "usucapión" no se encuentra en las leyes francesas y es poco empleada por los juristas de esa nación (¹⁶), sin embargo algunos de los estudiosos de esta legislación han coincidido en utilizarla, para distinguir en ella a las dos especies de prescripción, entendiéndola a la prescripción positiva o usucapión como la adquisición del derecho por el transcurso del tiempo.

De la usucapión mueble: Se repite a menudo que la usucapión no es útil en Francia, sino respecto de los inmuebles, a causa de la regla: "Tratándose de muebles la posesión vale título", en cuya virtud se adquiere inmediatamente la propiedad de los muebles, sin que haya necesidad de prescripción (¹⁷).

Los redactores del Código Civil francés consagraron en el Título XX Libro III

¹⁵.- Cfr.- CARBONIER JEAN, Derecho Civil, Tomo II, Traducción 1ª de la Edición Francesa por Manuel Mª Zorrilla, Barcelona sin fecha; pág. 245.

¹⁶.- PLANIOL MARCEL, Tratado Elemental de Derecho Civil, Los Bienes, Traducción de José Mª Cajica; pág. 342.

¹⁷.- Cfr.- ibidem.- pág. 346.

a dos instituciones que por error no trataron por separado: la prescripción adquisitiva o usucapón y la prescripción extintiva (¹⁸).

Pese a ello los tratadistas franceses las han diferenciado significativamente, teniendo como reglas comunes lo relativo a la suspensión y a la interrupción del plazo, entre otras; estudiándolas de manera conjunta en el modelo del Código Napoleónico, siendo los doctrinarios quienes de manera enfática las han distinguido una de la otra, entendiendo que si bien existen ciertas similitudes, median entre ambas profundas diferencias que van más allá de sus propios requisitos; de estas resultan las más substanciales en nuestro criterio: que la prescripción positiva conlleva la adquisición de un derecho, teniendo como campo de acción los derechos reales, en tanto que la prescripción liberatoria los extingue y exime al sujeto del cumplimiento de determinada obligación, resultando su campo de acción más amplio.

El derecho canónico introdujo modalidades especiales en esta materia. Así, decidió que una posesión pacífica de treinta años podía hacer adquirir a la Iglesia la cosa perteneciente a un particular, pero inversamente, sólo se podía prescribir contra la Iglesia por cien años. Pero la gran innovación consistió en exigir la buena fe en la posesión durante todo el lapso de prescripción(¹⁹).

Desde el punto de vista moral, la solución parece irreprochable y quizás en ese momento haya tenido su razón de ser como una manera de poner freno a las usurpaciones propias de la época feudal. Pero en los hechos, resulta sumamente inconveniente, ya que la estrictez en cuanto a la buena fe, puede convertir la usucapón en algo inalcanzable, lo que contradice la evidente utilidad que presta la institución.

En resumen, en el antiguo Derecho Francés se habían conservado, en favor

18.- Cfr.- MAZEAUD, *op. cit.*- pág. 196.

19.- Cfr.- PLANIOL MARCEL, *op. cit.*- pág. 346.

de algunos raros privilegiados, prescripciones de cuarenta y de cien años, como ya hemos mencionado, las cuales fueron introducidas por los Emperadores. Siendo, principalmente a la Iglesia y a las comunidades a las que beneficiaban.

Ahora bien, el Código en la actualidad, ha hecho desaparecer todos estos privilegios, por una parte no estableciendo ningún plazo superior a treinta años (art. 2262) y por la otra, declara en el art. 2227, que "el Estado, los establecimientos públicos, y los municipios, están sometidos a las mismas prescripciones que los particulares". (20).

De modo tal que si el poseedor es de buena fe, su interés está protegido ampliamente, con menosprecio del interés del propietario, el cual ha de presumirse negligente, en tanto el desinterés presenciado sobre el bien a usucapir, transcurrido el plazo para la usucapión, sin que el propietario haya realizado ningún acto posesorio sobre la cosa y sin reclamarla.

Además de la posesión *animus domini*, para usucapir, el Derecho Francés establece en tratándose de inmuebles el transcurso de un término, fijando como plazo máximo el de 30 años, mismo que es aplicable para el poseedor de mala fe; no así para el poseedor de buena fe, quien tiene en su beneficio la abreviación del plazo.

Las condiciones requeridas para aprovecharse de la prescripción abreviada son dos: El justo título y la buena fe (7).

El plazo exigido al poseedor de buena fe de un inmueble es solamente de diez a veinte años. Los artículos 2265 y 2266 del Código Civil precisan que el plazo no es sino de diez años si el propietario está domiciliado en la Jurisdicción de la Corte de Apelación donde está sito el inmueble y que es de veinte años, si el

20. - ibidem.- pág. 347.

propietario tiene su domicilio en la jurisdicción de otra corte de apelación (21).

²¹.- Cfr.- MAZEAUD, *op. cit.*- pág. 199.

LA USUCAPION EN EL DERECHO ALEMAN.

En el derecho alemán, dado el sistema registral implantado por el Código de este país, la usucapición tiene un escaso campo de acción ⁽²²⁾.

Sin embargo dentro de este régimen, se contempla la usucapición tabular, mediante la cual el titular puede impugnar la contradicción, entre la situación inscrita y la real. Si omite hacerlo durante un cierto tiempo, su silencio hace triunfar al registro inmobiliario; el titular pierde su derecho, por callarlo; la apariencia se convierte en realidad. Sobre esta consideración jurídica se basa la institución de la usucapición según registro, desarrollada en las Ciudades de Austria y en Hesse ⁽²³⁾. El Código Civil la aceptó derivándola de la posesión por largos años del indebidamente inscrito.

De acuerdo con el art. 891 del Código, el que aparece inscrito en el registro, tiene a su favor la presunción de legitimidad; pero esta presunción es *juris tantum*, de modo que es posible la prueba en contrario por parte del contradicтор del titular inscrito ⁽²⁴⁾.

Ahora bien dentro de este sistema se pueden usucapir aquellos derechos reales que, facultan para la posesión de una cosa o derecho, tales como la propiedad, la superficie o las servidumbres.

Debiendo haber estado inscrito erróneamente como titular, el poseedor de la cosa, durante un plazo de treinta años.

²².- Cfr.- AREAN DIAZ DE VIVAR BEATRIZ, El Juicio de Usucapición, México; pág. 26.

²³.- Citados por MARTIN WOLFF, Derecho de Cosas, Traducción José Puig Brutau, 3ª Edición; pág. 314.

²⁴.- Cfr.- AREAN, BEATRIZ, op. cit.- pág. 27.

A diferencia de la usucapión en el Derecho romano, la cual evoluciono considerablemente en el derecho Francés; en el sistema jurídicoalemán, por lo que se refiere al justo título y la buena fe, ambos son substituidos por el plazo, el cual ha sido fijado en treinta años, siendo este término similar al fijado por el Código Napoleónico para el usucapiante de mala fe, mismo que no está facultado para usucapir en el sistema que ocupa nuestro estudio.

Si bien es cierto que no se exige buena fe, también lo es que se requiere de una posesión en sentido material, esto es, al igual que en la época de los romanos de una posesión *animus domini*.

Como ya señalamos, sólo son usucapibles los derechos que por su contenido facultan para poseer o que gocen de protección posesoria.

Con respecto al poseedor de mala fe, éste se encuentra muy limitado para usucapir y sólo adquiere a los treinta años, cuando prescribe la acción de propiedad contra él ⁽²⁵⁾; esto es que si el propietario legítimo de la cosa no ejercita en el plazo que la ley le concede de 30 años la acción de propiedad en contra del poseedor de mala fe, al concluir ese término el poseedor puede entonces adquirir la propiedad de la cosa.

En el sistema de derecho registral germánico, el adquirente por usucapión tiene que haber estado indebidamente inscrito como titular, durante treinta años ⁽²⁶⁾.

Al mismo tiempo ha de haber tenido la posesión de la finca durante treinta años. Tiene que ser poseedor en nombre propio.

En resumen al perjudicado por una inscripción improcedente, se le concede una pretensión de rectificación, que de proceder concede una pretensión de

²⁵.- Ib idem.- pág. 28.

²⁶.- WOLFF MARTIN, *op. cit.*- pág. 314.

rectificación, que de triunfar, hace cesar la inexactitud del registro: el falso titular inscrito, deja de estarlo. Se trata de una solución justa, pues de otro modo se despojaría con demasiada facilidad al titular verdadero.

Pero las cosas cambian cuando ha pasado mucho tiempo desde la inscripción, en cuyo caso aparece la conveniencia de transformar al falso titular en titular verdadero.

De ahí que el ordenamiento Alemán admita la usucapión tabular. Y según el art. 900 del B.G.B., quien figura en el Registro como propietario de una finca, sin haber obtenido su propiedad, adquiere dicha propiedad si la inscripción ha existido durante treinta años y si durante ese tiempo ha tenido la posesión de la finca en concepto de dueño.

En materia de muebles, se admite la prescripción adquisitiva, estableciéndose un plazo de diez años de posesión, la cual debe ser: a título de dueño y buena fe constante. En el tiempo ulterior, sólo se vicia la posesión si conoce el verdadero estado de propiedad, o sea la negligencia grave no perjudica al poseedor ⁽²⁷⁾.

²⁷.- Cfr.- AREAN, BEATRIZ, op. cit.- pág. 27.

2.- DESARROLLO HISTORICO DE LA USUCAPION EN EL DERECHO MEXICANO.

Como antecedente de la actual, poca o ninguna importancia tiene la legislación relativa a la prescripción que nos rigió durante la Colonia, no tanto porque sus normas, generalmente apegadas a la más pura tradición romana y recogidas en el Fuero de Castilla, en la Nueva Recopilación o en la Novísima, sean pocas o de escasa importancia, sino porque el legislador mexicano, al igual que casi todos los legisladores europeos y americanos, conmovido ante la armonía y perfección del Código de Napoleón, aceptó sus principios, ya directamente, o a través del Código Portugués de 1867 o del Proyecto para Código Civil Español de 1851, olvidando en gran parte, la tradición española.

No se crea sin embargo, que el Código de Napoleón impuso principios diversos a los vigentes en esa época, por el contrario, su mérito verdadero reside en que recogió y sistematizó las principales ideas romanas, dispersas en las Costumbres de París, de Orleans, de Cambrai, de Ludonols, de Bretaña, de Etampes, etc., a las que, revistió de un gran contenido doctrinal. Esta es una de las causas a las que debe su enorme influencia y aceptación: baste considerar que casi la totalidad de las legislaciones europeas y americanas se inspiraron en su texto.

En México, una vez proclamada la Independencia, continuaron en vigor las leyes españolas y únicamente se legisó sobre algunas materias en forma aislada. El Presidente de la República, don Benito Juárez, quiso dar al país un Código Civil mexicano y encargó la elaboración del proyecto a un eminente jurista yucateco, el doctor don Justo Sierra, quien elaboró un proyecto tomando como modelo el proyecto de Código Civil Español de 1851 ⁽²⁸⁾.

²⁸.- En materia de prescripción copia casi literalmente al proyecto español, que es el conocido como "Proyecto García Goyena", véase Proyecto de un Código Civil Mexicano formado por orden del Supremo Gobierno por el Dr. Justo Sierra,

Poco tiempo después de haber concluido su trabajo, el Dr. Justo Sierra; el Presidente Juárez designó entonces a una comisión ⁽²⁹⁾, para que revisara el trabajo del Dr. Sierra. Esta comisión continuó laborando durante el Imperio de Maximiliano y publicó los Libros Primero y Segundo de lo que hubiera sido el "Código Civil para el Imperio Mexicano" ⁽³⁰⁾

Aunque trunco es indudable que es el antecedente directo del Código de 1870, pero desgraciadamente la parte publicada no se refiere a la prescripción.

Una segunda comisión ⁽³¹⁾, al concluir la Intervención francesa, formuló el "Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California", que comenzó a regir el primero de marzo de 1871 y que es conocido generalmente con el nombre de Código de 1870. En su parte expositiva, menciona como fuentes "...los principios del Derecho Romano, nuestra complicada legislación, los Códigos de Francia, Cerdeña, Austria, de Holanda, de Portugal y otros, y los proyectos formados en México y en España, han sido razonadas y al conocimiento de nuestro foro." ⁽³²⁾.

No todos estos ordenamientos influyeron por igual en la redacción y elaboración del Código; es decisiva, como ya he dicho, la del Código francés, la del portugués y la del proyecto español; mucha menor es la importancia del ordenamiento austriaco de 1802, el Código Holandés en sustancia, es reproducción del modelo francés, y en cuanto al de Cerdeña, el Maestro Borja Soriano afirma

Edición Oficial Mexicana, sin fecha.

²⁹.- Tomado de la obra de BORJA SORIANO MANUEL, Teoría General de las Obligaciones, Tomo I; pág. 12.

³⁰.- Este trabajo está publicado en el libro Intitulado Código Civil del Imperio Mexicano, México 1888; un ejemplar se encuentra en la Biblioteca Nacional.

³¹.- BORJA SORIANO MANUEL, op. y pág. cit.

³².- Véase el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, parte expositiva, Tip. de Aguilar e Hijos, México 1879; pág. 4.

que "fue modelado sobre el Código francés, aunque con radicales innovaciones"⁽³³⁾.

En consecuencia, los principios del Derecho Romano son, en realidad, fuente indirecta por lo que a ésta materia se refiere.

En materia de prescripción, este ordenamiento sigue los lineamientos marcados por las leyes francesa y portuguesa, aunque se aparta en algunos aspectos de sus modelos⁽³⁴⁾.

Como gran parte del articulado de nuestro actual Código está inspirado en los Códigos de 1870 y de 1884, es provechosa todavía la consulta de estas fuentes cuando se quiere conocer el origen y alcance de muchos de nuestro textos legales.

Para comprender en algunos aspectos al Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, es provechosa todavía la consulta de estas fuentes cuando se quiere conocer el origen y alcance de muchos de nuestro textos legales.

Esta influencia de las legislaciones y de las doctrinas extranjeras, que encontramos no sólo en materia de prescripción, sino en todo ordenamiento, tanto en los Códigos anteriores como en el vigente ha provocado crítica por parte de los juristas mexicanos, algunas de ellas injustificadas, porque casi siempre nuestros legisladores adoptaron la influencia que creyeron más cercana a nuestro ambiente (preferen doctrinas francesas o españolas), a la vez que las más técnicas y los Códigos mexicanos, han sido guías para los de otros países y pueden citarse como modelos de técnica jurídica.

³³.- BORJA SORIANO, op. y pág. cit.

³⁴.- No exige como requisito para que se realice la prescripción, la buena fe; al referirse al modo de contar el tiempo regula los meses por días naturales.

Nuestro legislador se justifica en los siguientes términos: "Deliberadamente, la Comisión procuró no ser original, porque esta convencida de que en materia legislativa, la invención es peligrosísima y de que los intereses sociales son demasiado respetables para arriesgarlos en un experimento de éxito problemático..."³⁵). Estas palabras, son suficientes para respetar al menos, esta actitud, muchas veces censurada.

Sin embargo, aunque influenciada nuestra legislación por los textos y la doctrina extranjeras; no es copia servil de un modelo, sino más bien, resumen de los principios sustentados por la doctrina o consignados en los ordenamientos y que nuestro legislador consideró como los más apropiados, sea porque se adaptaban mejor al ambiente, sea porque eran más técnicos. Aunque no hemos alcanzado una completa perfección, replto nuestros Códigos significan un adelanto, cuando los comparamos con los de otros países de legislación afín y aún con sus modelos.

Así, por ejemplo, el Código de 1870, se adelantó considerablemente al derecho comparado, al colocar la materia de prescripción dentro del libro de los bienes. Aunque esta innovación es producto de la influencia portuguesa que trata de la prescripción en la parte segunda del Código, intitulada "De la adquisición de los derechos", Título Cuarto, "De los derechos que se adquieren por mera posesión y prescripción", sin embargo, el lugar que ocupa esta materia en el Código de Napoleón, con mejor técnica, incluyeron la prescripción dentro del libro de los bienes, porque consideraron que está estrechamente ligada con la propiedad y sus desmembraciones, y que es contrario a la naturaleza de la institución estudiarla al final de los ordenamientos.

Además, para los Códigos mexicanos, desde 1870, lo que fundamentalmente prescribe es el derecho sustantivo, en tanto que el modelo francés sostiene una posición indecisa, afirmando al mismo tiempo, la prescripción del derecho

³⁵.- Véase la Exposición de Motivos del Código Civil de 1928.

sustantivo y de la acción ⁽³⁶⁾.

El Código Civil alemán de 1898 y posteriormente el Código Suizo de las Obligaciones y de los Contratos de 1911, habrían de sustentar el mismo principio que nuestro Código de 1870, aunque en la materia, especialmente en lo que se refiere a prescripción negativa, es de desarrollo doctrinal más perfecto.

Desde el Código de 1870, los esfuerzos del legislador se encaminaron a igualar el cómputo natural y civil del tiempo. Este esfuerzo es encomiable y constituye un adelanto en relación con muchos ordenamientos del derecho comparado afín.

Por lo que hace al Código de 1928, tanto en materia de menores, cuanto a duración de los plazos, como a tendencias sociales, acepta las teorías más modernas.

Pero haciendo a un lado este problema, que en cierto aspecto es ajeno a este trabajo, podemos resumir, diciendo que el articulado del Código Civil vigente, proviene:

1.- De la doctrina mexicana, que ha sido creada, preferentemente, por la jurisprudencia de la Nación y también a través de la cátedra y de las obras de los juristas mexicanos, sea en trabajos generales de derecho civil, sea en obras aisladas, como monografías, tesis, etc. Si son pocos, relativamente, los artículos de nuestro actual ordenamiento cuyo origen sea exclusivamente producto de la doctrina mexicana, en cambio, la jurisprudencia y la doctrina, especialmente la primera, sí han sido ricas en interpretaciones sobre el alcance de nuestros textos;

³⁶.- Cito entre otros, como ejemplo, el artículo 2262 del Código de Napoleón, que dice: "Todas las acciones tanto reales como personales, se prescriben en treinta años, sin que aquel que alegue a esta prescripción, esté obligado a aportar un título, ni puede oponerse la excepción deducida de la mala fe". MAZEAUD, *op. cit.*- pág. 178.

ésta es una función de acomodamiento de las disposiciones legales a los problemas jurídicos que nos plantea la convivencia.

La jurisprudencia ha ido creándose poco a poco, existía al promulgarse los anteriores Códigos, influyó sobre el vigente y continua formándose.

2.- De la doctrina y la legislación extranjeras, heredadas a través de la repetición de los preceptos de los Códigos Civiles anteriores, o aportada directamente por la Comisión redactora y a la que ya me he referido someramente.

En cuanto a sentido social, de importancia fundamental en materia de prescripción, el Código sigue las corrientes más modernas ⁽³⁷⁾.

Por lo que hace a la prescripción, nuestro legislador ha agrupado la gran mayoría de las disposiciones relativas en el Título Séptimo del Libro Segundo, dedicado a los bienes, colocándola precisamente después de que se han estudiado las diferentes clases que de éstos existen, la posesión, la propiedad y sus desmembraciones, las servidumbres y antes de referirse a los derechos de autor.

Con ello sigue a sus modelos, los Códigos de 1870 y de 1884, que asignaban a esta materia el mismo lugar. La distribución del articulado, en términos generales, es también la misma, aunque el Código vigente ha disminuido notablemente el número de los artículos que tratan de la prescripción ⁽³⁸⁾.

Varias son las causas de este fenómeno y enumero entre ellas las siguientes:

37.- Véase exposición de motivos del Código de 1928.

38.- En el Código Civil de 1870 la materia se distribuía en ocho capítulos con un total de setenta y nueve artículos y en el de 1884, abarcaba también ocho capítulos con setenta y un artículos; en el Código vigente, únicamente comprende seis capítulos con cuarenta y seis artículos.

a).- Varios preceptos han sido trasladados por nuestro legislador a otros lugares del actual ordenamiento, especialmente al capítulo dedicado a la posesión, que antiguamente se incluía, siguiendo al modelo francés, dentro del título de la prescripción y que ahora por su importancia, forma un título especial dentro del libro de los bienes.

b).- Algunos otros artículos de los pasados ordenamientos han sido reunidos en uno sólo del Código vigente.

c).- El legislador de 1928, suprimió algunas de las figuras jurídicas que existían en los cuerpos legales anteriores.

d).- El Código vigente modificó, sustancialmente, el régimen jurídico de algunas instituciones. Tal es el caso de las normas relativas al estado y capacidad de las personas, ya que equipará la capacidad jurídica del hombre y de la mujer y suprimió los grados en la capacidad, estableciendo como lo hace el Código alemán, dos categorías; variando en consecuencia, igualmente, el régimen de los bienes de la mujer en el matrimonio, simplificándolo considerablemente.

Y sin embargo, casi la totalidad de los artículos que integran el título especialmente dedicado a la prescripción, son copia, resumen o modificación de los que figuraban en los Códigos de 1870 y de 1884³⁹, de tal modo, que más de un setenta u ochenta por ciento de las normas que figuran en el título consagrado a la prescripción dentro del actual ordenamiento están inspiradas en los anteriores Códigos.

Las alteraciones, modificaciones o innovaciones que presenta el código

³⁹.- En el Código Civil vigente, únicamente seis artículos no tienen antecedentes claramente establecidos en los pasados ordenamientos, en tanto que veinticinco de los cuarenta y seis que integran este título son iguales a los de los pasados códigos, siete tienen ligeras variantes que en general no alteran su significado y ocho que han sido modificados considerablemente en el cuerpo vigente.

vigente en relación con los de los pasados cuerpos, son de trascendencia, especialmente porque tienden a sistematizar, simplificando y haciendo, de ese modo, más perfecta, técnicamente hablando a esta institución, pero con todo, no ha cambiado el concepto que los legisladores de 1870 y de 1884 tenían de la naturaleza y finalidad de la prescripción.

Entre las innovaciones más importantes que contiene nuestro Código, en relación con los anteriores, figuran:

- a).- Redujo considerablemente los plazos dentro de los cuales se verifique la prescripción.
- b).- La posesión adquirida mediante un delito, empieza a contarse para la prescripción a partir de la fecha en que queda extinguida la pena o prescrita la acción penal.
- c).- La posesión adquirida mediante violencia, cuenta para la prescripción desde el momento en que cesa la violencia (ya sea física o moral) sin necesidad de una previa declaración judicial.
- d).- Una vez consumada la prescripción, el poseedor puede demandar a quien aparezca como propietario de los bienes en el Registro Público de la Propiedad para que el juez declare que ha adquirido por prescripción. La sentencia le servirá de título de propiedad y puede inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.
- e).- El tiempo necesario para prescribir será aumentado en dos terceras partes, si se demuestra, que el poseedor no ha cultivado la finca o no ha hecho reparaciones al predio urbano durante el tiempo en que haya poseído.
- f).- En materia de incapacitados y menores: suprimió las reglas conforme a las cuales de la edad del menor dependía si corría o no

determinado prescripción en su contra, y las de restitución del tiempo corrido, para ello divide a los menores en dos grandes categorías: aquellos a los que se les ha discernido la tutela y aquellos a los que no se les ha discernido; sólo para los primeros corre la prescripción. Los menores tienen acción contra sus tutores cuando por culpa de éstos no se interrumpe la prescripción.

Cabe ahora preguntarnos si las normas que comprenden el capítulo de la prescripción, son permisivas o supletorias, prohibitivas o preceptivas, o bien imperativas.

Contribuyendo la prescripción a realizar valores tan importantes para el conglomerado social como son la estabilidad y la seguridad de la propiedad y de las relaciones contractuales, no es de extrañar que sus normas sean preceptivas, no pudiendo, en consecuencia, los particulares eximirse de su observancia, ni alterarlas o modificarlas, sino en aquellos casos en que expresamente la ley lo permite, de manera que "las disposiciones relativas al tiempo y los requisitos necesarios para la prescripción, sólo dejarán de observarse en los casos en que la ley prevenga expresamente otra cosa..." (40).

La sanción establecida por la ley para aquellos actos que, realicen los particulares, contraviniendo las disposiciones que rigen en materia de prescripción, está determinada por las leyes prohibitivas o preceptivas; ordinariamente la ley prohibitiva es impulsada por un interés general, de orden público, esto es, tiene por objeto la protección del orden jurídico y asume un carácter rígido e inflexible, imponiendo la pena más grave de que puede disponer: la nulidad.

Otras veces, la violación es más leve, los intereses en juego son particulares y se refieren a determinadas personas, que son en sustancia los verdaderos jueces del daño que resienten por la violación; en este caso, la ley no quiere sustituirse a la voluntad privada, procurando evitar en cuanto es posible esa situación; siendo

40.- Artículo 1150 del Código Civil.

la nulidad en ocasiones un mal en la vida jurídica y una causa de perturbación en las relaciones económicas; tenemos entonces la anulabilidad, misma que se debe invocar por la parte que, ve afectados sus intereses por este tipo de violaciones, las cuales al iniciar este párrafo denominamos como leves.

Finalmente, puede tenerse una prohibición instruccional, que toma la figura de una exhortación y que se confía para ser respetada, al interés y a la moralidad de las partes, o bien al deber del cargo del empleado, así que la violación es posible de una sanción disciplinaria. A veces, la ley se contenta con una pena en contra de los transgresores sin atacar o suprimir el efecto del acto prohibido.

Como se observa tenemos, pues, un tratamiento gradual, o sea, nulidad, anulabilidad, eficacia con pena y eficacia pura, según la importancia de la prohibición (41).

Debo agregar, únicamente, que los actos jurídicos que realicen los particulares contrariando las normas relativas a la prescripción, en términos generales, son nulos, o como generalmente se les conoce en nuestro medio, están afectados de nulidad absoluta, siendo la anulabilidad, la excepción dentro de este principio.

Es importante, igualmente hacer notar que la nulidad puede no afectar al acto en su totalidad, sino sólo a aquella o aquellas partes contrarias a los preceptos de la prescripción.

41.- Cfr.- FERRARA, Teoría del Negocio Ilícito en el Derecho Italiano, citado en el libro de BORJA SORIANO MANUEL, op. cit.- págs. 209 a 218.

3.- Desarrollo Histórico Del Régimen de Propiedad en Condominio.

EL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO EN ROMA.

Los orígenes del condominio en Roma son un tanto oscuros. En la doctrina más moderna priva la opinión de que tal origen debe encontrarse en la comunidad familiar derivada de la muerte del padre de familia; como esta comunidad de bienes se demostró útil en ciertas ocasiones, posteriormente se admitió que también se podía establecer, dicha comunidad por convenio o contrato entre varias personas. En su última etapa y tal como ha llegado a nosotros a través del *Corpus Juris*, el condominio es un derecho real que recae sobre toda una cosa, pero por una parte indivisa. De esta manera, cada uno de los condóminos podía disponer libremente de su parte indivisa, con lo cual, el derecho romano puso más el acento en la protección del interés individual de los copropietarios que en el interés del grupo social ⁽⁴²⁾.

El primitivo régimen patriarcal supone formas de utilización comunitaria de los bienes, siquiera esa comunidad queda limitada a las personas que integran un determinado clan o linaje, en que, bajo la autoridad del patriarca rige un sistema de igualdad entre todos ellos. Las tierras y los rebaños pertenecen al clan, y de esta forma, las relaciones entre los distintos clanes propietarios se ajustan más bien a la técnica de las relaciones internacionales que a la de las relaciones privadas. A través de una serie de federaciones, impuestas por la necesidad de asociación y de defensa, así como por las exigencias de las nuevas formas de cultivo, surgen de una parte, los Imperios, y de otra, las ciudades ⁽⁴³⁾.

⁴².- Cfr.- BORDA GUILLERMO, Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, 4ª Edición, pág. 456.

⁴³.- Cfr.- DE COSIO Y CORRAL ALFONSO, Instituciones de Derecho Civil, Tomo II; pág. 62

Los primeros, resultado de las necesidades de organizar el régimen de los regadíos mediante la realización de obras ingentes en los grandes ríos, terminando por convertir esa propiedad comunal en un patrimonio exclusivo de los reyes sacerdotes, del que lo súbditos se convierten en meros usufructuarios, a cambio de muy pesadas cargas.

Las ciudades surgen para amparar los derechos de los grupos que las integran, contra los ataques exteriores de fuerzas extrañas, y al constituir unidades de poder político, destruyen, como un obstáculo para la apetecida unidad, la cohesión interna de los grupos menores que las integran, favoreciendo para ello el nacimiento de la propiedad privada, tal como se nos ofrece, constituida por ejemplo, en las formas del viejo Derecho quiritario (⁴⁴).

En relación con el Derecho romano, se conocen algunos textos del Digesto, particularmente, que muestran la existencia de esta especie de propiedad, aunque se considere que esta institución no era muy frecuente (⁴⁵).

Al tratar este tema, Eugene Petit (⁴⁶), advierte que el régimen de comunidad, crea entre los que lo ejercen, obligaciones que nacen *quasi ex contractu*, casi fuera de toda convención; agregando que las cargas son las mismas para todos, como aquellas que resultan del contrato de sociedad, aun cuando no tienen similar importancia.

Unas aparecen necesariamente como resultado de la indivisión, y las otras que tienen una naturaleza accidental, pueden o no producirse (⁴⁷).

44.- Idem.

45.- Cfr.- DE PINA RAFAEL, Elementos de Derecho Civil Mexicano; pág. 123.

46.- Cfr.- PETIT EUGENE, Tratado Elemental de Derecho Romano, Traducción por José Fernández Glez.; pág. 449.

47.- Idem.

Lejos de encontrar en los fragmentos del Digesto frases que corresponden a una propiedad ilimitada hasta el cielo y el centro de la tierra, podemos encontrar preceptos y definiciones de una relatividad sensata y adecuada a las necesidades de la vida, en virtud del principio *Omne quod inoedificatur solo cedit*. "todo lo que se edifica cede al suelo", se entendía que las construcciones levantadas sobre un terreno eran cosas incorporadas a éste y debían considerarse como accesorias; "Las cosas del mundo exterior sobre las que recae directamente el derecho de propiedad, han de presentar un cierto grado de independencia y sustantividad para que pueda ser posible su aprovechamiento íntegro por el titular y la exclusión de cuantas personas pretendieran invadir su esfera jurídica" (48).

De la naturaleza del derecho de propiedad se deriva que, un dominio plural sobre una misma cosa no puede existir; plural, no en el sentido de formas diversas de propiedad, como eran por ejemplo, la quiritaria y la bonitaria del Derecho Romano, sino en el sentido de varias propiedades iguales e igualmente plenas sobre la misma cosa.

No es posible, conceptualmente, que la misma cosa sea objeto de pleno dominio por más de un titular, dado lo absoluto del señorío y el poder de exclusión que lleva añejo.

Es posible solamente, que el derecho corresponda a varios por partes, es decir, por cuotas. Esta es la idea expresada en un texto famoso de las fuentes romanas que señala el punto de partida de las varias teorías romanísticas y civilísticas sobre el condominio (49).

En los tiempos de Augusto, la división de casas por pisos o por

48.- BORJA MARTINEZ MANUEL, La Propiedad de Pisos o Departamentos en Derecho Mexicano, 2ª Edición; pág. 17.

49.- MAGALLO9N IBARRA JORGE MARIO, Instituciones de Derecho Civil, Tomo IV; pág. 415.

departamentos se practicaba en Roma y se consideraba, que entre los ciudadanos pobres y los ricos hay una clase media que sólo habitan casas de las que son propietarios y que miran con horror el hecho de ser inquilinos. Para evitar esa humillación, se reunían tres o cuatro de ellos, a fin de adquirir una casa, cuya propiedad se dividían, a uno la planta de recepción, a otro el primer piso, a otro el segundo y así sucesivamente.

En lo que podríamos considerar el condominio romano, al igual que en la sucesión, se impuso la idea de la extensión potencial, del derecho de cada cotitular sobre toda la cosa y que su división en cuotas, era solamente un efecto de la concurrencia de varias personas titulares del derecho de propiedad. De este concepto surgió el derecho de acrecer, por el que, si por cualquier circunstancia un condómino abandonaba o renunciaba a su cuota-parte, los otros se beneficiaban con la porción del renunciante que venía a acrecentar sus partes.

Un ejemplo de este resultado, nos lo ofrecen las fuentes que expresan que, si el esclavo común era manumitido por uno de los condóminos no se hacía libre, pues se lo consideraba abandonado por el manumitiente, y su parte acrecía a favor de los demás. Justiniano, obrando a favor de la libertad, dispuso que el magistrado podía compeler al condueño que se hubiera beneficiado con la manumisión a vender su parte y a dar la libertad al esclavo⁵⁰.

La síntesis esquemática de los caracteres que hemos destacado en la materia de la copropiedad romana, se encuentra en los siguientes elementos:

Cada uno de los condóminos:

- a).- Es propietario de una cuota ideal del todo, abstracta e indivisa.
- b).- Tiene derecho a percibir los frutos de la cosa, en proporción a su cuota.

⁵⁰.- Ib idem.- pág. 417.

- c).- Puede disponer libremente de su parte, y aún gravarla o bien enajenarla.
- d).- Para disponer de la cosa por entero, necesita el consentimiento unánime de todos los condóminos.
- e).- Puede solicitar en cualquier momento, ejerciendo la *actio communi dividendo*, la partición del bien común, y la adjudicación de su respectiva cuota.

Ahora bien, aquellos que descartan su existencia, basan sus opiniones en descartar la posibilidad de la división de casas por pisos, como consecuencia del principio *superficie solo cedit*, y que no podemos encontrar, en el Derecho romano el origen de esta modalidad en la propiedad de pisos diferentes, fue preciso que, la evolución jurídica siguiera su camino a través de los siglos, antes de llegar a la llamada indivisión forzosa y a las legislaciones que, sobre tal base reglamentan el dominio de pisos y habitaciones. Respecto a los actos de simple uso, que son solidarios, y los de administración, cada condómino puede realizarlos por sí mismo, en tanto otro no se lo impida, de hecho, prácticamente se requiere el consentimiento preventivo de todos (⁵¹).

51.- Cfr.- DIORS, Derecho Privado Romano, 8ª Edición; pág. 184.

EL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO EN EL DERECHO ALEMÁN.

Se discute si en el antiguo derecho germánico regía el principio romano de *accesión, superficie solo cedit*. En los pueblos primitivos que, disponen de grandes extensiones de tierra donde, cada familia puede levantar su tienda o constituir su choza, la unión del albergue con el suelo es circunstancial, y la propiedad se refiere directamente a los objetos transportables (maderas, pieles, telas).

Los materiales empleados en la habitación siguen siendo de un dueño, cualquiera que sea la condición del suelo, y el edificio construido en propiedad ajena, lejos de pasa a ser en todo caso una parte accesoría de la tierra, alcanza en ocasiones la categoría de cosa principal ⁽⁵²⁾.

Desde el siglo XII se puede seguir en las ciudades alemanas, el derecho de albergue y la propiedad de pisos y habitaciones con varias nomenclaturas, que respondía a una división efectiva del dominio, consagrada más por una tenaz intuición que por una costumbre jurídica. Contra ella combatían el concepto romano de la propiedad, cada vez más extendido, los principios fundamentales de los nacientes libros hipotecarios, las disposiciones de la policía urbana, la reglamentación de los impuestos y las codificaciones prusiana, sajona y austriaca, que se negaron a reconocerla.

La discusión entre los jurisconsultos se transformó en una verdadera batalla entre romanistas y germánicos durante el siglo XIX. Savigny, en su tratado de la posesión y en el de obligaciones, declaró, refiriéndose a las fuentes y sin grandes explicaciones, que la propiedad de los pisos era un imposible jurídico. Wachter le siguió sin molestarse en combatir las opiniones contrarias. Zaun defendió el concepto unitario de la propiedad y el principio de accesión como postulados de

52.- Cfr.- GONZALES JERONIMO, Propiedad sobre pisos y habitaciones, citado por MANUEL BORJA MARTINEZ, op. cit.- pág. 27.

la lógica jurídica, y Arnold afirmó que el apotegma *superficies solo cedit* es tan natural, que más o menos se imponía a la conciencia de todos los pueblos, y en fin, Girtaner y Bechmann mantuvieron la opinión de que una parte del edificio no puede pertenecer a otra persona que al propietario del solar, aunque no elevaron esta afirmación a la categoría del principio dictado por el derecho natural ⁽⁵³⁾.

Existía la comunidad de tipo germánico, llamada también comunidad "en manos reunidas" (de la expresión alemana *zugesamnten hand*), es una comunidad que se calificó de tipo colectivístico, y se caracteriza esencialmente por la ausencia de la cuota.

Esta comunidad, de origen familiar contempla una relación única de la cual son cotitulares, sin asignación de cuotas, todos los participantes. La consecuencia más saliente es que, al faltar la cuota, ninguno de los participantes puede ceder o enajenar su propio puesto en la comunidad.

De lo cual, debemos entender que el condominio alemán tuvo su origen, en la comunión que se verificaba naturalmente entre los componentes de la familia a la muerte del jefe. Pero en esa forma típica del derecho germánico actual que se llama la *gesamnte hand*, se ha mantenido la predominancia del interés colectivo sobre el individual de una manera notable. A la inversa de lo que ocurre en el condominio del tipo germánico, los miembros de esa propiedad en mano común o *gesamnte hand*, no podían disponer de su cuota ni grabarla ni tampoco pueden reclamar la disolución de la comunidad. En realidad, no existen tampoco los comuneros. En definitiva, aunque esta comunidad no sea propiamente una persona jurídica, en la práctica viene a comportarse como tal ⁽⁵⁴⁾.

Los derechos anteriores, conocían una propiedad de pisos, derivada del derecho alemán antiguo; los diferentes pisos de una casa o incluso habitaciones

53.- Cfr.- BORJA MARTINEZ MANUEL, *op. cit.*- pág. 27.

54.- Cfr.- BORDA G. A. *op. cit.* 547.

aisladas o sótanos pueden ser propiedad de diferentes personas; a la vez existía una propiedad común sobre las escaleras comunes, buhardillas y cimientos.

Esta institución florecía especialmente en el derecho germano en Baviera y en Wairttenberg. En Alemania subsisten las propiedades de pisos existentes al entrar en vigor el Código Civil, pero no pueden constituirse otras nuevas. Sólo por derecho territorial, pueden crearse todavía copropiedades genuinas en el edificio con derechos de uso, reales y exclusivos de los diferentes copropietarios, sobre determinadas partes del edificio ⁽⁵⁵⁾.

La propiedad colectiva en Alemania, asume formas y contenidos diversos, según los tipos de organización, pero ofrece siempre, como carácter fundamental, en que mientras la cosa pertenece a varios conjuntamente, a ninguno de los miembros corresponde la propiedad de una cuota, ya sea real, ya sea intelectual. Es en suma, la mano común una copropiedad sin ideal división, en la cual cada partícipe tiene un derecho parcial de goce, sin que le corresponda señorío alguno sobre parte determinada de la cosa, ni real, ni ideal, en tanto dura la comunidad ⁽⁵⁶⁾.

De lo cual se deriva que, mientras en lo que se ha denominado el condominio del Derecho romano, corresponde a cada uno para la efectividad de sus cuotas la acción de división (*actio communi dividendo*), en ésta falta tal acción porque también faltan las cuotas.

En resumen en el antiguo derecho alemán, como al actual derecho inglés; se daba el caso de que edificios u otras instalaciones, árboles y arbustos, y también partes de edificios, fueran propiedad de una persona distinta del propietario de la finca.

⁵⁵.- Cfr.- WOLFF MARTIN. *op. cit.*- pág. 599.

⁵⁶.- RUGGIERO ROBERTO DE, *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción de la Edición Italiana por Ramón Serrano Suñer, Tomo I.; pág. 584.

Adquirió sobre todo importancia práctica la llamada propiedad por pisos, surgida en parte como resultado de las particiones de herencias, y en parte de la necesidad, sentida en las ciudades donde la falta de terreno imposibilitaba la construcción de nuevas casas, de proporcionar a los habitantes las ventajas jurídicas y sociales que lleva consigo la posición de propietario.

Ante las dificultades que se oponían a una partición horizontal del edificio, esta forma se concebía como una combinación de la propiedad separada sobre las partes habitables, con la copropiedad de las escaleras comunes, patios y cimientos.

En diversas partes de Alemania la institución sobrevivió a la recepción y existía aún cuando entró en vigor el Código Civil, el cual no aceptó esta institución. Aunque según el artículo 192 se conservan las propiedades de pisos ya existentes, no se permite la instauración de nuevos casos; el artículo 131, abre a los derechos particulares, la posibilidad de substituir la propiedad de pisos por una "propiedad de pisos en sentido impropio", en forma de una auténtica, aunque irrevocable copropiedad en el edificio con exclusivos derechos reales de uso de los distintos copropietarios sobre determinadas partes del edificio; pero sólo Württemberg Baden ha hecho uso de esta posibilidad en fecha reciente y durante unos pocos años. Durante decenios enteros parecía que la institución estaba condenada a desaparecer ⁽⁵⁷⁾.

Ahora bien la ley distingue entre propiedad de la vivienda y propiedad parcial, según el fin o utilidad a que se destine la parte del inmueble que, ha de ser objeto de propiedad separada. Cuando éste esté destinado a habitación se está en presencia de propiedad de la vivienda, y hemos de hablar de propiedad parcial o separada, cuando el fin a que esté destinado sea diverso; siendo ésta la única diferencia entre ambas denominada indistintamente por los doctrinarios como propiedad de la vivienda.

⁵⁷.- Cfr.- WOLFF MARTIN. *op. cit.*- pág. 618.

Las características que de esta modalidad se pueden destacar, es que contiene el derecho de dominio pleno y exclusivo, en lo referente a la propiedad separado sobre una determinada habitación y un dominio compartido en lo referente a las partes del inmueble que constituyen un patrimonio común, poseído en copropiedad por los diversos propietarios de vivienda del inmueble.

Este derecho de dominio, no debe afectar la integridad y utilidad del inmueble entero, la propiedad separada de otros copropietarios o bien aquello que pertenezca a la propiedad común, que es aquella sobre la cual tienen derecho de uso y de dominio limitado todos los propietarios de que se trate, formando parte éstas de la copropiedad.

En esta legislación, lo referente a los inmuebles y dado el sistema registral que predomina, este régimen de propiedad, el cual en su evolución se separó un tanto de la tradición romanística se conforma de dos modalidades en la propiedad: la correspondiente a la propiedad de vivienda o propiedad parcial y la de vivienda o propiedad parcial y la correspondiente a la pluralidad de propietarios; ambas en un mismo bien inmueble, dentro del cual existen áreas pro-indiviso y áreas independientes o separadas.

La propiedad de vivienda es fundada:

- 1.- Por contrato entre los copropietarios (con un mínimo de dos). Requisito para ello es que exista ya (o se cree a este fin) una comunidad por cuotas sobre la finca.

Cada uno debe hacerse cargo al menos de una cuota, unida a una propiedad separada; puede también unir en su mano varias de estas cuotas, sin que por ello queden fundidos en una unidad. No es necesario que las cuotas sean iguales ⁽⁵⁸⁾.

58.- ib idem.- pág. 622.

- 2.- O bien, por declaración unilateral de partición hecha por el anterior propietario único de la finca, y dirigida a la oficina del registro, para la declaración y la inscripción respectiva

Correlativamente, las disposiciones sobre la constitución contractual, producen el efecto de la partición de la finca en las partes previstas en la declaración y en el plan de partición, aunque estas partes quedan en manos del anterior propietario hasta que son enajenadas ⁽⁵⁹⁾.

El propietario de vivienda tiene la libertad de disponer libremente de su propiedad separada, pudiendo poseerla personalmente o cediendo ese derecho a otro; el cual podría a su vez hacer uso de la propiedad común, la puede vender libremente o bien gravarla.

A los derechos de los propietarios de vivienda se contraponen deberes, destinados a la conservación de la comunidad de propietarios. Se refieren no sólo a la propiedad común, sino también a la separada, pues también los restantes propietarios están interesados en la conservación de la sustancia de aquélla. Por consiguiente, el propietario de vivienda está obligado frente a los demás ⁽⁶⁰⁾:

- a).- A mantener en buen estado las partes del edificio que están bajo su dominio.
- b).- A usar con el debido miramiento la propiedad separada y la común, no utilizándolas de modo contrario a los intereses de todos.
- c).- A contribuir proporcionalmente a sufragar las cargas que pesen sobre la propiedad común.

⁵⁹.- Cfr.- PLANIOL MARCEL, *op. cit.*- pág. 253.

⁶⁰.- Cfr.- WOLFF MARTIN, *op. cit.*- pág. 625.

Este régimen únicamente puede ser disuelto, por un acuerdo unánime de todos los titulares de los correspondientes derechos reales ⁶¹).

⁶¹.- Cfr.- PUIG BRUTAU JOSE, Fundamentos de Derecho Civil, Tomo III, Vol. I; pág. 128.

EL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO EN ESPAÑA.

El doctor José Brugada Lanzas después de advertirnos que "se ha pretendido encontrar ciertos destellos de la institución en el Fuero Juzgo y en los Fueros Viejos", afirma que existe un fragmento de las partidas que sí presenta semejanza con la regulación actual de la institución, este fragmento es el siguiente: "Torre o casa, u otro edificio cualquiera habiendo muchos aparceros de so vena si estuviere malparada de guisa que se quisiera caer, e alguno de los compañeros haciendo gelo saber primeramente tenidos son todos los otros cada uno por su parte detornarle las misiones que despendio a pro de aquel lugar".

"Esto debe ser cumplido fasta quatro meses del día que fue acabada de lavor, e les fue demandado que gelo pagassen. E si assí non lo fizlessen pierden las partes que avían en aquellas cosas dofizieron la lavor, e quitas aquel que las reparo de lo suyo. Pero si este que face la lavor lo ouisse fecho as male fe, non lo faziendo saver a sus compañeros: más reparando, o labrando el logar que avía con los otros, o faziendo y alguna cosa de nuevo en su nome assí como si fuesse suya, debe perder entonces las misiones que fizo en luor, e lo que es y labrado de nuevo debe fincar comunalmente a todos los compañeros" (62).

Se esboza ya, la posibilidad de que un edificio pertenezca en partes a diversos titulares sin configurar una comunidad simple. La voz aparcerero debe entenderse en su sentido etimológico, derivado del latín, *ad, partarius, de pars, pactis*, parte. O sea, que la propiedad se atribuía a diversos dueños, ordenándoles obligaciones de conservación y sostenimiento.

En opinión de algunos, en esta disposición, se trata de un caso de copropiedad. Como dice el enunciado que coplamos en párrafos anteriores, el supuesto de la ley se refiere a que una persona tenga con otra su edificio "en común". La simple etimología de la palabra aparcerero no basta para considerar que

62.- Citado por BORJA MARTINEZ MANUEL, *op. cit.*- pág. 30.

la propiedad se atribuía, por partes distintas a diversos dueños, sino que creemos que, el edificio pertenecía pro indiviso a todos los copropietarios. Don Joaquín Escriche, en su Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, al referirse a la palabra "edificio" se ocupa por separado del caso a que venimos haciendo referencia, y del supuesto en que "los diferentes altos o pisos de una casa pertenecen a diversos propietarios..." (63) quedando así manifiesto que se trata de hipótesis diversas.

Batle Vázquez, apunta la posibilidad de que en el siglo XVII se conociese la propiedad por pisos, aunque hace notar, que de existir no era muy generalizada. Don Félix Álvarez Cascos, en su estudio sobre "El Condominio de casas divididas por pisos en Santander" nos hace saber, que desde el último tercio del siglo XVIII, ya se vendían, se permutaban, se hacían objeto de hipotecas, y de los mismo actos y contratos que ahora, pisos, bodegas y buhardillas, con independencia de la casa a que correspondía (64).

Joaquín Escriche estudia en una forma más amplia que el mismo Código de Napoleón, la propiedad por pisos al examinar la palabra "Edificio", en esta reglamentación había de fundarse más tarde la reforma al Código Civil y a la Ley Hipotecaria de 1939 (65).

El proyecto de Código Civil de 1851 en su artículo 521 reguló el caso inspirándose en las disposiciones del Código Francés, aunque introduciendo ligeras modificaciones inspiradas. Al entrar en vigor el Código de 1888, su artículo 396 reprodujo casi literalmente el 521 del proyecto de 1851, modificando sólo algunas palabras y agregando otras. Pero en la colocación del precepto se introdujo un cambio de importancia.

63.- Idem.- pág. 33.

64.- Citado por BORJA MARTINEZ MANUEL, op. cit.- pág. 30.

65.- Idem.- pág. 33.

El proyecto de 1851, al igual que su antecedente francés, coloca un artículo que habla de la propiedad por pisos, en el capítulo II sección IV, denominada "De la servidumbre de Medianera". el Código de 1888, en el Título III "De la comunidad de bienes" (⁶⁶).

En general la propiedad horizontal en el Derecho Español, basa sus principios en el Código de Napoleón.

⁶⁶.- El estudio de este punto está basado en la obra de Manuel Borja Martínez, op. cit.

EL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO EN FRANCIA.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Español, la legislación francesa, tiene antecedentes muy claros en lo referente a este tipo de propiedad.

El artículo CCLVII (215 de la primitiva redacción) de la costumbre de Orleans del año 1509 dice: "Si una casa está dividida de tal manera que uno tiene el bajo y el otro el alto, el que tiene el bajo está obligado a sostener y conservar lo edificado por debajo de la primera planta junto con el del primer piso, y el que tiene el alto está obligado a sostener y conservar la cubierta y lo edificado bajo ella hasta dicho primer piso, juntamente con las carreras del pavimento de éste, si no hay convención en contrario. Serán hechas y mantenidas, a expensas comunes, las aceras que están delante de las referidas casas" ⁽⁶⁷⁾.

El artículo 116 de la costumbre de Auxerres ⁽⁶⁸⁾ del año 1581 dice: "Entre varias personas a una de las cuales pertenece la parte baja y a la otra la de encima, aquél, a quien pertenece la parte baja está obligado a mantener todo el bajo de la muralla o tabique, de tal manera que la parte alta se pueda sostener encima y está obligado a hacer el piso sobre de él de vigas pequeñas y de argamasa; y el que tiene la parte de encima está obligado a hacer otro tanto en lo alto, y a de tal modo embaldosar y mantener el piso sobre el que camina que el de abajo no sufra daño.

Son éstos los antecedentes más remotos que, en cuanto a reglamentación de este tipo de propiedad se conocen, y son ambos artículos un ejemplo de la existencia de la propiedad por pisos, tanto en los usos, como en la legislación de la sociedad francesa.

67.- Cfr.- Manuel Borja Marín, op. cit.- pág. 24.

68.- Idem.

Antes de la Revolución francesa, la copropiedad por pisos no era usual, sino en Grenoble y en Rennes ⁽⁶⁹⁾: En Grenoble, porque la ciudad, encerrada entre dos torrentes, carecía de espacio y obligaba a la construcción de varios pisos, de elevado costo.

En Rennes, porque a consecuencia de un incendio, que devastó la población en el siglo XVIII, los propietarios urbanos, malparados por el siniestro, tuvieron que reunirse para construir mediante gastos en común.

Ahora bien, hemos de decir que Grenoble ha sido desde hace mucho tiempo, por lo que ya se mencionó, el dominio de elección de la copropiedad, en razón del hecho que, la ciudad se encuentra encerrada en un cerco de murallas. Fue necesario pues, construir a lo alto y la división de casas por pisos llegó a ser general ⁽⁷⁰⁾.

Razón por la cual la legislación contemplaba y regulaba específicamente este tipo de propiedad, confiriéndole derechos y obligaciones a cada uno de los propietario en común. Con el tiempo las murallas que rodeaban la ciudad desaparecieron; pero esta transformación no trajo la supresión del antiguo uso, y muchas casas nuevas son divididas como las antiguas. Ahora bien, los empresarios que las construyen por especulación, encuentran más fácil venderlas por pisos que en un solo lote, factor que determinó la continuidad en su existencia, así como su evolución.

En Nantes, la división de casas por pisos tomó una importancia muy grande y fue reglamentada cuidadosamente por la costumbre escrita local, conocida con Uso de Nantes ⁽⁷¹⁾.

⁶⁹.- Cfr.- MAZEAUD, op. cit.- pág. 45.

⁷⁰.- Cfr.- BORJA MARTINEZ MANUEL, op. cit.- pág. 25.

⁷¹.- Cfr.- DE PINA RAFAEL, op. cit.- pág. 124.

En Rennes, el 22 de diciembre de 1720, se declaró durante cinco días, un incendio, el cual destruyó treinta y dos calles y ochocientas cincuenta casas, ocho hectáreas de la ciudad fueron devastadas y ocho mil familias se encontraron sin abrigo, habiendo perdido la mayoría de los pobladores, la totalidad de sus bienes (72).

Los habitantes de Rennes ante esta eventualidad, tuvieron la idea de agruparse para reconstruir; reunieron los recursos que les quedaban, e hicieron edificar casas con gastos comunes: cada uno llegaba a ser propietario de un piso o de una fracción de la casa en proporción de su aportación.

Llegada la época de la codificación, había que recoger en el articulado de las nuevas leyes fundamentales este especial régimen de la propiedad, el cual hasta entonces se encontraba desenvuelto de forma esporádica en usos y ordenanzas de carácter meramente local.

El Código de Napoleón no se substraigo a esta exigencia y rindió culto a la institución, inspirándose, principalmente, en la Costumbre de Orleans (73), que había tenido una gran difusión y que tuvo la fortuna de contar como comentarista al más grande de los juristas franceses del siglo XVIII, Roberto José Pothier, que tanto influjo ejerció en la redacción del *Code*.

En el Código civil francés se introdujo una breve disposición, ante la observación de los tribunales de apelación de Grenoble y de Lyon, y porque Bigot de Préameneu (74), era de Rennes (población a la que hemos ya hecho referencia). El artículo 664 se limitó a regular, en ausencia de convenciones, la carga de la construcción y de las reparaciones de las diversas partes del inmueble.

72.- Cfr.- BORJA MARTINEZ, *op. cit.*- pág. 25.

73.- PLANIOL y RIPPERT, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Tomo III, Traducción José M^o calja; pág. 253.

74.- Cfr.- MAZEAUD, *op. cit.*- pág. 44.

Este Código reglamentó, en el artículo 664, la repartición de las obligaciones y gastos, entre los propietarios de los pisos. Pero las reglas establecidas sólo se aplican a falta de convenio en contrario, porque casi todas las ciudades donde se practica la división de las casas por pisos, hay usos locales y una jurisprudencia especial (⁷⁵).

Acercándonos a la época actual, podemos mencionar también que, este tipo de propiedad prolifera de manera más extensa, desde la guerra de 1914 la crisis de la habitación inmobiliaria, produjo la construcción de casas con propiedad dividida por pisos (⁷⁶).

La crisis de la vivienda, que se padece duramente hoy en los grandes centros poblados, posee varias causas, mismas que resultaría ocioso referir, sin embargo, cabe mencionar que en este País, 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.

Por otra parte, al haberse mantenido muy bajo el tipo de alquileres, mientras aumentaba el impuesto territorial y el costo de las reparaciones, los capitalistas se resisten a invertir sus fondos en casas de renta, en cuanto a los que son propietarios de ellas, tratan de venderlas.

Actualmente no se construye o no se compra más que para habitar. 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.

Algunos autores desean que el derecho francés abandone el sistema

⁷⁵.- PLANIOL y RIPERT, *op. y pág. cit.*

⁷⁶.- *Cfr.*- MARCEL PLANIOL. *op. cit.*- pág. 253.

anárquico de la Indivisión para adoptar el régimen alemán de la *gesamte hand* o propiedad en mancomún. Este régimen, sin convertir la Indivisión; la cosa común constituye una especie de patrimonio independiente del de sus miembros, y su enajenación no puede efectuarse sino por acuerdo de todos, la noción de cuota parte indivisa no existe, ninguno de los copropietarios tiene el derecho de enajenar o el de gravar la cosa incluso por una parte indivisa (⁷⁷).

Aunque no todos los países del mundo civilizado se dejaron influir por el Código de Napoleón, en esta materia, y algunos como Alemania y Suiza rechazaron la institución, ésta tuvo acogida en otros cuerpos legales en Italia, España, Ecuador, Panamá, Honduras, Venezuela, Japón y Grecia, por ejemplo, así como en México, donde actualmente ha encontrado una reglamentación amplia y eficaz.

En la actualidad puede decirse, que la propiedad por pisos o propiedad horizontal, es una institución generalmente admitida en todos los pueblos civilizados (⁷⁸).

⁷⁷. - Cfr.- MAGALLO IBARRA. *op. cit.*- pág. 421.

⁷⁸. - Cfr.- DE PINA RAFAEL. *op. cit.*- pág. 124.

4.- EVOLUCION HISTORICA DEL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO EN EL DERECHO MEXICANO.

En nuestro régimen jurídico, condominio o propiedad horizontal es el nombre que se ha dado a esta modalidad de la propiedad (⁷⁹).

Si tomamos el término modalidad en su sentido amplio, es decir, no referido al plazo o a la condición, a la carga, o al modo, sino que lo hacemos en la forma más correcta que emplea el artículo 27 constitucional, al declarar que la propiedad privada puede sufrir las modalidades que dicte el interés público, comprenderemos que en la vida moderna, aún cuando también tuvo sus raíces históricas, se ha puesto de moda la llamada propiedad por pisos, en donde el dueño de cada piso no es dueño íntegro del terreno sobre el cual se levanta el edificio, ni de las paredes maestras, ni de los pasillos, ni de los elevadores, ni en fin, de todo este conjunto de cosas comunes que le dan servicio a esta especial forma de condominio.

En la República, realizada la Independencia, dada la amplitud del territorio y la escasez de población, no era fácil que se presentara, la necesidad de dividir las casas por pisos.

Nuestro Código Civil de 1870, grandemente influenciado por el de Napoleón, se ocupó por primera vez del problema en su artículo 1120, tomado del 521 de García Goyena, inspirado a su vez en el 664 CN. El Código Civil de 1884, en su artículo 1014 lo reproduce textualmente, y lo coloca también en el capítulo denominado "De la servidumbre de medianería" del título "De las servidumbres" del

⁷⁹.- Cfr.- ROJINA VILLEGAS. Derecho Civil Mexicano, Tomo III, 7ª Edición; pág. 365.

libro que habla "De los bienes, la propiedad y sus diferentes modificaciones" ⁽⁸⁰⁾.

En este Código de 1870 ⁽⁸¹⁾, encontramos el artículo 1120 que dice:

- 1.- 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 sus pisos;
- 2.- Cada propietario costeará el suelo de su piso;
- 3.- El pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía comunes a todos, se costearán a prorrata por todos los propietarios;
- 4.- La escalera que conduce al piso primero, se costeará a prorrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo; la que desde el piso primero conduce al segundo, se costeará por todos excepto los dueños del piso bajo y primero, y así sucesivamente.

En el libro segundo, título tercero del Código Civil de 1870, se consagra su capítulo primero a señalar disposiciones de la propiedad en general. Dentro de ellas ⁽⁸²⁾, dedica dos preceptos concretos a la materia de la indivisión en los siguientes términos:

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

⁸⁰.- Citado por DE IBARROLA ANTONIO, Derecho Civil, cosas y Sucesiones: pág. 417.

⁸¹.- BORJA MARTINEZ, op. cit.- pág. 43.

⁸².- MAGALLON IBARRA, op. cit.- pág. 422.

indivisible.

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

Las normas antes transcritas, se encuentran reiteradas en el mismo número y título que corresponden al Código Civil de 1884, con la única diferencia de que en el tercero de dichos preceptos, que en este Ordenamiento ⁽⁸³⁾, les corresponden los numerales 733, 734 y 735, se agrega: "...es nula si no se hace con las mismas formalidades que para su venta exigen los artículos 2921 y 2924".

El Código de 1884, en su artículo 1014, reprodujo el 1120 del Código de 1870, copiándolo textualmente y colocándolo en el mismo libro, título y capítulo que este último ⁽⁸⁴⁾.

Es evidente pues, que el legislador del siglo pasado, siguiendo el criterio romano individualista que se había transmitido al Código Civil de los franceses, no se ocupó de normar el hecho específico de la copropiedad, sino solamente el tener presente la modalidad singular de la Indivisión, que afectaba su libertad como propietario de un bien. De ahí que se ocupó de declarar que no se le podía mantener indiviso, a menos que por la misma naturaleza o por determinación de la ley, el dominio fuere indivisible; agregando la previsión para los casos en los que los bienes no admitieran cómoda división.

Ahora bien aún cuando la división de un inmueble era poco frecuente en esa época es innegable el beneficio que la influencia de la doctrina francesa benefició profundamente la redacción de nuestro primer Código Civil, misma que en materia de propiedad en condominio se vio reproducida en el Código de 1884.

⁸³.- Cfr.- ib. Idem.

⁸⁴.- Cfr.- BORJA MARTINEZ, op. cit.- pág. 45.

En el año de 1953 el señor licenciado Gustavo R. Velasco había formulado un Anteproyecto de reformas al artículo 951, según el cual adicionaría el Código Civil con 28 artículos, de 851a al 951z, reglamentándose así la Institución; estos artículos estaban inspirados en las leyes sobre la materia de Bélgica, Brasil, Italia, Chile, Francia, España, Uruguay, Argentina y Alemania.

El Anteproyecto del licenciado Velasco, reformado y adicionado por la Secretaría de Gobernación, estuvo a punto de ser enviado a las Cámaras; sin embargo, al prevalecer la opinión de que debía ser estudiado con más detenimiento, por lo que fue aplazada su eventual aprobación.

En septiembre de 1954, el mismo señor licenciado Gustavo R. Velasco, redactó un nuevo Proyecto, que constaba de cinco capítulos y 39 artículos, en el que tomó en cuenta, además de las legislaciones antes citadas, las de Cuba y Panamá, así como las observaciones que a su Anteproyecto de 1953 habían formulado la Secretaría de Gobernación, el Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, la Comisión de Cooperación Judicial, y el doctor don Manuel Borja Soriano.

Este Proyecto fue el que con, algunas modificaciones, presentó el Poder Ejecutivo a la Cámara de Senadores el 22 de octubre de 1954.

El Senado de la República, en sus sesiones del 4, 9, y 10 de noviembre de 1954, se ocupó del Proyecto de ley enviado por el Ejecutivo, haciéndole algunas reformas en los puntos tocantes a bienes comunes, derecho del tanto y la sanción impuesta al condómino que reiteradamente no cumple con sus obligaciones.

La Cámara de Diputados, en su sesión celebrada el 16 de noviembre de 1954, aprobó la minuta del Proyecto de ley enviado por el Ejecutivo, con la minuta del Proyecto de "Ley Sobre el Régimen de Propiedad y Condominio de los Edificios Divididos en Pisos, Departamentos, Viviendas y Locales", aprobada por la Cámara de Senadores, así como el Proyecto de reformas al artículo 951 del Código Civil

(85).

Esta ley estaba comprendida por siete apartados los cuales se dividían de la siguiente forma:

LEY SOBRE REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO DE LOS EDIFICIOS DIVIDIDOS EN PISOS, DEPARTAMENTOS, VIVIENDAS O LOCALES.

(Publicada en el Diario Oficial de 15 de diciembre de 1954 y fe de erratas de 11 de enero de 1955).

Capítulo I. Del régimen de la propiedad y condominio.

Capítulo II. De los bienes propios y de los bienes comunes.

Capítulo III Del administrador y de las asambleas.

Capítulo IV. Del Reglamento de Condominio y Administración.

Capítulo V. Gastos, obligaciones fiscales y controversias.

Capítulo VI. De los gravámenes.

Capítulo VII Destrucción, ruina y reconstrucción del edificio.

Siendo este el surgimiento de una nueva reglamentación del Régimen de Propiedad en Condominio, lo que dio la pauta para la modernización de nuestra legislación en lo concerniente a la propiedad, cabiendo hacer notar lo atinada que fue la creación de éste ordenamiento.

85.- Datos tomados de la obra del maestro ROJINA VILLEGAS, op. cit.- págs. 367 y sigtes.

CAPITULO SEGUNDO:

LA USUCAPION O PRESCRIPCION POSITIVA.

1. DEFINICION LEGAL DE LA USUCAPION. SUS MODALIDADES.

La Doctrina, históricamente ha aceptado la existencia de dos modalidades en la usucapición; nuestro ordenamiento jurídico no se sustrae al conocimiento de ambas, y da las base para su conocimiento y diferenciación, al efecto hemos de mencionar que el Código Civil en el título séptimo del libro segundo se refiere a la prescripción, y permite ubicar lo que algunos juristan han coincidido en llamar usucapición ordinaria y usucapición extraordinaria.

La diferencia fundamental entre ambas radica en que la usucapición ordinaria contiene requisitos más rígidos y específicos en comparación con la extraordinaria; de manera general, la usucapición ordinaria exige los requisitos de la buena fe y del justo título que no son precisos para la usucapición extraordinaria. De ahí que la duración o permanencia temporal de la situación posesoria sea superior en la extraordinaria que en la ordinaria.

Previo al estudio de fondo de estas dos modalidades de la usucapición, las cuales también son llamadas de buena fe o de mala fe; he considerado prudente hacer un breve análisis de la forma en que el Código regula a la prescripción, ello en virtud de que en nuestro ordenamiento, la usucapición no aparece regulada como tal, sino que se encuentra en el articulado respectivo que regula a la prescripción, lo cual me motiva de origen a hacer una pequeña diferenciación entre las formas que de esta figura jurídica nuestro ordenamiento considera, que a saber son la prescripción positiva y la prescripción negativa, hecho lo cual procederé entonces al análisis de la usucapición, su definición y las modalidades que de ella contempla la Legislación Civil Mexicana.

Como señalamos nuestro legislador, agrupó en el Título VII del Libro Segundo las normas relativas a la prescripción, a la que considera una institución, cuyas especies son la prescripción positiva y la prescripción negativa, de ahí que las defina y estudie en forma simultánea, y que preceda a la reglamentación especial o particular de cada una de ellas, un capítulo de reglas generales, cuya aplicación no siempre es común para ambas prescripciones.

Aunque el legislador mexicano, al estudiar conjuntamente a la prescripción positiva y a la negativa, sigue a su modelo, el Código de Napoleón y a casi todo el derecho comparado afín, sin embargo, con ello contraría a la doctrina que, en su inmensa mayoría y a partir de Pothier, ha considerado que la prescripción positiva y la prescripción negativa son dos instituciones diferentes, con efectos jurídicos totalmente opuestos, que no tienen más elemento común que el tiempo, concluyendo, que su reglamentación en los ordenamientos debe hacerse en forma separada ⁸⁶).

Si la doctrina, como he dicho, generalmente considera a la prescripción positiva y a la prescripción negativa como dos instituciones diversas, cabe, en consecuencia, preguntarnos a qué se debe el que nuestros legisladores, tan conocedores de la teoría, las conserven unidas.

Pero no es sólo por simples razones prácticas o de tradición. Aunque la reglamentación de la prescripción positiva y negativa se hace en forma simultánea, sino que ambas tienden a una única e idéntica finalidad: la de alcanzar la seguridad jurídica y la paz social, sancionando una situación de hecho, que se ha prolongado durante un determinado tiempo y que, a virtud de ello y por imperativo legal, se convierte en una situación de derecho.

Esta finalidad las une, las caracteriza y diferencia de otras instituciones jurídicas y, sobre todo, justifica el que se conserven unidas en los ordenamientos.

⁸⁶.- POTHIER, Tratados de la Posesión y Prescripción, pág. 5.

Pero volvamos al Código Civil; nuestro legislador al considerar a la prescripción como una institución, inicia su estudio definiendo en forma simultánea, tanto a la prescripción positiva, como a la prescripción negativa, en los términos siguientes:

"La prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de las obligaciones por el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley..." (artículo 1135 del Código Civil).

"La adquisición de bienes en virtud de la posesión se llama prescripción adquisitiva; la liberación de obligaciones por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa..." (artículo 1136 del Código Civil).

Estos dos preceptos, en sustancia, son iguales a los relativos de los Códigos de 1870 y de 1884 ⁽⁸⁷⁾ y están inspirados, por no decir que son casi una traducción literal de los artículos 2219 del Código de Napoleón e inciso único del artículo 505 del Código Civil portugués de 1867 ⁽⁸⁸⁾.

Es indudable, sin embargo, que es en materia de obligaciones en donde encuentra mayor aplicación la prescripción negativa y que, hasta la fecha, el delimitar el campo de aplicación de la prescripción es un delicado problema no resuelto, en su totalidad, por la doctrina.

Pero hagamos el análisis de la definición contenida en los artículos 1135 y 1136 del Código:

1.- La prescripción es un "medio".

a).- De adquirir bienes (cosas o derechos) y se llama entonces

⁸⁷. Véanse los artículos 1165 y 1166 del Código de 1870, reproducidos en los números 1059 y 1060 del de 1884.

⁸⁸. BRAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, Tratado Teórico y Práctico de Derecho civil, Tomo XXV: págs. 17 y sigtes.

prescripción positiva; o bien,

- b).- De liberarse de obligaciones, denominándose en este caso prescripción negativa.

2.- La prescripción se realiza:

- a).- De los bienes, mediante su posesión a título de dueño y de manera pacífica, pública, continua, prolongada durante el tiempo señalado por la ley:
- b).- De las obligaciones, cuando no se exige su cumplimiento dentro del tiempo fijado por la ley y en las condiciones establecidas por ella.

Nuestro Código, en consecuencia, siguiendo a su modelo el Código de Napoleón, considera, según he dicho, dos especies de prescripción: La positiva o adquisitiva y la negativa o liberatoria.

La prescripción es entonces, uno de tantos modos o maneras, mediante los cuales se adquieren bienes o se extinguen obligaciones, al igual que otros medios de adquisición o de extinción, como los testamentos, los contratos, la declaración unilateral de la voluntad, etc., y se caracteriza, primero, por su limitación, ya que por la prescripción sólo pueden adquirirse bienes, cosas o derechos, mediante su posesión a título de dueño y únicamente pueden extinguirse las obligaciones cuando no se exige su cumplimiento y, segundo, porque esta adquisición o liberación se realiza a través de un hecho que no interviene en ningún otro de los medios o maneras de adquisición de bienes o de liberación de obligaciones: el tiempo, que distingue y caracteriza a esta figura jurídica.

La prescripción positiva de los bienes, en consecuencia, supone la existencia de una posesión a título de dueño, de un poder de hecho sobre una cosa, o como

dice Savigny, de "un estado de hecho que da a una persona la posibilidad física, actual y exclusiva, de realizar en una cosa, actos materiales de goce, de uso, de transformación o consumo como si fuera su propietario" ⁽⁸⁹⁾.

De manera que por este medio sólo pueden adquirirse los derechos reales: la propiedad y sus desmembraciones, usufructo, uso y habitación, algunas especies de servidumbres, y, en ciertos casos, los derechos de autor.

En consecuencia, la prescripción positiva y la prescripción negativa, tienen como base, una conducta humana, pero no cualquier conducta, elemento que no es exclusivo de la posesión ni de la obligación, sino que es el objeto mismo del derecho, sino que se refiere a una conducta determinada, que han de observar poseedor y dueño del predio, acreedor y deudor, conducta relevante para el derecho y que entraña la creación de situaciones jurídicas concretas.

Dicho lo cual, entremos pues al análisis de la usucapión, la que llamaré también prescripción positiva, de manera indistinta en el desarrollo del presente trabajo.

La actitud del poseedor en la prescripción positiva, se caracteriza porque efectúa actos positivos de uso, de goce, de transformación o consumo de la cosa como si fuera su propietario, pero puede, asimismo, realizar actos negativos, no únicamente se ostenta como dueño, sino que deja a los demás, los terceros, de que hablan Planiol y Ripert, le imputen un carácter que no correspondía a la realidad jurídica. Por lo que hace al propietario de la cosa, particular o Estado, su conducta es siempre negativa, no hace nada que impida la consumación de la prescripción o por lo menos, no encauza sus actos por el camino del derecho, impidiendo jurídicamente su realización.

Pero no basta que exista posesión e incumplimiento, es necesario, además, que esta situación se prolongue durante un tiempo determinado para que la

⁸⁹. Citado en ROJINA VILLEGAS, op. y pág. cit.

prescripción se consume, poseedor y deudor mientras ésta no se verifica, tienen una mera expectativa, no un derecho, en cualquier momento, dueño o acreedor pueden emplear el arma formidable de la justicia y con ello interrumpirán su curso.

La protección sólo nace, cuando ha transcurrido el plazo, cuya duración fija el legislador a su arbitrio. Su límite es, sin embargo, la tranquilidad social: unos plazos demasiado largos, hacen nugatorio el beneficio de la prescripción, unos demasiado cortos, ponen en eminente peligro la estabilidad de la comunidad; el plazo largo, protege al propietario o al acreedor, los plazos cortos hablan de un legislador que vela por los intereses de la parte considerada económicamente débil y que merece mayor protección: del poseedor en contra del propietario, del deudor en contra del acreedor.

Sin embargo, aún cuando una posesión se prolongue durante mucho tiempo puede no ser apta para adquirir el dominio, pues la posesión, debe, además, reunir los requisitos que fija el artículo 1151 del Código Civil: ser en concepto de propietario, pacífica, continua y pública.

Pero, además, el curso de la prescripción no debe estar suspendido o interrumpido por alguna de las causas que señalan los artículos 1166, 1167, y 1168 de nuestro ordenamiento civil sustantivo.

Pero aún más, el Código completa su definición en los siguientes términos: "... sólo pueden prescribirse los bienes y obligaciones que están en el comercio, salvo las excepciones establecidas por la ley ..." (artículo 1137 del Código Civil).

Las cosas que se encuentran fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley. Por su naturaleza, están fuera del comercio, aquellas cosas que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, como el aire, el sol, la lluvia, etc. Por disposición de la ley, aquellas que ella declara irreductibles a propiedad individual como las afectas a un servicio público, las de uso común, el patrimonio de familia y otras cuya enajenación prohíben leyes especiales (véanse los artículos 747, 748, 749 y 770 del Código Civil).

Una vez cumplida la prescripción, se adquiere el dominio de las cosas o se libera uno del cumplimiento de las obligaciones. Es decir, el poseedor se convierte en propietario, la cosa entra a formar parte de su patrimonio, en lo futuro, nadie puede disputarle esta calidad, ya que lo protege una forma especial distinta del contrato, de la sucesión, del convenio, de la declaración unilateral de la voluntad, pero apta como ellos para transferir el dominio.

En nuestro derecho, sólo puede renunciarse a la prescripción ya ganada, pero no al derecho de prescribir para lo sucesivo (artículo 1141 del Código Civil), es decir, la prescripción no puede renunciarse por anticipado, sino que es necesario que ésta se haya consumado.

Admitir que la posesión le permite al poseedor de adquirir la propiedad a expensas del verdadero propietario choca con la equidad, al menos cuando el poseedor sabe que no es el propietario. Por eso, los redactores del Código Civil tuvieron muy en cuenta la moralidad del poseedor. Distinguen entre su buena o su mala fe.

Es de buena fe el que ha creído adquirir del verdadero propietario; es de mala fe el que sabe que no tiene sus derechos del propietario. Si es verdad que uno y otro pueden llegar a ser propietarios, los requisitos de plazo, exigidos para la adquisición de la propiedad, son más rigurosos cuando el poseedor es de mala fe; que tan sólo, al cabo de algunos años se convierte en propietario el poseedor de mala fe; ya que el interés económico quiere que los bienes no queden en el abandono durante lapso tan largo ⁽⁹⁰⁾.

Cuando la posesión no le haya llevado a adquirir la propiedad al poseedor: éste, cuando sea de mala fe, debe restituir tanto la cosa como los frutos que haya percibido: el poseedor de buena fe sólo está obligado a restituir la cosa, pero conserva los frutos.

⁹⁰. - Cfr.- MAZEAUD, *op. cit.*- pág. 135.

Ahora bien, si como hemos dicho, es poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer. También lo es el que ignora los vicios de su título, que le impiden poseer con derecho. El poseedor de mala fe es aquel que entra a la posesión sin título alguno para poseer, lo mismo que el que conoce los vicios de su título que le impiden poseer con derecho. Debe entenderse por título, a la causa generadora de la posesión. (91).

El código favorece con una presunción al poseedor, pues la buena fe se presume siempre; al que afirme la mala fe del poseedor le corresponde probarla.

En consecuencia diremos que existiendo un justo título, la buena fe consiste en la ignorancia del poseedor de los vicios de su título.

Si se repula de buena fe a aquel que tiene la creencia de ser el señor exclusivo de la cosa. Debe tratarse de una creencia sin duda alguna, lo que significa que si el poseedor tuviese dudas acerca de su derecho, no se lo repula de buena fe. Ya que la duda en un término medio entre la buena fe u la mala fe, debe tratarse de una creencia seria y fundada, por ello la falta de título excluye la buena fe, porque nadie puede creerse seriamente propietario de la cosa si no tuviese justo título para ello siendo entonces la buena fe una falsa creencia de ser poseedor legítimo de la cosa (92).

Basta que la buena fe exista en el momento de la adquisición, por consiguiente el conocimiento posterior que el poseedor tenga de la falta de derechos de su enajenante para transmitir la propiedad, no lo perjudica (93).

Si como hemos afirmado para que exista la buena fe es necesaria una ausencia total de vicios en la posesión; corresponde ahora analizar a esos llamados

91.- Cfr.- DE IBARROLA ANTONIO. *op. cit.*- pág. 501.

92.- Cfr.- BORDA G. A. *op. cit.*- pág. 321.

93.- *Ib. Idem.*- pág. 322.

vicios de la posesión, que no son otra cosa que, ciertas maneras de ser de la posesión, que la privan de surtir sus efectos normales.

El Código no habla de ellos sino que habla de las cualidades que debe tener la posesión, en su artículo 1151:

"La posesión necesaria para prescribir debe ser: I. En concepto de propietario; II. Pacífica; III. Continúa, y IV. Pública."

Basándonos en este precepto⁹⁴) podemos definir desde luego, cuáles son los vicios de la posesión:

- a).- La discontinuidad en el tiempo. El poseedor debe ejercitar sobre la cosa una posesión continuada.
- b).- La violencia. El poseedor no puede apoderarse por la fuerza del bien poseído. En consecuencia es posesión pacífica aquella que se adquiere sin violencia, entendiéndose por violencia, como la fuerza de que se usa contra alguno para obligarlo a hacer lo que no quiere, por medios a los que no puede resistir.
- c).- La clandestinidad. Es el vicio que afecta a la posesión que se disfruta ocultamente.
- d).- El equivoco. Se presente en la posesión de una persona, de la cual se ignora si la está llevando a cabo por su propio derecho o en alguna otra forma.

Con esta breve mención de los llamados vicios de la posesión concluyo el estudio en lo general de la usucapción, y doy paso al análisis de cada uno de los requisitos que ha de reunir la posesión que ha de ser apta para la usucapción.

⁹⁴.- DE IBARROLA ANTONIO, *op. cit.*- pág. 527.

2.- CARACTERISTICAS DE LA POSESION APTA PARA LA USUCAPION

Por características debemos entender a aquellas cualidades que debe contener la posesión que es el elemento primordial en la usucapion a fin de que esta sea eficaz para usucapir; éstas características son:

A) Quo sea pacífica.

Empezaremos al estudio de ésta característica diciendo, que si bien el fundamento de la protección posesoria no descansa únicamente en la represión de la violencia, si es cierto que, en principio, la violencia contradice el espíritu que inspira el régimen jurídico de la posesión. El respeto a la posesión, con una limitación quizá excesiva de la autodefensa y el acercamiento y facilitación de los medios jurisdiccionales de actuación, son ideas y fórmulas organizativas de la convivencia al servicio de la tranquilidad en las relaciones entre los particulares; de la seguridad privada podría decirse, aunque esta seguridad siempre trasciende los puros intereses privados para encarnar un valor ciudadano y social.

Precisamente la anteposición de la paz a otros fines trae consigo el amparo de quienes en un determinado momento se encuentran en una situación de tenencia o disfrute, prescindiendo de si les asiste o no derecho para ello. El ordenamiento jurídico, en materia de posesión convoca reiteradamente a los particulares para que acudan a los tribunales. El discernimiento ante ellos de cualquier cuestión supone un conflicto, una contienda⁹⁵.

Posesión pacífica es la que se adquiere sin violencia, a este respecto debe agregarse que también mantiene esa característica, el que la defiende repelendo

⁹⁵.- Cfr. HERNANDEZ GIL ANTONIO, La Posesión como Institución Jurídica y Social; pág. 386.

una agresión injusta ().

La represión de la violencia, que cuenta de manera muy importante, tanto en el fundamento de la posesión como en su régimen jurídico, no puede operar, sin embargo, de manera limitada. "La posesión violenta es una *contradictio in terminis*"⁹⁶). Con violencia no se adquiere ni se pierde la posesión.

De ella misma o de ella sola no cabe derivar efectos favorables para quien la produce, la doctrina tiende a dejar al poseedor a salvo de la violencia. La represión de la violencia se da dentro de unos límites y a través de los derechos conferidos al perjudicado. El acto violento excluye la posesión para el que lo comete y no afecta a la posesión perturbada. Pero esto es así con subordinación a determinadas circunstancias concernientes al comportamiento, y no de manera definitiva o indefinida.

El requisito básico indispensable para que la posesión sea pacífica es que no haya mediado violencia. Pero como la violencia no se da respecto de la propia posesión, sino respecto de la posesión de otro, es necesario que en la adquisición no haya intervenido la violencia. Ahora bien, dado que la violencia por sí sola no actúa como modo de adquirir, en rigor, lo que ocurre es que falta la posesión.

A su vez también, es posesión pacífica aquella que, habiendo comenzado con un acto violento, ha experimentado la sanción derivada de la pérdida de la posesión por el despojado en virtud de la posesión del año y día del que actuó en contra de la voluntad del antiguo poseedor.

Se ha suscitado el problema de si la posesión pacífica es la posesión no violenta, o bien, si aun sin haber mediado violencia, puede haber una posesión no pacífica.

⁹⁶.- Cfr.- MAGALLON IBARRIA, *op. cit.*- pág. 198.

⁹⁷.- HERNANDEZ GIL, *op. cit.*- pág. 391.

En el primer caso habría reciprocidad estricta: posesión no pacífica. En el segundo caso cabría la posibilidad de una posesión, al mismo tiempo, no pacífica y no violenta.

Suele entenderse como posesión pacífica, desde este punto de vista más amplio, la que no lesione el derecho de otro poseedor. Esto es posible a los efectos de la usucapión, en la medida en que la ley no se limita a considerar contrario a la posesión sólo el acto estrictamente violento, sino también aquel realizado sin o contra la voluntad del poseedor.

En la legislación española por ejemplo, el artículo 444 incluye entre los actos que no afectan a la posesión los "meramente tolerados". Mientras los clandestinos y los violentos, también comprendidos en el artículo de referencia, tienen sus correlatos en la posesión pública y pacífica exigida por el artículo 1941, la tolerancia es recogida, en materia de usucapión, según el cual no aprovechan para la posesión de los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia de dueños (98).

En nuestro derecho sólo el momento de la adquisición, exige esta cualidad, es decir, debe entrarse a la posesión pacíficamente. Si después se hacen actos de violencia para defender la posesión o para recuperarla, estos actos no vician la posesión (99).

En cambio en el derecho francés el requisito de la posesión pacífica es permanente como se desprende de su artículo 2233 (100).

En tanto la clandestinidad y la violencia reciben como versión positiva que la posesión ha de ser pública y pacífica, o, lo que es lo mismo, estos atributos de

98.- Cfr.- Ib ídem.- pág. 315.

99.- Cfr.- ROJANA VILLERGA, *op. cit.*- pág. 656.

100.- Cfr.- MAZEAUD, *op. cit.*- pág. 227.

la posesión excluyen la clandestinidad y la violencia, la tolerancia no tiene un correlato posesorio positivo y específico. La categoría más próxima es la posesión en concepto de dueño. Si el usucapiente ha de poseer en ese concepto, quedan excluidas la tolerancia y la licencia que procedan del dueño o del poseedor en concepto de dueño.

B) Continuidad en el tiempo.

La vida humana se encuentra condicionada a un espacio y a un tiempo determinados, de allí que forzosamente sus obras, sus instituciones, sus gobiernos, estén siempre limitados por ellos. El derecho no podía escapar a estas dimensiones espaciales que condicionan su vigencia a un espacio o a un tiempo determinados o bien se introducen en las figuras jurídicas imponiendo modalidades que repercuten en las instituciones y por ende en la conducta humana, como en el caso de la prescripción en que el tiempo se convierte en un factor esencial que la caracteriza y diferencia, puesto que la prescripción no es sino una conducta desarrollada en forma insistente y prolongada por el hombre, de tal modo, que lo que en un principio fue una mera apariencia, por efecto del tiempo, se convierte en una conducta sancionada por el derecho, con las consecuencias que entraña la existencia de una situación jurídica concreta.

Cabe, sin embargo, advertir, que el tiempo por sí solo no influye en el derecho. Ya lo dijo Vicco: *Tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris*, de manera que es sólo medida de los elementos sobre los cuales actúa, por lo que para tener relevancia jurídica, debe siempre ir acompañado de una conducta humana prevista por la ley: sólo entonces influirá en el derecho.

El tiempo es, pues un puro transcurrir, pero el hombre lo ha dividido y puede contarlo, precisando en esa forma la época en que tienen lugar los hechos históricos, los acontecimientos que le atañen particularmente o los simples hechos naturales.

Aunque el tiempo afecta al derecho y sea esencial para la prescripción, sin embargo, no todo el tiempo cuenta para el derecho, sino sólo el que es útil, es decir, aquel cuyo cómputo se efectúa siguiendo determinadas reglas jurídicas.

Dentro de nuestro ordenamiento, los artículos que se refieren al modo de contar el tiempo para la prescripción, forman el último capítulo del título

correspondiente y, por razón natural, su aplicación es común para ambas prescripciones. Su texto no ha variado desde los Códigos de 1870 y de 1884, que a su vez se inspiraron en los artículos relativos del Código portugués de 1867 ⁽¹⁰¹⁾.

Nuestro Código establece que el tiempo para la prescripción se contará por años y no de momento a momento, salvo los casos en que la ley determine lo contrario; que los meses se regularán por el número de días que les correspondan, que cuando la prescripción se cuente por días, se entenderán estos de veinticuatro horas naturales, que el día que comienza la prescripción se cuenta por entero, aunque no lo sea, pero aquel en que la prescripción termina debe ser completo; cuando el último día sea feriado, no se tendrá por completa la prescripción, sino cumplido el primero que siga si fuere hábil.

Los términos empleados por el legislador son claros, precisos y su redacción constituyen un acierto, especialmente si se les compara con análogos del derecho comparado afín. Tienen la enorme ventaja de hacer coincidir el cómputo natural y el cómputo civil.

El Código Civil alemán, en su Título preliminar, establece reglas generales para computar el tiempo fijado en las leyes, en las disposiciones judiciales y en los actos jurídicos; dentro de estas normas generales se encuentra comprendida la forma de contar el tiempo requerido para la prescripción. Nuestro ordenamiento carece de normas tan útiles, como lo pueden ser, las de aplicación general y suple parcialmente esa falta, en materia de obligaciones, remitiendo al capítulo sobre

¹⁰¹.- Compárese, el texto de los siguientes artículos del Código portugués:
Art. 560.- El tiempo de la prescripción se cuenta por años, meses y días y no de momento a momento...

Art. 561.- Cuando la prescripción se cuente por días, se entenderán que éstos son de veinticuatro horas, comenzándose a contar desde la primera hora posterior a la media noche.

Art. 562.- El día en que comienza a correr la prescripción se cuenta por entero, aunque no sea completo; pero el día en que termina debe completarse.

Art. 563.- Si el último día de la prescripción es feriado ésta no se considera terminada, hasta el día siguiente no feriado.

prescripción¹⁰²), que en esa forma, se convierte en cierto sentido, en las reglas generales a que sujeta el cómputo del tiempo en derecho civil.

Una vez más, quiero hacer notar, que el legislador de 1928 redujo considerablemente la duración de los plazos, de manera que tanto la prescripción positiva como la prescripción negativa se verifican en un tiempo mucho más breve del que se consideraba necesario en los ordenamientos anteriores.

Dos son las causas de esta importante innovación: por una parte las corrientes sociales que inspiran al legislador, y por otra, la vida moderna. Indudablemente, en la actualidad, los plazos cortos realzan en grado mayor el valor justicia. En efecto, tanto por los intereses que debe proteger la prescripción y que pone en juego: propietario vs. poseedor; acreedor vs. deudor, que no pueden ni deben quedar sin solución durante tiempo indefinido, así como el aceleramiento en todos los órdenes de la vida, necesariamente exigen una rápida resolución a los problemas jurídicos, justificando en esa forma, la abreviación de los plazos. Hay en ello, una vuelta al derecho romano, pero que obedece a causas totalmente distintas de las que inspiraron al derecho quiritarario, ya que entonces los términos breves tenían como base el conocimiento directo que la comunidad tenía de los hechos por ser poca la población, en tanto que hoy, obedece al acelerado ritmo de vida provocado por el maquinismo y a la aglomeración en grandes centros de población.

En otras legislaciones se discute si los particulares pueden, mediante convenio, alargar o acortar los plazos dentro de los cuales se verifica la prescripción. En nuestro derecho, este problema no puede plantearse, por disponer el artículo 1150 del Código Civil, que "las disposiciones ... relativas al tiempo y demás requisitos necesarios para la prescripción, sólo dejarán de observarse en los casos en que la ley prevenga expresamente otra cosa...", por lo que los convenios que a este respecto celebren los particulares, alargando o disminuyendo

¹⁰². Véase el artículo 1065 del Código Civil: "El plazo en las obligaciones, se contará de la manera prevenida en los artículos 1176 al 1180".

el plazo de la prescripción, estarán afectados de nulidad absoluta, por contrariar una disposición prohibitiva y de interés público. La ley, sin embargo, permite a los particulares renunciar a la prescripción ya ganada.

La prescripción positiva, inicia cuando el poseedor comienza a poseer el bien a título de propietario y con las demás cualidades que enumera la ley, es decir, de manera quieta, pública, pacífica y continua. Puede suceder, sin embargo, que aún cuando exista una posesión calificada o una obligación insatisfecha, el tiempo no cuente para prescripción y ésta no se realice. Esto sucede en los casos de suspensión y de interrupción de la prescripción, que han sido establecidos por el legislador para proteger, en determinadas circunstancias, a la parte contra la cual corre la prescripción, evitando, en esa forma, sus consecuencias.

Se dice que la prescripción se suspende cuando un obstáculo establecido en la ley, impide que el tiempo que transcurre cuente para el derecho, sea útil entre tanto dicho obstáculo subsiste, reiniciando su curso, una vez que ha desaparecido.

Coviello, con acierto, define la suspensión en los términos siguientes: "Puede suceder que el derecho tenga en sí todas las condiciones para ser ejercitado, pero que la persona que podría abstractamente ejercitarlo, se encuentre en tales circunstancias subjetivas, que le hagan prácticamente imposible o al menos difícil el hacerlo. Se habla entonces de causas que suspenden el principio o el curso de la prescripción: el principio si son simultáneas al nacimiento del derecho, y el curso ya iniciado si son supervinientes. Constituyen una pausa en el curso de la prescripción, porque el tiempo que duran se considera como no transcurrido" (103).

La suspensión del curso de la prescripción es una excepción al principio general que rige nuestro Código Civil en materia de prescripción, de que corre contra todos, de tal manera que los casos establecidos por la ley, son sólo meras excepciones a este principio y no pueden extenderse a otros, ni por analogía ni por mayoría de razón, ni por voluntad de los particulares, pues repito, la prescripción

103.- COVIELLO, op. cit., pág. 509, número 147.

afecta al orden público y sus normas no pueden alterarse ni modificarse, sino en los casos en que así lo dispone la ley expresamente. De manera que la máxima *contra non valentem agere non currit praescriptio*, no puede ser en nuestro derecho una norma de carácter general, que comprenda todos aquellos casos en que no puede ejercitarse una acción por imposibilidad material o por imposibilidad subjetiva.

"Las causas de suspensión pueden dividirse en dos categorías, según que tienen su raíz en la condición especial del titular del derecho, considerado en sí mismo; o bien, en la naturaleza particular de la relación en que se encuentra con la persona que tiene la obligación correspondiente. Las primeras tienen eficacia en favor exclusivo de la persona que se encuentra en la condición prevista por la ley contra cualquiera otra; las segundas valen en pro y en contra de las solas personas que se encuentran en la relación determinada" (104),

I.- Primer Grupo.- Tiene por objeto resguardar los intereses de las personas que no pueden defenderse por sí mismas por incapacidad o bien, aun cuando tengan capacidad suficiente para hacerlo, las circunstancias personales en que se encuentran impiden esta defensa. En este grupo, cabe considerar los siguientes casos:

- a).- Los incapacitados que carecen de representante legítimo;
- b).- Los ausentes del Distrito Federal que se encuentren en servicio público;
- c).- Los militares en servicio activo en tiempo de guerra.

Hagamos un breve análisis de cada una de estas hipótesis:

104.- *Id.* *idem.*

a).- Los incapacitados que carecen de representante legítimo.

Nuestro Código, al establecer que la prescripción no corre para los incapacitados que carecen de representante legítimo, pretende resguardar los intereses de las personas que se encuentran impedidas de defenderse por sí mismas por razones físicas, y, en las cuales, en consecuencia, no cabe suponer, porque carecen de voluntad un abandono o negligencia en el ejercicio de sus derechos. La protección a los incapacitados no solamente existe en materia de prescripción, sino que se establece a través de un conjunto de preceptos que tienden a resguardarlos en sus personas y a defender sus intereses.

El legislador se encuentra frente a dos intereses sociales, igualmente respetables: por un lado, el que los efectos de la prescripción no se suspenda porque atañen directamente a la estabilidad de la comunidad y por otro, el deber del Estado de proteger a aquellas personas, que no pueden valerse por sí solas. Si en la legislación predomina este último impulso, será francamente proteccionista de los menores y el curso de la prescripción quedará suspendido mientras dura la incapacidad, en tanto que si predomina el primer objetivo, la incapacidad no será causa de suspensión de la prescripción. Entre ambas tendencias puede haber temperamentos: legislaciones, que como nuestros anteriores ordenamientos admitían grados en la capacidad y, en consecuencia, suspensión mínima o máxima en el curso de la prescripción. Nuestro actual Código en cambio, da una absoluta preminencia a los valores de seguridad y estabilidad que realiza la prescripción, frente a la legislación protectora de los incapacitados.

No es difícil determinar, que interés social es más precioso: la protección del débil, del incapaz: del que por sí mismo no puede defenderse, frente a la paz de la comunidad misma.

Sin embargo, es preciso confesar que repugna al sentimiento de equidad, que todos llevamos dentro, sacrificar los bienes de quien está natural o legalmente impedido de su ejercicio, sin que mengue esa repugnancia, el hecho de que tenga representantes, que que pueda ejercitar una acción contra aquellos que por malicia

o torpeza lo han defendido mal o que pueda exigir responsabilidad a los fiadores o garantes de éstos. Ya que, en términos generales, estas acciones son ilusorias y poco o nada pueden reparar, pero estas consideraciones no pueden esgrimirse frente al interés de la comunidad entera. Quizás una intervención más directa del Ministerio Público en los negocios de menores y enérgicas sanciones penales para los representantes del incapacitado, que malicioso o dolosamente, no lo protejan como un buen padre de familia, contendría abusos y evitaría casos verdaderamente dolorosos, pienso, sin embargo, que no es tanto un problema de legislación, cuanto de hombres.

Nuestro Código, apartándose de la tradición romana, que era proteccionista y de su modelo francés, dispone que "la prescripción puede comenzar a correr contra cualquier persona", pero "no puede comenzar ni correr contra los Incapacitados, sino cuando se haya discernido su tutela conforme a la s leyes". "Los Incapacitados tendrán derecho a exigir responsabilidad a sus tutores cuando por culpa de éstos no se hubiese Interrumpido la prescripción".

Estos principios son establecidos por los artículos 1165 y 1166, que tienen como antecedente directo al Código Civil portugués (¹⁰⁵), que a su vez se inspiró en el proyecto del Código Civil Español, que no considera como causa de suspensión a la incapacidad.

Aunque estos dos preceptos existían en nuestros anteriores ordenamientos, sus consecuencias eran atemperadas por disposiciones posteriores que admitían grados de capacidad y aún restitución del tiempo corrido; pero el legislador de 1926 suprimió los grados de la capacidad y agregó al artículo 1166 una segunda parte, otorgando al Incapaz una acción para exigir responsabilidad al tutor, cuando

105.- Código Civil portugués, "Art. 548.- La prescripción puede comenzar a correr contra cualquier persona, salvo las siguientes restricciones."

"Art. 549 del mismo ordenamiento: La prescripción no puede comenzar ni correr contra los menores ni dementes mientras no tengan quien los represente o administre sus bienes."

por su causa no se hubiese interrumpido la prescripción. Con ello, nuestro ordenamiento vigente se coloca dentro de los más avanzados en esta materia, ya que sólo el Código Federal Suizo de las Obligaciones y el Código Civil español lo aventajan al no considerar la incapacidad como causa de suspensión del curso de la prescripción.

La acción de responsabilidad que la ley da al menor en contra de sus representantes y de los fiadores o garantes de éstos, se resuelve en una acción de daños y perjuicios contra el tutor y en su caso contra sus fiadores o garantes.

Ahora bien en el caso del menor de edad emancipado, surge la interrogante de si éste goza del beneficio de la suspensión, no sin algunas dudas, me he resuelto por una respuesta afirmativa, en vista de los textos legales. El menor de edad emancipado cuenta con una capacidad limitada a la libre administración de sus bienes, pudiendo gravar y enajenar sus bienes muebles, pero no puede, sin autorización judicial enajenar o gravar sus bienes raíces y necesita un tutor para sus asuntos judiciales.

b).- "La prescripción no puede comenzar ni correr... contra los ausentes del Distrito Federal que se encuentren en servicio público" (artículo 1167 fracción V del Código Civil).

Esta causa de suspensión es una de las más antiguas. En efecto, en derecho romano, la ausencia no era causa de suspensión de la prescripción, pero para los ausentes al servicio del Estado, como los embajadores o bien aquellos a los que los Príncipes enviaban fuera de Roma a ejercer algún cargo público, a los soldados y a los que servían en la armada, se les concedía restitución del tiempo corrido.

La suspensión del tiempo de la prescripción, se inspira en motivos políticos: El Estado quiere garantizar a sus servidores, que durante el tiempo que le presten servicio fuera de su territorio, no sufrirán por causa de prescripción, mengua en su patrimonio y es reminiscencia de los privilegios que antiguamente otorgaba a sus

representantes.

El artículo 1167 fracción V, de nuestro ordenamiento vigente, que establece esta causa de suspensión, tiene como antecedentes los artículos 1115 fracción IV, del Código de 1884 y 1230 fracción IV del Código de 1870 y a su vez éstos se inspiraron en el Código portugués de 1867.

Cabe ahora preguntarnos, si basta que el Estado envíe a una persona, fuera del Distrito Federal en un cargo público, para que automáticamente se suspenda el curso de la prescripción. No se necesita que el servicio o cargo público desempeñado por el particular tenga una duración de más de seis meses. Esta interpretación la baso en lo dispuesto en los artículos 31 fracción VI y 32 del Código Civil, que reputa como domicilio legal de los empleados públicos el lugar en donde desempeñan sus funciones por más de seis meses, agregando que los que por tiempo menor desempeñan alguna comisión no adquirirán domicilio en el lugar donde la cumplen, sino que conservarán su domicilio anterior. Consecuentemente, sólo el que desempeña un cargo público por más de seis meses, fuera del Distrito Federal pierde su domicilio en éste, y adquiere el domicilio del lugar donde desempeña sus labores.

c).- **"La prescripción no puede comenzar ni correr contra los militares en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Distrito Federal".**

Al igual que la anterior esta causa de suspensión de la prescripción existía en derecho romano, se inspira igualmente en motivos de orden político y es reminiscencia del fuero que gozaba la clase militar.

Nuestro Código establece esta causa de suspensión en la fracción VI del artículo 1167, que reproduce en términos generales los artículos 1115 fracción V del Código de 1884 y 1230 fracción V del de 1870, que a su vez tienen su antecedente

en el Código portugués de 1867 ⁽¹⁰⁶⁾.

Es curioso hacer notar que el Código de Napoleón no consagra ni ésta ni la anterior causa de suspensión, pero que sin embargo, se debió a influencia francesa que estas causas de suspensión hayan sido aceptadas por el Código Civil italiano de donde pasaron al portugués y de allí a nuestros ordenamientos. En efecto, con anterioridad a la promulgación del Código de Napoleón y debido a las condiciones de guerra por las que atravesaba Francia una ley, promulgada el 6 brumario, año V, estableció que a virtud del estado de guerra los plazos de la prescripción se "suspendían en favor de los defensores de la patria y de otros ciudadanos agregados al servicio de las armas de tierra y de mar". Esta ley tenía una duración limitada que se prórroga hasta 1815.

Para que el militar en servicio activo, en tiempo de guerra goce del beneficio de la suspensión, no es necesario que transcurra término alguno, sino que, automáticamente el estado de guerra suspende el curso de la prescripción.

II.- Segundo Grupo.- El legislador estimó justo suspender el curso de la prescripción en aquellos casos que por la relación personal, generalmente de parentesco, que media entre poseedor y dueño, entre acreedor y deudor, cohibe el ejercicio de las acciones que se tienen contra el pariente.

Esta es la razón por la cual el curso de la prescripción se encuentra suspendido:

- a).- Entre ascendientes y descendientes;
- b).- Entre Incapacitados y sus tutores y curadores;

¹⁰⁶.- Artículo 551 del código portugués: "La prescripción no puede comenzar a correr: ...5º.- contra los militares en servicio activo, tanto fuera como dentro del Reino...".

c).- Entre consortes;

d).- Entre copropietarios y coposeedores.

Iniciaré, en seguida, un breve estudio de cada uno de estos casos.

a).- "La prescripción no puede comenzar ni correr:...- Entre ascendientes y descendientes, durante la patria potestad, respecto de los bienes a que los segundos tengan derecho conforme a la ley" (artículo 1167 fracción I del Código Civil).

Esta disposición tiene por objeto proteger a la familia evitando su división, como sucedería si hubiese contiendas judiciales en su seno, motivadas por cuestiones de intereses entre los padres y los hijos. Pero además, encontrándose el menor bajo la potestad de un ascendiente, que debe representarlo en juicio, en realidad no tiene quien ejercite por él las acciones que le competen contra su pariente.

El ejercicio de la patria potestad, trae consecuencias, tanto para la persona como para los bienes de los menores. El ascendiente que la ejerce tiene la guarda y cuidado del menor, pero además, es su representante legal y tiene la administración de sus bienes correspondiéndole por estas molestias y como ayuda a las obligaciones inherentes a la patria potestad, una parte de los productos de las propiedades del menor.

En dos grandes categorías divide el Código Civil los bienes de menores:

1.- Bienes que obtiene con el producto de su trabajo y que le pertenecen en propiedad, administración y usufructo, y

2.- Bienes que adquiere el menor por cualquier otro título. La propiedad de estos bienes pertenece al hijo lo mismo que la mitad del usufructo, en tanto que la administración y la otra mitad del usufructo pertenecen al ascendiente

que ejerce la patria potestad, a no ser que éste haya renunciado de manera fehaciente a dicho usufructo o que hubiese sido destinado por herencia, legado o donación a otro fin determinado o se haya dejado en propiedad al menor, pues en esos casos se estará a la voluntad del testador o donante (107).

En consecuencia, de acuerdo con esta exposición y con lo establecido en la fracción I del artículo 1167 del Código Civil, el curso de la prescripción se encuentra suspendido entre ascendientes y descendientes, únicamente por lo que hace a las acciones que unos y otros tengan respecto de los bienes que pertenecen al menor y que haya adquirido con su trabajo o por cualquier otro título, pero cualesquiera otras clases de acciones que surjan entre ellos, prescribirán en los términos del derecho común.

Esta causa de suspensión no se encuentra consignada en el Código de Napoleón, aún cuando, quedada en parte comprendida dentro de la regla general de que la prescripción no corre en contra de los menores e incapacitados. En cambio, sí figura en el Código Civil Italiano de 1865, de donde pasó al Código portugués, que indudablemente sirvió de antecedente directo a nuestros ordenamientos.

Por su parte el legislador, rodea al incapaz de una mayor protección al exigir que entreguen al menor los bienes y frutos que les pertenecen, obligación que no cesa, sino hasta pasados cinco años del momento en que el incapaz alcanzó la mayoría de edad (108).

107.- A este respecto pueden consultarse los artículos 428 a 432 del Código Civil.

108.- Artículo 439 y 442 del Código. Como en nuestro ordenamiento no se señala, como sucede en el caso de la tutela, un término para que los ascendientes que ejercen la patria potestad, rindan cuentas o entreguen los bienes, debe estarse a la regla general en materia de prescripción, establecida en el artículo 1164.

- b).- **"La prescripción no puede comenzar ni correr...Entre los incapacitados y sus tutores o curadores, mientras dura la tutela"**
(artículo 1167 fracción III del Código Civil).

Aunque esta clase de suspensión se establece tanto en favor de los incapacitados como de sus tutores y curadores, tiende, más que nada, a la protección del incapaz, contra aquellos actos que en su perjuicio, realicen sus tutores o curadores, pues podría suceder que el sujeto a tutela, al cesar la incapacidad, se encontrara con que a más de que sus bienes habían sido derrochados, carecía de acción contra sus representantes.

En el capítulo relativo a la prescripción, el Código de Napoleón, no consigna esta causa de suspensión. Únicamente, la regla general consignada en el artículo 2252, previene que la prescripción no corre en contra de los menores e incapacitados. Sin embargo, al reglamentar la tutela este ordenamiento establece que toda acción del menor en contra de su tutor por hechos de la tutela, prescribirá en 10 años contados a partir de la mayoría de edad. Es así como el Código francés protege al tutor, puesto que establece en su favor, un término de prescripción más corto en relación con la prescripción ordinaria que se realiza en 30 años.

Al cesar la incapacidad, desaparece la causa de la suspensión de la prescripción, iniciándose su curso y contándose como útil el tiempo que transcurre. Las acciones que el incapaz tenga en contra de sus tutores, curadores o los garantes o fiadores de éstos, o bien las de éstos en contra de aquél, prescribirán en los términos del derecho común, salvo las acciones que el incapacitado pueda ejercitar contra su tutor o contra los fiadores y garantes de éste por hechos relativos a la administración de la tutela, pues entonces, "quedan extinguidas por el lapso de cuatro años, contados desde el día en que se cumpla la mayor edad o desde el momento en que se hayan recibido los bienes y la cuenta de la tutela o desde que haya cesado la incapacidad..." (artículo 616 del Código Civil).

El tutor que entre al cargo sucediendo a otro, está obligado a exigir la entrega de bienes y cuentas al que le ha precedido. Si no la exige, es responsable de los daños y perjuicios que por omisión se siguieren al incapacitado..."

- c).- **"La prescripción no puede comenzar ni correr: ... Entre copropietarios o coposedores respecto del bien común"** (artículo 1167 fracción IV).

Como causa de suspensión es uno de los pocos preceptos de la más antigua legislación española que conservamos, principio perdido aún para España, debido a la influencia francesa.

Habiendo concluido el estudio de las causas de suspensión de la prescripción, voy ahora a referirme a las causas que interrumpen el curso de la prescripción.

Como ya dije, la interrupción tiene lugar cuando un hecho destruye todo el tiempo corrido hasta entonces. El artículo 1175 de nuestro Código, se refiere a ella en los términos siguientes: "El efecto de la interrupción es inutilizar por ala prescripción el término corrido antes de ella". Es decir que obra exclusivamente sobre lo pasado, pero no impide que el curso de la prescripción se inicie de nuevo.

Coviello, la define en los términos siguientes:

"... Diversa de la suspensión es la interrupción de la prescripción. Las causas de impedimento y de suspensión se fundan en la falta del primer requisito de la prescripción, la posibilidad de ejercitar el derecho, en cambio, las causas de la interrupción hacen que falte el segundo, el no ejercicio del derecho. Es decir que las causas de impedimento o suspensión se fundan en la imposibilidad jurídica o en la dificultad de hecho de ejercitar el derecho, en tanto que las causas de interrupción constituyen un ejercicio del derecho. La suspensión produce el efecto de hacer que no corra la prescripción durante aquel tiempo en que el impedimento subsiste; la interrupción destruye la eficacia del tiempo transcurrido anteriormente, por cuanto lo hace inútil para la prescripción. Cesada la causa de suspensión, el tiempo que transcurre después se suma útilmente al que transcurrió antes del nacimiento de aquella causa; mientras que, cesada la causa de la interrupción, el

tiempo posterior no se suma al anterior, sino que comienza un período de prescripción, nuevo y distinto. La interrupción es de dos especies: natural y civil. Pero respecto de la prescripción extintiva, la interrupción natural tiene una importancia muy limitada: sólo puede tener lugar con respecto a la prescripción de los derechos reales sobre la cosa de otra. Así, si después de haber descuidado ejercitar una servidumbre predial durante veintinueve años, realiza en el trigésimo actos de ejercicio de la servidumbre, la prescripción se interrumpe naturalmente..."⁽¹⁰⁹⁾.

Hagamos breves comentarios a las causas de interrupción de la prescripción consignadas en nuestro Código.

- 1.- **"La prescripción se interrumpe: Si el poseedor es privado de la posesión de la cosa o del goce del derecho por más de un año"** (artículo 1168 fracción I del Código Civil.¹¹⁰).

Nuestro Código, al iniciar el estudio de las causas de interrupción en el curso de la prescripción, se refiere, primero, a las causas naturales de interrupción y después, a las causas civiles. Pero sólo reglamenta una única causa de interrupción natural de la prescripción, que es precisamente la que he transcrito al iniciar estas líneas.

- 2.- **"La prescripción se interrumpe: Por demanda u otro cualquier género de interpelación judicial notificada al poseedor o al deudor en su caso"** (artículo 1168 fracción II del código Civil).

El Código Civil de Napoleón, el Proyecto de García Goyena, el Código Civil

¹⁰⁹.- COVIELLO, *op. cit.*- pág. 512 a 515.

¹¹⁰.- Artículo 1168 fracción I del Código Civil.

italiano y el portugués, consignan más o menos las mismas causas de interrupción de la prescripción que nuestros anteriores códigos, que sufrieron su influencia, es especial del Código Civil portugués, que puede considerarse como antecedente directo del Código de 1870. Pero en contraste, el Código vigente, que ha tendido a simplificar, evita, como lo hacían dichos cuerpos, la enumeración de aquellos actos que interrumpían el curso de la prescripción, de manera que sólo enuncia genéricamente, como causa de interrupción, cualquier género de Interpelación judicial, teniendo en cuenta, fundamentalmente, que es un acto jurídico que no deja duda respecto a la voluntad del perjudicado por la posesión de ejercitar sus derechos y que comprende las citaciones, embargos, etc.

Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1175 del Código Civil: "el efecto de la interrupción es inutilizar para la prescripción, todo el tiempo corrido antes de ella". Es decir, como lo expuse con anterioridad, la interrupción obra sobre lo pasado, pero no impida que vuelva a correr nuevamente la prescripción, una vez que se ha realizado el acto interruptor, al contrario de lo que sucede en la suspensión, en que la prescripción no corre mientras subsiste ésta. Nuestro Código no considera a la demanda como una causa de suspensión del curso de la prescripción, sino como una causa de interrupción, luego, una vez que la demanda se ha presentado, una vez que se ha interrumpido la prescripción, no existe razón legal que impida el que de nuevo comience a correr. Independientemente de ello, no puede afirmarse que la litispendencia tenga efecto suspensivo en la prescripción de los derechos sustantivos, puesto que, según las corrientes modernas del derecho procesal, acción y obligación son derechos autónomos, independientes.

Así, Chiovenda mismo afirma: "Pasemos a demostrar más detenidamente la autonomía del derecho de acción. Distingamos la voluntad concreta de ley, del caso en el cual existe por sí sola. A).- Por regla general, la acción nace por el hecho de que aquel que debía conformarse con una voluntad concreta de ley, que nos garantizaba un bien de la vida, ha transgredido esta voluntad; haciendo que busquemos su actuación independientemente de la voluntad del obligado. Aún en estos casos la acción está separada del otro derecho subjetivo derivado de aquella voluntad de ley: los dos derechos son distintos, si bien puedan coordinarse en un

mismo interés económico; tienen vida y condiciones diversas y contenido completamente distinto... Por lo tanto, mientras el derecho de obligación, aún después del incumplimiento conserva su tendencia hacia la prestación del obligado, el derecho de acción aspira a la adquisición del bien garantizado por la ley con todos los otros medios posibles; y el proceso, en el cual deben desplegarse estos otros medios, no sirve para obtener el cumplimiento de la obligación, sino para la adquisición del bien garantizado por la ley con los medios posibles externos a la obligación, que se manifiesta como instrumento ineficiente. Acción y obligación son por lo tanto, dos derechos subjetivos distintos, que solamente unidos cubren plenamente la voluntad concreta de ley" (11).

Es una lástima, que nuestro legislador no haya incluido en el articulado un precepto semejante al artículo 138 del Código Federal Suizo de las Obligaciones y de los Contratos que afirma: "La prescripción interrumpida como consecuencia o como efecto de una acción o de una excepción, vuelve a correr durante la instancia a partir de cada acto judicial de las partes y de cada decreto o decisión del juez. Si la interrupción resulta de demanda, la prescripción reemprende su curso a contar de cada acto de la demanda".

Queda por saber si la interpelación efectuada a través de una autoridad incompetente, surte efectos de tal o es nula. La doctrina, basada en el artículo 2246 del Código de Napoleón, ha resuelto, en forma unánime, que la interpelación judicial hecha ante juez incompetente surte efectos, interrumpiendo la prescripción. En nuestro Código civil, no existe una disposición similar a la del referido Código, sin embargo, el Código de Procedimientos Civiles, declara nulo todo lo actuado ante juez incompetente, nulidad que es de pleno derecho y ni siquiera requiere declaración judicial, sino que los tribunales declarados competentes, deben restituir las cosas al estado que tenían antes de practicarse las actuaciones nulas, por lo tanto una interpelación hecha ante juez incompetente es nula de pleno derecho y no puede surtir efecto alguno, salvo el caso de demanda, en que por su sola presentación, interrumpe la prescripción.

111.- G. CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Civil, Vol. I, pág. 137.

La parte final de la fracción II del artículo 1168 del Código dispone: "Se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial si el actor desistiese de ella o fuese desestimada su demanda."

El desistimiento tiene por efecto que las cosas vuelvan al estado que tenían con anterioridad a la existencia del juicio, es decir, como si éste no se hubiera presentado. Puede ser de dos especies: desistimiento de la instancia y desistimiento de la acción.

El desistimiento de la instancia sólo trae como consecuencia que se pierdan los actos de procedimiento, del juicio, pero con él no se afecta a la acción, la que puede nuevamente hacerse valer ante los tribunales. En consecuencia, cuando haya desistimiento de la instancia, se considera que la interrupción en el curso de la prescripción, sea por demanda o cualquiera otra especie de interpelación judicial, no ha tenido lugar.

En cambio, el desistimiento de la acción extingue ésta en su totalidad, la que no puede resurgir, ni hacerse valer en otro juicio, y la resolución que se dicte teniendo por desistido al actor, surtirá efectos de cosa juzgada y en realidad, hace inútil la alegación de prescripción por parte del deudor o poseedor, en caso de que volviese nuevamente a ser ejercitada la acción.

3.- "La prescripción se interrumpe... Por que la persona a cuyo favor como la prescripción reconozca... el derecho de la persona contra quien prescriba..." (artículo 1168 fracción III del Código Civil).

Casi todo el derecho comparado afín, como el Código de Napoleón, el Código Italiano, el portugués, el español, etc. etc., consideran, como lo hace nuestro Código Civil vigente, al reconocimiento como una causa de interrupción de la prescripción.

Entre el reconocimiento y la renuncia de la que habla en párrafos anteriores, existe muchos puntos de contacto, el reconocimiento afecta a la prescripción que

corre. La renuncia a la ya consumada. Pero el que reconoce, en realidad está renunciando a la prescripción en curso. Ambas, además, son actos unilaterales, que no requieren necesariamente para su perfección, el consentimiento del acreedor o del dueño, es decir, del que va a beneficiarse con el reconocimiento o con la renuncia, a condición de que, al efectuarse uno y otra, no quede duda respecto a que se está renunciando a la prescripción consumada, o reconociendo el derecho de la persona contra quien se prescribe.

Pero la renuncia y el reconocimiento se diferencian en que el que renuncia se obliga a no impedir el ejercicio del derecho prescrito, mientras que por el reconocimiento, sólo se destruye el tiempo corrido, que ya no cuenta para la prescripción.

El reconocimiento, al igual que la renuncia, puede ser expreso, ya sea de palabra o por escrito o tácito, cuando con hechos indudables se reconoce el derecho de la persona contra quien se prescribe.

Una vez que se reconoce el derecho de la persona contra quien se prescribe, empezará a contarse el nuevo término de la prescripción.

C).- Publicidad de la Posesión.

Hay una cierta redundancia al añadir a la posesión la palabra pública, por que a la posesión le es inherente una cualidad de publicidad. Toda la teoría de la posesión muestra a ésta como una exterioridad o una exteriorización.

La posesión es visible, perceptible sensorialmente. Mucho más que los derechos o que el propio derecho a la posesión, es esta asequibilidad que tiene para ser captada desde fuera, descansa en gran medida, la razón de ser de la protección. El mundo de los derechos se revela mucho menos al exterior y tiene un trasfondo de interioridades que son siempre las decisivas. La posesión vive más en la superficie, quien ejercita una acción interdictal necesita de unos testigos que le hayan visto poseer y de otros que hayan observado la perturbación o el despojo (¹¹²).

Los documentos cuentan. Pero no sólo en ese nivel posesorio mínimo actúa la posesión como exterioridad. La función de legitimación, fundada en la apariencia, que desempeña la posesión, descansa en la publicidad que le es implícita. Los efectos jurídicos más importantes derivados de la posesión, que la trascienden hasta el punto de engendrar derechos, descansan en lo que la posesión muestra y en la creencia que funda en los observadores de buena fe (¹¹³).

Es inherente a la posesión, en conjunto, una función de publicidad.

Opera a modo de signo, que a la vez, la comunica en cuanto a posesión y como probabilidad del derecho. El alcance significativo difiere en razón de las cosas y de las circunstancias. Quiero decir no ya que son distintos los efectos de la publicidad, sino que el significado de la publicidad descansa en significantes no

¹¹².- Cfr.- DE IBARROLA ANTONIO, *op. cit.*- pág. 527.

¹¹³.- Cfr.- MAGALLON IBARRA, *op. cit.*- pág. 198.

exactamente iguales, a los cuales corresponde, sin embargo, un valor igual. No es lo mismo, por ejemplo, el signficante posesorio de la publicidad de un automóvil que el de un cuadro. El uso del automóvil incorpora un grado de exteriorización superior por cuanto se realiza públicamente en tanto que el cuadro, aunque su destino sea exhibirlo, suele colocarse en el interior de un local. La publicidad de la posesión no se traduce en el conocimiento por todos. Radica en resultar asequible a la percepción dentro de los límites y conforme a las características normales, socialmente consideradas, de la utilización de las cosas (¹¹⁴).

Es necesario reconocer que el requisito de que la posesión sea pública es plenamente lógico, porque lo que verdaderamente caracteriza el ejercicio del derecho de propiedad es su ejercicio público *erga omnes*. Apenas se puede concebir una posesión no ejercida públicamente, sobre todo en materia de Inmuebles. Por lo demás, el poseedor que oculta la posesión hace imposible que los interesados conozcan la pretensión que tiene sobre el bien y, por lo tanto, están excusados de no haberse opuesto (¹¹⁵).

El significado de publicidad correspondiente a la posesión con base en significados distintos, según las cosas y las circunstancias (¹¹⁶).

El problema se plantea, en primer término, porque es un artículo integrado en la usucapión, el que exige de manera imperativa que la posesión sea pública, es muy frecuente encontrar en la doctrina el argumento de que la usucapión necesita estar apoyada en una posesión pública, porque el perjudicado ha de estar siempre en condiciones de conocer quién se encuentra poseyendo la cosa con la finalidad de poder provocar la interrupción en cualquier momento (¹¹⁷).

¹¹⁴. Cfr.- HERNANDEZ GIL ANTONIO, *op. cit.*- pág. 383.

¹¹⁵. Cfr.- MAZEAUD, *op. cit.*- pág. 138.

¹¹⁶. Cfr.- CARBONIER JEAN, *op. cit.*- pág. 315.

¹¹⁷. Cfr.- DE IBARROLA ANTONIO, *op. cit.*- pág. 520.

Pese a su aparente ecuanimidad, este argumento es un ejemplo de cómo la ciencia dogmática llega por vía inductiva a generalizaciones que, al descender deductivamente sobre la norma legal y sobre la aplicación de la misma a los casos concretos, tiene la completa seguridad de que ése sea el sentido de la norma.

El dogma va de otro dogma: entender que el fundamento de la usucapación se encuentra en el abandono o renuncia del propietario o titular del derecho real, por lo que, si tal es el fundamento, parece congruente con él que le pertenecen, ya que sólo así el abandono o la renuncia son evidentes, pues si esto no lo supiera, cabría pensar que su conducta omisiva tuviera otro origen ⁽¹¹⁸⁾.

En la usucapación cuenta de manera por lo menos igual que la abstención del perjudicado el comportamiento positivo del poseedor en la gestión económica de los bienes. Entre el derecho reducido al formalismo de un título y la efectividad en la utilización de los bienes, termina por imponerse este hecho dotado de eficacia social. Será posible por la abstención; mas ésta no es la causa única ni el fundamento básico de la usucapación ⁽¹¹⁹⁾.

Queda en pie, no obstante, el argumento derivado directamente de la ley, de todas maneras hay que acogerlo con realismo, sin crear sobre una consideración sistemática dos modos distintos de ser la posesión.

Aunque es cierto que el requisito de la posesión pública es exigido a propósito de la usucapación, el sentido de la norma, en el conjunto de la regulación posesoria, no pasa de ser el de llamar la atención acerca de la importancia en esta materia de la nota de publicidad inherente a la posesión. No hay una posesión no pública frente a una posesión pública, sino que la general publicidad propia de la posesión aparece aquí subrayada. Por otra parte, la posesión más rigurosamente pública no es una posesión a la vista del público. Siempre que se dé el grado de

¹¹⁸. - Cfr.- HERNANDEZ GIL, op. cit.- pág. 380.

¹¹⁹. - Cfr.- Ibidem.- pág. 385.

exteriorización propia del uso de las cosas, según la naturaleza de éstas y las circunstancias, la posesión será pública.

Lo que ha de hacer el usucapiente es comportarse en la utilización de la cosa, no de un modo especial, sino conforme a los criterios empíricos usuales. Todo ello se traduce, en la práctica, en que el carácter público de la posesión habrá de ser objeto de prueba, como todos los demás requisitos, y será materia de debate.

En la temática de la publicidad de la posesión, si lo analizamos a *contrario sensu*, es posible aseverar que el vicio que afecta a esta publicidad es la clandestinidad, que no es otra cosa que la conducta no manifiesta u oculta del que posee el bien.

La posesión es clandestina u oculta, cuando no se tiene a la vista de todos aquellos que tengan interés en interrumpirla, como decía el Código anterior, o como dice el vigente, cuando no se tenga a la vista de todo el mundo ⁽¹²⁰⁾.

A pesar de la afirmación anterior, la publicidad en la posesión no debe entenderse como una manifestación a la cual está obligado el poseedor frente a un determinado número de personas; sin embargo, si se requiere de una actitud natural similar a la que exteriorizaría el propio dueño de la cosa.

El poseedor ha de actuar sin ocultarse o sea del modo como se ejercitan, por regla general, los derechos por sus titulares; en caso contrario, la posesión será clandestina, por haber escondido sus actos a los que tenían interés en conocerlos ⁽¹²¹⁾.

La posesión debe ser pública porque sin esta publicidad no cabe la

120.- Cfr.- ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*- pág. 663.

121.- Cfr.- *ib. Idem.*

presunción de abandono por el propietario, que es preciso conozca la posesión que otro tiene de sus cosas y no reclame contra ella, de esta manera estaría cumpliendo la usucapión con su función social; en un supuesto en el cual existe un poseedor el cual exterioriza su posesión haciéndola del conocimiento general, no sólo de quienes pudieran estar interesados en interrumpirla, sino de cualquier otro; y quien legítimamente puede disponer del bien aún sabiendo de la existencia de una posesión pública por otro individuo, no realiza los actos de dominio que le corresponden conforme a derecho, manifestando así una falta de interés tal que, no sólo conforme a derecho, sino también a sentido común, el titular de la posesión pública, si reúne los requisitos que la ley señala para ello, tiene entonces la posibilidad de usucapir.

El vicio de clandestinidad es relativo, esto es, la posesión puede ser clandestina para unos y no para otros, siempre que el poseedor no se haya ocultado de todo el mundo.

A su vez, podemos afirmar que la clandestinidad es temporal, lo cual quiere decir, que una vez que la clandestinidad cesa, la posesión útil comienza a correr, así como la prescripción.

De lo anterior se desprende que el poseedor, al no estar en posibilidad de que todas y cada una de las personas que habitan una ciudad tengan conocimiento de su posesión, basta para que su posesión sea pública el hecho de que en ningún momento haya tenido siquiera la intención de ocultarla; ahora bien puede suceder que en principio la posesión haya estado afectada con el vicio de la clandestinidad, pero una vez que este vicio deja de existir, y surge la publicidad la posesión adquiere su carácter de apta para la usucapión, comenzando a transcurrir el término que la ley exige para ello.

Se conocen muy pocos casos en jurisprudencia, debido a que resulta muy difícil ocultarse por lo que se refiere a los inmuebles, para habitar una casa o cultivar un campo.

El Código Civil vigente indebidamente exige que para que la posesión sea pública debe tenerse a la vista de todo mundo, es decir, la posesión que se hace del conocimiento de aquellos, que tienen interés en interrumpirla, pero por razones de protección natural no se le hace del conocimiento de todo mundo, por este sólo hecho se vicia; la posesión queda viciada, y el vicio, en rigor, no tiene fundamento jurídico en este caso.

Ahora bien, el poseedor no puede determinar arbitrariamente cuáles son las personas que tienen interés en destruir su posesión, pues puede esto dar lugar a equivocaciones; de manera que en el Código anterior se dejaba al criterio del poseedor determinar qué personas podían tener ese interés, y si posteriormente se demostraba que no quedó incluida alguna persona interesada, jurídicamente ésta podía invocar el vicio de la clandestinidad, lo que colocaba al poseedor en una situación por lo menos dudosa (¹²²).

El Código Civil vigente estima siguiendo en su modelo al portugués, que es también posesión pública, la que se ha inscrito en el Registro Público de la Propiedad (Artículo 825). Al final del Código se regula un procedimiento para registrar la posesión, acreditando que se adquirió pacíficamente, así como el título de la posesión, mediante una información testimonial, con vista al ministerio público. (¹²³). Este hecho por sí solo ya justifica el carácter público de la posesión.

"La posesión pública en su origen es reputada clandestina cuando el poseedor ha tomado precauciones para ocultar su continuación", el interesado en defenderse, pudo prescindir de las medidas necesarias, dando por concluida la ocupación, cuando ésta en realidad proseguía de una manera subreptida. De igual modo, si ésta fue clandestina en su comienzo, pudo más tarde convertirse en pública; entonces surtirá todos sus efectos legales.

122.- Cfr.- Ib Idem.- pág. 665.

123.- Cfr.- Ib Idem.

D) Los elementos "*Corpus*" y "*Animus Domini*";

Comenzaremos el estudio de este apartado definiendo en principio al *Corpus*.

El *corpus* es el ejercicio sobre una cosa de los actos que corresponden al derecho del que se tiene la posesión. Considerada relativamente al derecho de propiedad, el *corpus* consiste en conducirse como propietario, o sea, en ejercer las atribuciones del derecho de propiedad: *usus, fructus, abusus*. El *corpus* constituye el elemento material de la posesión ⁽¹²⁴⁾.

En derecho romano, se admitió primeramente que el *pater familias* tenía la facultad de poseer por medio de sus *filii* y sus esclavos. Cuando éstos realizaban actos de dueño, el pater no dejaba por ello de ser poseedor. En la época clásica se extendió la posibilidad de poseer por medio de otro. La regla fue adoptada por el derecho francés: no resulta necesario que el poseedor ejerza por sí mismo el *corpus*. se dice entonces que posee *corpore alieno* ⁽¹²⁵⁾.

El *corpus* se adquiere por una aprehensión material de la cosa, sin que sea necesario distinguir si esa aprehensión tiene lugar con el consentimiento del poseedor precedente o sin él. Puesto que el poseedor puede poseer *corpore alieno*, puede adquirir igualmente el *corpus* por medio de otra persona; por ejemplo, si se le da a una persona mandato para tomar posesión de un bien, se adquiere el *corpus* por mediación del mandatario ⁽¹²⁶⁾.

Ahora bien, para ser poseedor, no resulta suficiente con tener el *corpus*, el contacto material no confiere, por sí solo, la posesión. Un chofer no tiene la

124.- MAZEAUD, *op. cit.*- pág. 138.

125.- CARBONIER JEAN, *op. cit.*- pág. 315.

126.- BORDA G. A., *op. cit.*- pág. 865.

posesión del automóvil que su dueño le confía; ¿que le falta?, un elemento intencional: el *animus*.

En general, existe acuerdo acerca de la necesidad, además del elemento material, de un elemento intencional en la posesión, resultando de cierto modo más difícil concretar, la intención que debe animar al poseedor.

En el transcurso de la segunda mitad del siglo XIX, Ihering criticó con vigor la posición que había adoptado la doctrina alemana a consecuencia de Savigny. La controversia es célebre; la exposición de ambas tesis permitirá concretar las nociones de *animus* y posesión. Indicaré, en seguida de las mismas, el estado del derecho positivo francés.

Cuando en 1803 Savigny publica su "Tratado de la posesión", sostiene en él la idea de que, la intención que anima al poseedor debe ser el *animus domini*, es decir, la intención de comportarse como un propietario (¹²⁷).

Ihering atacó vigorosamente la tesis subjetiva en su libro "El fundamento de los interdictos posesorios", publicado en 1867. Pretendía que no puede ni debe hacerse ninguna distinción entre poseedores y detentadores fundándose sobre el *animus*, porque unos y otros están movidos por la misma intención: tener, conservar la cosa, el *animus tenendi* (¹²⁸).

Los redactores del Código Civil de 1804 en Francia, ignoraban los trabajos de Savigny, y siguieron a sus guías habituales, Domat y Pothier, para los que la posesión suponía la voluntad de conducirse como propietario y que, en consecuencia, separaban posesión y detentación. Por el contrario, el derecho alemán y el derecho suizo, que han sufrido la influencia de las teorías de Ihering,

127.- Citado por MAZEAUD, *op. cit.*- pág. 145.

128.- *Ibidem.*

conceden la protección de las acciones posesorias a los simples detentadores ⁽¹²⁹⁾.

En resumen, en derecho francés, lo mismo que en derecho alemán, el detentador no está favorecido ni con la presunción de propiedad ni con la adquisición de la propiedad por la usucapión; por estar reservadas estas prerrogativas tan sólo para el poseedor. Pero mientras que detentador dispone, en el derecho alemán o suizo, de todas las acciones posesorias, el derecho francés no le concede sino la acción de recobrar la posesión.

Ahora bien, las precisiones que se han hecho, permiten advertir la simpleza de la cuestión; sin embargo, resulta siempre difícil comprender cómo puede tener en cuenta el derecho una situación haciendo abstracción, en cierto modo, del derecho.

Dos elementos, uno material, el *corpus*, e intencional el otro, el *animus*, deben reunirse para que exista posesión, si llega a faltar el uno o el otro no existe posesión.

Con esto pretendemos dejar bien claro que, la usucapión supone una posesión verdadera, que implica el *corpus y el animus domini*.

Para resumir estos dos conceptos, independientemente de las controversias surgidas entre tratadistas y doctrinarios, he de mencionar, que el *corpus* no es otra cosa que la exigencia de actos materiales sobre la cosa; a su vez el *animus domini* excluye al detentador; un simple detentador que bien puede ser un inquilino o arrendatario rural, no llega nunca a usucapir, salvo que justifique una modificación del título; entonces habrá dejado de ser detentador para convertirse en poseedor.

El *animus domini* se aprecia en el origen de la ocupación, salvo modificación del título; y esa apreciación se hace *in abstracto*, lo cual quiere decir que, el *animus*

¹²⁹.- Cfr.- CARBONIER JEAN, *op. cit.*- pág. 328.

domini se presume siempre ⁽¹³⁰⁾

La intención de someter la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad, no significa más que el ánimo de tener la cosa para sí; en otras palabras, no reconocer en otra persona un señorío superior.

Esta exigencia para la posesión que sirve de base para la prescripción, en realidad era innecesario consagrarla en forma expresa, pues si el usucapiente no tuviera ánimo de tener la cosa para sí, no sería poseedor ⁽¹³¹⁾.

Quien es poseedor como consecuencia de ser propietario puede desentenderse en el uso de la cosa y revelar su condición de dueño, tanto en el sentido de atenerse sólo a la defensa posesoria, como también en el sentido contrario porque cualquiera sea su comportamiento, aunque éste no refleje el *animus domini*, siempre estará asistido de la tutela del derecho de propiedad. No le ocurre lo mismo a quien sólo le es dado invocar en su apoyo, la posesión, entonces la conducta desempeña un cometido fundamental para identificarse como poseedor en concepto de dueño. En su significado más amplio, poseedor en concepto de dueño es el que se comporta con la cosa como titular de un derecho susceptible de posesión, que son los derechos reales aunque no todos, y algunos otros derechos que, aun no siendo reales, permiten su uso continuado ⁽¹³²⁾.

La posesión a título de dueño tiene un doble significado, en su significado estricto, equivale a comportarse el poseedor como dueño de la cosa, bien porque lo es, bien porque tiene la intención de serlo, surgiendo así en la escena la usucapción, como medio para concretar la intención en un hecho.

La consideración como poseedor en concepto de dueño del que se

130.- Cfr.- MAZEAUD, *op. cit.*- pág. 198.

131.- Cfr.- AREAN BEATRIZ, *op. cit.*- pág. 98.

132.- Cfr.- HERNANDEZ GIL, *op. cit.*- pág. 371.

comporta como tal o como titular de un derecho distinto del de propiedad deriva de estas dos razones: una, la posesión que recae sobre las cosas indirectamente es considerada, como una posesión del derecho de propiedad y de los demás derechos objeto de la posesión; y otra que la usucapión comprende la propiedad y los demás derechos reales, por lo que necesariamente se ha de entender como posesión en concepto de dueño, no sólo la que sea imagen del derecho de propiedad, sino también la que sea imagen de los derechos reales susceptibles de usucapión ⁽¹³³⁾.

He mencionado en anteriores párrafos que la posesión a fin de ser apta para usucapir, debe tratarse de una posesión clara y verdadera, o sea tener el elemento material que es el *corpus* y el elemento subjetivo o sea el *animus*, de modo que si la posesión contiene estos dos elementos estaremos en presencia de una posesión a título de dueño, misma que estará cumpliendo al menos con el primer requisito que la ley le exige para prescribir.

133. Cfr. Ibidem. pág. 372.

4.- CRITICAS A LA REGULACION ACTUAL DE LA USUCAPION.

He concludido de esta manera con el estudio de las características fundamentales de la usucapión, de lo cual podemos resumir los siguientes elementos:

La posesión, incluso la de mala fe, lleva a adquirir la propiedad por usucapión. En la mayoría de los casos, bien es verdad, la posesión no desempeña ese papel sino en apariencia, por no ser la usucapión, en realidad, sino un segundo aspecto de la función probatoria de la posesión. Desde el instante de la toma de posesión, se presume que el poseedor es propietario, pero esa presunción es susceptible de ser destruida por la prueba en contrario.

Sin embargo en ocasiones la usucapión se vuelve contra el verdadero propietario, que resulta despojado, consecuencia inevitable, por el legislador; es plenamente conforme con el interés social, que el propietario no merece la protección de la ley mas que si usa de su bien; su prolongada negligencia prueba que se ha desinteresado del mismo. En el terreno económico, es de desear que lo sustituya un poseedor que utilice la cosa con la esperanza de convertirse un día en propietario. Por otro lado, la ley y la jurisprudencia han atenuado además el rigor de la usucapión, al suspender el plazo durante todo el lapso en que le resulte imposible demandar al poseedor. Así, indispensable para permitirle al propietario la prueba de su derecho, no se vuelve contra él más que cuando no merece ninguna protección a causa de una negligencia consciente y prolongada.

Cabe hacer destacar en esta brevisísima síntesis, lo avanzado que resulta nuestro ordenamiento, en lo referente al plazo para usucapir, mismo que resulta sumamente breve si se le compara al plazo contenido en los ordenamientos de otros países.

Ahora bien entrando en materia en lo referente al encabezado de este numeral, he de aclarar que en mi concepto, la crítica más severa que puede

hacerse al Código de 1928, en materia de prescripción, es que la definición y reglamentación que de ella hace el Título VII del libro segundo es incompleta.

Por lo que se refiere a la usucapión, en efecto, mediante la prescripción positiva no sólo se adquiere la propiedad, como parece darlo a entender la reglamentación contenida en el Título que comento, sino que también se adquieren por este medio, los derechos reales de uso, usufructo, de habitación y algunas servidumbres.

Hubiera sido mucho más técnico hacer referencia expresa en este Título a la forma como se adquieren mediante prescripción, estos derechos, ampliando la definición contenida en los artículos 1135 y 1136 del Código, para que quedaran incluidos; reglamentando los requisitos necesarios para que la prescripción se verifique, haciendo notar que las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas sean o no aparentes, no son susceptibles de adquirirse por prescripción, al igual que los derechos reales de garantía, etc., etc.

Con estas afirmaciones que no son las únicas deficiencias que nuestro ordenamiento jurídico presenta, pero que en mi concepto son las más notorias; conduyo el estudio de la figura jurídica de la usucapión, para retomar su estudio posteriormente en particular en función a una de las formas o modalidades de la propiedad: El Condominio.

CAPITULO TERCERO:

"EL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO"

1.- Definición de Régimen de Propiedad en Condominio.

Previo a entrar al estudio en particular de la definición del régimen de propiedad en condominio, he de referirme un poco al concepto genérico de la propiedad, de la cual se deriva el objeto de estudio del presente capítulo.

El derecho de propiedad es el más fiel exponente de los derechos reales, ya que en él se presentan con claridad las notas características de éstos. Es además un derecho real principal o de primer grado; en cuanto a su existencia no depende de ningún otro derecho como sucede en la prenda, la hipoteca, etc., motivo por el cual a estos últimos se les ha catalogado como derechos reales accesorios, secundarios o de segundo grado.

Se considera que el derecho de propiedad otorga a su titular la facultad jurídica de disponer total o parcialmente de la cosa, con exclusividad y frente al sujeto universal, es lógico pensar que el derecho de propiedad, como el principal de los derechos, reúna las mismas notas. A este respecto el ilustre pensador francés Louis Josserand opina: "Los rasgos distintivos de la propiedad se reducen a una breve fórmula: el derecho de propiedad es el tipo de derecho absoluto; es el *dominium per excelencia*, la potestad jurídica soberana. Así desde cualquier punto que se contemple el horizonte jurídico, la propiedad corporal unitaria se nos aparece como un derecho intenso, intangible y sagrado, como la proyección misma de la personalidad humana en el campo patrimonial". (134).

134.- JOSSERAND LOUIS, Derecho civil, Tomo I, Vol. III.- Traducción de ANDRE BRUN, Pág. 79.

Sin embargo esta concepción, considerada en su época como la fórmula más idónea para la organización de la propiedad, ha tenido que sufrir la influencia de las nuevas orientaciones filosóficas, políticas, económicas y jurídicas, en virtud de las cuales ya no es sólo el interés del individuo el que importa, sino que ahora el interés social juega un papel preponderante no sólo por lo que respecta a la propiedad sino también a cada una de las instituciones jurídicas y sociales.

En tal virtud, el derecho de propiedad ha tenido que irse adaptando a las nuevas tendencias consideradas como revolucionarias, conforme a las cuales se considera a este derecho como un medio para cumplir una verdadera función social. En este sentido, las legislaciones actuales, poco a poco se han ido inclinando, de tal suerte que el concepto rígido e individualista que se tenía de la propiedad, gradualmente ha ido cobrando elasticidad, sea ha ido humanizando acorde con las nuevas tendencias sociales.

Consecuentemente y vista la evolución sufrida por el derecho de propiedad, puedo afirmar que ésta, como derecho real, y dentro del momento histórico que vivimos, pugna por cumplir con su misión de función social; puesto que el derecho, atento a esta evolución, ha intervenido no sólo para frenar el ejercicio abusivo de este derecho, sino también, en ciertos casos, como se verá después, indicando al propietario la forma como debe usar la cosa a efecto de que no se lesione el interés colectivo.

De mi parte, considero que aunque son muchas y muy diversos los autores que han definido al derecho de propiedad, de ellas se puede concluir que la propiedad es: El derecho real por virtud del cual su titular detenta todas las facultades necesarias, a efecto de obtener, en forma directa e inmediata, todas las ventajas que la cosa sea susceptible de proporcionar, en tanto el ejercicio de esas facultades no sea contrario a la ley ni al interés social.

En el derecho contemporáneo, los autores llegan a la idea de que el propietario estará facultado para disponer de su fundo hasta aquella altura y aquella profundidad que puedan producirle una utilidad, y siempre que no se afecten

derechos de otros particulares, del estado y no contravengan las disposiciones y limitaciones que la ley establezca.

En este orden de ideas, podemos pasar a estudiar las situaciones especiales en que puede presentarse el derecho de propiedad:

MODALIDADES DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

a).- Nuda propiedad.- Acontece cuando una persona, el titular del derecho, es solamente eso: propietario, pero los atributos que el derecho confiere se encuentran siendo gozados por otra persona, como el caso de los bienes propiedad de los sujetos a la patria potestad, cuyo usufructo pertenece al pater familias y la "nuda propiedad" al menor de edad.

Frente al derecho de propiedad, nos encontramos a los *iura in re aliena*. Bajo este rubro, se encuadran los derechos reales que una o varias personas están autorizadas para ejercer directa e inmediatamente, sobre una cosa de otro. Entre ellos encontramos al usufructo, las servidumbres, el derecho de superficie, de uso, de habitación y la enfiteusis; en cuanto a los derechos reales de garantía, encontramos los derivados de los contratos de prenda y de hipoteca.

b).- Medianería.- Sobre esta modalidad de la propiedad, existen múltiples controversias doctrinales y en los códigos de diferentes países, pues algunos lo consideran como una especie de servidumbre, y otros como una forma de copropiedad. El Código Civil mexicano de 1928, la considera como una forma de condominio y lo reglamenta en el capítulo de la copropiedad.

Un caso de medianería lo constituye el de la pared divisoria.- En el artículo 952 del Código, se establece el siguiente principio: "Cuando haya constancia que demuestre quién fabricó la pared que divide dos predios, el que la costeó es dueño de ella; si consta que se fabricó por ambos colindantes, o no consta

quien la fabricó, es de propiedad común". Ello constituye, evidentemente, una forma de copropiedad de pared, setos vivos, cercas, vallados, zanjas o acequias que dividan fundos colindantes.

c).- Copropiedad.- Existe copropiedad cuando un derecho de dominio es ejercido, por varias personas, es una modalidad de ese derecho que puede presentarse en dos formas: 1.- O bien cada copropietario tenga una parte o cuota parte *pro indiviso* de la cosa objeto del derecho (sistema romano), o bien, 2.- Que la cosa pertenece a la colectividad sin atribución ideal de partes (sistema germánico).

d).- Condominio.- Por lo que al condominio se refiere, de los muy diversos tratadistas que lo han estudiado, se observa que algunos, tienen la tendencia a definir al condominio de manera conjunta con la comunidad, de esta manera por ejemplo, Roberto de Ruggiero (¹³⁵) nos señala: "El concepto de comunidad, es más amplio que el de condominio, el cual es comprendido en aquél como una especie suya. Comunidad es en efecto, toda relación o todo conjunto de relaciones en que aparezcan como sujetos varias personas conjuntamente, la especie más importante de ésta es la comunidad del derecho de propiedad. Puede darse la comunidad respecto de una cosa singular o ser una comunidad universal de bienes: o la de los coherederos o colegatarios, etc...".

En términos generales, podemos señalar que, hay comunidad cuando varias personas tienen idénticos derechos sobre una cosa o sobre un conjunto de bienes.

Respecto de la comunidad Guillermo A. Borda, considera necesario advertir: "no siempre que existen derechos de naturaleza análoga o idéntica sobre una misma cosa, hay comunidad. Existen supuestos en que esos derechos son excluyentes, de tal modo que cada uno conserva su individualidad de una manera plena y perfecta, así ocurre, por ejemplo, en el caso de que dos o más hipotecas concurren sobre la misma cosa; los acreedores hipotecarios no tienen ninguna comunidad entre sí, porque sus derechos son excluyentes los unos de los otros. Para que haya

135.- DE RUGGIERO ROBERTO, *op. cit.*, pág 578.

comunidad debe haber una confluencia armónica, una compatibilidad, de tal manera que los distintos titulares puedan ejercer los derechos en forma no excluyente" (136).

De las aseveraciones de estos dos tratadistas podemos resumir lo siguiente: que si la comunidad consiste en la identidad de los derechos de varios sobre una cosa determinada; el condominio en efecto es afín con estas teorías, siendo entonces el condominio una especie dentro de la comunidad o comunión de bienes. Pero aceptar así estas teorías nos lleva a la discusión sobre ¿cual es la naturaleza jurídica del condominio?, tema que estudiaré de manera más profunda en otro apartado.

El maestro Rojina Villegas (137) afirma al respecto "El Código Civil de 1928, en su redacción primitiva, así como en los Códigos que lo han seguido en la República, no se descarta la hipótesis relativa a que los diferentes pisos, departamentos, viviendas o locales de un Inmueble pertenezcan a distintas personas susceptibles de aprovechamiento independientes, pero reconociendo a un elemento común en los locales, pisos o departamentos".

Otra opinión que resulta similar a la anterior es la emitida por el Jurista Jorge Mario Magallón Ibarra (138), cuando hace referencia del artículo primero de la Ley que rige la materia, en cuanto al régimen de la propiedad en condominio, la cual incluye en su expresión a los departamentos, viviendas, casa o locales de un Inmueble, construidos en forma vertical, horizontal o mixta, que sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública y que pertenecieren a distintos propietarios, cada uno de ellos tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su departamento, vivienda, casa o local y, además, un derecho de copropiedad sobre los elementos

136.- BORDA G. A., *op. cit.*- pág. 457.

137.- ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*- pág. 364.

138.- MAGALLON IBARRA JORGE MARIO, *op. cit.*- pág. 430.

y partes comunes del inmueble necesarios para su adecuado uso o disfrute.

En esta hipótesis de ideas, cada propietario tiene un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso, departamento, vivienda o local y, además, un derecho de copropiedad sobre los elementos y partes comunes del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, los cimientos, sótanos, muros de carga o paredes maestras, patios, pozos, escaleras, elevadores, corredores, cubiertas, canalizaciones, desagües, servidumbres, etc.

Tomando en cuenta, la definición que de la propiedad se había emitido, considero apropiado definir a la Propiedad en Condominio, como aquel derecho real por virtud del cual, su titular detenta todas las facultades necesarias, a efecto de obtener, en forma directa e inmediata, todas las ventajas que la cosa sea susceptible de proporcionar, con respecto única y exclusivamente de la parte del bien del cual es dueño, en tanto el ejercicio de esas facultades no sea contrario a la ley ni a los intereses del resto de los condóminos, llevando de manera inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos comunes del inmueble necesarios para su adecuado uso y disfrute.

Los derechos y obligaciones de los propietarios de este tipo de propiedad, se regirán por las escrituras en que se hubiera establecido el régimen de propiedad, por las de compraventa correspondientes, por el reglamento del condominio de que se trate y por las disposiciones del Código Civil.

2.- Naturaleza Jurídica del Régimen de Propiedad en Condominio.

Determinar la naturaleza jurídica de esta institución ha desembocado en múltiples controversias entre los distintos tratadistas que han tenido a bien estudiarla y procuraron desentrañar el cuestionamiento acerca de la naturaleza de la cual emana la propiedad en condominio; teorías a este respecto existen no una, sino muchas, de las cuales estudiaré las que por su importancia resultan más notorias.

En torno a la naturaleza que desde el punto de vista jurídico presentan las casa o edificios divididos por pisos o departamentos, PLANIOL y RIPERT ⁽¹³⁹⁾ entienden que no es la de una verdadera copropiedad, en consideración a que cada uno de los propietarios tienen derecho exclusivo y completo a su piso o a su departamento, pudiendo ejercitar sobre los mismo todos los derechos de un propietario, excepto los que se derivan de obligaciones resultantes de las relaciones especiales a que está sometido; y que, al mismo tiempo, determinadas porciones de inmuebles se hallan en indivisión forzosa.

De acuerdo con algunos autores, el condominio es una persona jurídica, la colectividad de los condóminos, que sería la verdadera propietaria de la cosa, en consecuencia, aseveran se trata de un persona jurídica colectiva, cuya capacidad como tal es menor que la de una persona jurídica ⁽¹⁴⁰⁾.

Ahora bien en lo referente a la naturaleza, otros autores se han inclinado a compararla con otras instituciones jurídicas derivándose de esto una lista de teorías que en seguida enumero:

139.- Cfr.- PLANIOL y RIPERT, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, T. III, pág. 279.

140.- Cfr.- BORDA G. A., op. cit.- pág. 457.

a).- Teoría de la sociedad:

Su concepción responde al propósito de explicar el porque del uso y de la conservación de las cosas comunes a cargo de todos los copropietarios de los diversos pisos o departamentos asociados a ese objeto. Aunque se advierte en la actuación del consorcio de propietarios, cierto espíritu corporativo que no se advierte en la administración del condominio, de éste no puede inferirse que el consorcio sea una entidad jurídica diferenciada de sus componentes; ni que persiga una finalidad que permita encuadrarla en la definición legal de la sociedad ⁽¹⁴¹⁾.

Se ha sostenido que la propiedad por pisos refleja la existencia de una sociedad constituida por la reunión voluntaria de los distintos propietarios, con el fin de conservar y mejorar la casa común. Esta teoría ha nacido bajo la influencia de los sistemas inglés y norteamericano ⁽¹⁴²⁾.

Ahora bien, la sociedad inmobiliaria no es sino una forma permanente de división por pisos. Además, en nuestro derecho vigente faltará a esta pretendida sociedad, la personalidad jurídica, ya que la ley no se la concede, y nosotros creemos que toda personalidad jurídica presupone el reconocimiento del derecho objetivo ⁽¹⁴³⁾.

La diferencia es neta, la sociedad hace surgir una nueva persona jurídica, que es la titular de los derechos; en tanto que el condominio no hace nacer ningún ente nuevo.

Además el condominio es un derecho real, que se tiene sobre una cosa determinada, las sociedades confieren a los socios derechos personales.

141.- Cfr.- MAGALLON IBARRA, *op. cit.*- pág. 441.

142.- Cfr.- BORJA MARTINEZ M., *op. cit.*- pág. 56.

143.- Ib *idem*.

La sociedad puede ser titular de cualquier derecho patrimonial, en tanto que el condominio sólo puede recaer sobre cosas y no sobre derechos.

En la sociedad, los socios no pueden ceder sus derechos sin el consentimiento previo y unánime de los demás coasociados, en cambio en el condominio cada condómino es libre de enajenar o gravar en cualquier forma su departamento, local o vivienda sin el consentimiento de los demás.

En la sociedad los socios gozan del derecho del tanto, figura que no existe en el condominio para los condóminos.

En cuanto al funcionamiento y administración de la sociedad, ella depende del contrato social que crea los órganos de administración, en tanto que la administración del condominio está regida por las disposiciones de la ley.

Las sociedades surgen por un acuerdo de voluntades, en tanto que el condominio puede resultar de otras figuras jurídicas, como por ejemplo: un testamento.

b).- Teoría de la servidumbre:

Esta teoría, concibe a la propiedad por pisos, como la natural resultante de una amalgama entre el dominio individual y la servidumbre ⁽¹⁴⁴⁾.

Parte esta teoría, del supuesto de que los pasillos, escaleras y demás cosas de uso común de cada piso, están gravados con una servidumbre *oneris ferenda*, a favor de los distintos propietarios de los pisos o departamentos superiores del edificio ⁽¹⁴⁵⁾.

¹⁴⁴.- BORJA MARTINEZ, *op. cit.*- pág. 49.

¹⁴⁵.- Cfr.- MAGALLON IBARRA, *op. cit.*- pág. 441.

Antonio de Ibarrola (¹⁴⁶), señala al respecto que esta figura jurídica no explica la realidad, porque donde existe propiedad, sea singular o común, no hay servidumbre, ya que no existen los elementos para hablar de ella.

Dentro de esta teoría la noción de servidumbre se limita a los objetos de uso común, mientras que el derecho Individual de propiedad impera en cada piso o departamento (¹⁴⁷).

La realidad jurídica acerca de esta teoría es otra; los dueños de los diversos pisos, se presume son copropietarios del suelo y de las diversas partes del edificio que no están afectadas al uso exclusivo de cada uno de ellos; el uso de esos pasajes comunes, no es el uso de una servidumbre, porque todos los departamentos son igualmente dominantes y no hay un fundo sirviente, ni existe propiedad exclusiva sobre aquellas partes que sirven a todos.

Nuestro Código define a la servidumbre como un gravamen real impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño; para que esta figura exista debemos de tener dos predios, uno que será el dominante y otro que será el sirviente; de forma tal que al no existir el predio sirviente, al menos en nuestro derecho positivo queda descartada esta teoría.

Si la servidumbre consiste en no hacer o en tolerar, para que al dueño del predio sirviente (que no se da en el condominio) pueda exigirse la ejecución de un hecho es necesario que esté expresamente determinado por la ley o en el acto en que se constituyó la servidumbre; la ley que rige en materia de propiedad en condominio, en momento alguno se refiere en su texto, al uso de alguna servidumbre por lo que se refiere al uso de las cosas comunes, ahora bien, si quisiéramos determinar la existencia de un predio sirviente, nos encontraríamos entonces con la situación de que, todos los predios (departamentos, vivienda o local) que conforman el

146.- Cfr.- DE IBARROLA ANTONIO, *op. cit.*- pág. 417.

147.- Cfr.- BORJA MARTINEZ, *op. cit.*- pág. 49.

condominio, estarían afectados por un sin-número de servidumbres.

Sumemos a esto además, el hecho de que las servidumbres son susceptibles de afectación por efecto de la prescripción, la cual en el caso del condominio es inexistente en lo que se refiere al uso exclusivo de las áreas comunes.

Esta afirmación se traduce de la siguiente manera: En el condominio para conservar sus derechos, el propietario no tiene necesidad de ejercerlos, mientras que en la servidumbre, se adquieren por el uso y se pierden por su no ejercicio en el transcurso de un determinado tiempo (prescripción).

c).- Teoría del Derecho de Superficie:

Para armonizar el funcionamiento jurídico de las dos propiedades, esto es de la vertical y de la horizontal, se ha explicado, principalmente por los juristas Italianos, que el derecho que corresponde a los dueños en los diversos pisos o departamentos de un edificio, era un derecho de superficie (¹⁴⁸).

Don Manuel Borja Martínez afirma a este respecto: "Se ha pretendido situar a la propiedad por pisos dentro del derecho de superficie: El derecho de superficie era un derecho real inmobiliario que se ejercía sobre las construcciones que se encontraban en la superficie del suelo, esta concepción tiene su importancia ya que halló su consagración en las leyes de ciertos países" (¹⁴⁹).

Esta concepción no puede tener cabida en ciertas legislaciones como la argentina y la nuestra, que han excluido la figura jurídica del derecho de superficie.

Por otra parte, si el derecho de superficie presupone la existencia de dos

¹⁴⁸. Cfr.- MAGALLON IBARRA, *op. cit.*- pág. 441.

¹⁴⁹. BORJA MARTINEZ, *op. cit.*- pág. 54.

propietarios independientes: "El del suelo y el o los propietarios del edificio que sobre ese suelo se levanta, esta dualidad no se encuentra, ni es necesaria para explicar la propiedad horizontal en examen, pues, por el contrario, son los propietarios de los diversos pisos, los que a la vez son copropietarios del suelo en el que se asienta el edificio" ⁽¹⁵⁰⁾.

Por lo cual no resulta muy aplicable esta teoría al tema en comento, por la carencia de dos titulares diversos en la propiedad, en el condominio existen varios copropietarios del suelo sobre el cual se erige el edificio, pero esto no significa que el titular del suelo sea diverso de cada uno de los titulares de cada piso, ya que cada uno de ellos posee un derecho legítimo sobre el suelo en el cual está cimentado el edificio, en consecuencia no se trata de una edificación en suelo ajeno.

d).- Teoría de la Copropiedad o Comunidad:

Ha sido explicada por Racciatelli ⁽¹⁵¹⁾, diciendo en términos generales que, según esta concepción, los diversos propietarios del edificio serían condóminos con un doble juego de facultades: "Las unas, de participar en la comunidad general conforme al valor de sus cuotas en edificio; las otras, de ejercer en igual medida la exclusividad del uso, goce y disposición jurídica sobre partes objetivamente determinadas".

Esta teoría ve en la propiedad por pisos una comunidad de derechos; algunas la consideran una simple copropiedad, otras la consideran una copropiedad sui generis en la que hay propiedad exclusiva de un piso o departamento y copropiedad de las partes comunes ⁽¹⁵²⁾.

150.- MAGALLON IBARRA, *op. cit.*- pág. 441.

151.- Citado por MAGALLON IBARRA, *op. cit.*- pág. 442.

152.- BORJA MARTINEZ, *op. cit.*- pág. 59.

La concepción del condominio desde este punto de vista, no resulta muy acertada, ya que resulta una contradicción afirmar la existencia de una propiedad en comunidad o copropiedad, que al mismo tiempo sea exclusiva de cada condómino, y si bien resulta aceptable la expresión *communio pro indiviso*, por su brevedad para designar a las distintas propiedades de que es objeto una misma casa, cuyos pisos pertenecen a diferentes propietarios, ella no es absolutamente acertada, porque el derecho de propiedad no se divide en cuotas reales o materiales, sino solamente cuando el condominio cesa, dando lugar a la propiedad exclusiva.

El ordenamiento jurídico español la encuadra como: "Una Institución sui generis de carácter complejo, a la que es inútil buscarle semejanzas e identidades parciales para que sea absorbida en otros tipos clásicos, ya que no es una comunidad, en cuanto existen elementos privativos de los varios propietarios, siquiera coexista es copropiedad privativa con el condominio en pro indivisión sobre los elementos comunes necesarios para el uso y disfrute de aquellos; y lo mismo proclama la legislación que reconocía la existencia de [un derecho singular y exclusivo de propiedad en cada piso, con un derecho de copropiedad sobre los elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute] y la vigente que señala los derechos de los comuneros, tiene buen cuidado de puntualizar que tienen el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente determinado y susceptible de aprovechamiento independiente y la copropiedad, con los demás dueños del piso o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes" (Doctrina Jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal S 28 abril 1976) ⁽¹⁵³⁾.

El jurista Roberto de Ruggiero ⁽¹⁵⁴⁾, con relación al tema expone: "no es posible, conceptualmente, que la misma cosa sea objeto de pleno dominio por más de un titular, dado lo absoluto del señorío y el poder de exclusión que lleva. Es posible

¹⁵³ .- ALBACAR JOSE LUIS y SANTOS BRIZ JAIME, Código Civil y Jurisprudencia, Tomo VI, pág. 299.

¹⁵⁴ .- DE RUGGIERO ROBERTO, op. cit.- pág. 580.

solamente que el derecho corresponda a varios por partes, es decir, por cuotas".

Esto es que la propiedad de una cosa, cuando pertenezca a varios, admita una cómoda división en partes o lo que se ha llamado cuotas, ya que de otro modo el dominio de cada propietario estaría totalmente limitado en su ejercicio por el dominio que ejerzan los propietarios restantes.

Diferencias entre propiedad horizontal y comunidad:

Para explicar ésta, he de recurrir a otra sentencia jurisprudencial de la corte española, que a mi ver resuelve atinadamente el problema:

"La ley de 21 de julio de 1960, que estableció el Régimen de Propiedad Horizontal, edificando nuevamente, pues ya lo había sido en 1939, el artículo 396 del CC, constituyó una institución de carácter complejo, cuyo género es el derecho de propiedad, pero dentro de él, es una especie destacada de las más tradicionales y es vano buscarle semejanzas o identidades parciales, para que sea asumida y absorbida en otros tipos clásicos, **ya que no es una comunidad, en cuanto existen elementos privativos de los varios propietarios**, ni la servidumbre vale, para explicar la situación de todas las cosas comunes sino determinadas relaciones, que se dan sólo entre los propietarios de dos o más pisos, pero no afectan a todos ellos, como ha venido a reconocer el artículo 396 del CC, la doctrina científica en su mayor parte y la jurisprudencia de esta Sala, que claramente ha declarado que **se trata de una forma de goce de propiedad, establecida por el uso y traída como institución jurídica singular e independiente**, por lo cual aunque puedan acoplarse sus normas acudiendo a reglas de otras instituciones y especialmente de la comunidad, sólo será cuando no pugne con su especial naturaleza y finalidad, pues por importante que sea el aspecto de comunidad, **son los derechos privativos sobre los pisos, la razón de ser de la institución**, aquello que en primer término responda a su finalidad económica y social, como dice la sentencia de 9 de julio de 1951, que afirma el carácter preponderante de la propiedad individual y, el accesorio de la comunidad, que por tal motivo, no puede privar a la propiedad de los pisos, de su carácter de

singular, individual y divisible, estimándose por ello la propiedad horizontal, como **institución sui generis** que existe con configuración especial." (¹⁵⁵).

Por lo que a nuestra legislación se refiere, la ley reglamentaria de la materia, en su artículo primero al definir al condominio especifica que cada propietario "tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su departamento, vivienda, casa o local y, además un derecho de copropiedad sobre los elementos y partes comunes..."; en consecuencia por lo que hace a la propiedad horizontal, "reconoce una propiedad individual y exclusiva, engarzada dentro de un marco de objetos y servicios, que necesariamente han de mantenerse por su naturaleza misma, en copropiedad" (¹⁵⁶). En esta tónica de ideas el derecho de propiedad es de mayor importancia que el de copropiedad, y por lo mismo la cuota de copropiedad es accesorio del derecho de propiedad (¹⁵⁷).

Toda esta discusión sobre la naturaleza jurídica del condominio parece en buena medida estéril. El jurista debe concentrar su atención en el interés económico y a veces espiritual que se procura satisfacer con la regulación legal del condominio; el cual consiste en que una cosa pueda tener más de un dueño o, para decirlo en otras palabras, se trata de un ejercicio simultáneo del derecho de propiedad por varias personas, sin pretender la creación de una persona jurídica, ni de una creación puramente intelectual como es la cuota (¹⁵⁸).

155.- S. de 18 mayo 1960 - ABARCAR JOSE LUIS, *op. cit.*- pág. 300.

156.- DE IBARROLA ANTONIO, *op. cit.*- pág. 418.

157.- *Cfr.*- BORJA MARTINEZ, *op. cit.*- pág. 84.

158.- *Cfr.*- BORDA G. A., *op. cit.*- pág. 458.

3.- Regulación del Régimen de Propiedad en Condominio en el Sistema Jurídico Mexicano.

Esta modalidad de la propiedad independientemente de la naturaleza que en su momento se pretendió darle, encuentra su justificación en nuestro ordenamiento fundamental, en el artículo 27 constitucional, párrafo 3º, al declarar de algún modo, que la propiedad privada puede sufrir las modalidades que dicte el interés público. Una de las características básicas de la propiedad horizontal es la de estar regida por normas particulares, que se derivan de la necesidad de cada copropietario a disponer de su propiedad de forma pacífica y con las restricciones que la propia ley le establezcan.

¿Por qué afirmo que el condominio se rige por normas de derecho que le son particulares?. Porque si bien es cierto que a éste, le son aplicables muchos de los principios que rigen a la propiedad en general, también lo es, que por su especial constitución, requiere de normas específicas que la regulen, en atención a sus muy peculiares características y necesidades.

Cuando los diferentes pisos de un edificio pertenecen a diferentes propietarios, cada uno de ellos tiene un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso y además, un derecho conjunto de propiedad sobre los otros elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, ello exige la existencia de un régimen de regulación especial, establecido por el Código Civil, la Ley Reglamentaria especial, o el que los copropietarios, usando de su libertad contractual, hayan tenido por conveniente establecer, de forma tal que cuando en este régimen existente uno de los pisos se transmite, el nuevo adquirente consiente de las normas contractuales que lo rigen, y que no se formule contra él salvedad ninguna al realizar la adquisición, automáticamente queda sometido a las normas del mismo.

Ahora bien, la regulación legal de este tipo de propiedad en nuestro país, como ya

se expuso en el capítulo primero de este trabajo, ha sufrido diversos cambios; esta regulación está fundamentalmente inspirada en el Código de Napoleón; el legislador del siglo pasado, siguiendo el criterio romano individualista que se había transmitido al Código Civil de los franceses, no se ocupó de normar el hecho específico de la copropiedad, sino solamente el tener presente la modalidad singular de la indivisión, que afectaba su libertad como propietario de un bien. De ahí que se ocupó de declarar que no se le podía mantener indiviso, a menos que por la misma naturaleza o por determinación de la ley, el dominio fuere indivisible; agregando la previsión para los casos en los que los bienes no admitiesen cómoda división.

Pero afortunadamente nuestro derecho no es estático y, estos criterios con el transcurso del tiempo evolucionaron, al grado tal de que en nuestra época actual, contamos con una Ley reglamentaria que rige a la propiedad en condominio de manera eficiente. Esta Ley que tiene su antecedente en la reglamentaria del año de 1954; cuando la Cámara de Diputados, en su sesión celebrada el 16 de noviembre de 1954, aprobó la minuta del Proyecto de "Ley Sobre el Régimen de Propiedad y Condominio de los Edificios Divididos en Pisos, Departamentos, Viviendas y Locales", aprobada por la Cámara de Senadores, así como el Proyecto de reformas al artículo 951 del Código Civil.

Esta ley estaba comprendida por siete apartados los cuales se dividían de la siguiente forma:

LEY SOBRE REGIMEN DE PROPIEDAD Y CONDOMINIO DE LOS EDIFICIOS DIVIDIDOS EN PISOS, DEPARTAMENTOS, VIVIENDAS O LOCALES.

(Publicada en el Diario Oficial de 15 de diciembre de 1954 y fe de erratas de 11 de enero de 1955).

Capítulo I.- Del régimen de la propiedad y condominio.

Capítulo II.- De los bienes propios y de los bienes comunes.

Capítulo III.- Del administrador y de las asambleas.

Capítulo IV.- Del Reglamento de Condominio y Administración.

Capítulo V.- Gastos, obligaciones fiscales y controversias.

Capítulo VI.- De los gravámenes.

Capítulo VII.- Destrucción, ruina y reconstrucción del edificio.

Este ordenamiento jurídico sufrió diversas variaciones en su contenido, y en el año de 1972, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre, el decreto que establece la **Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles, para el Distrito Federal**; contando con 8 Apartados:

Capítulo I. Del régimen de la propiedad y condominio.

Capítulo II. De los bienes de propiedad exclusiva y de los bienes de propiedad común.

Capítulo III De las asambleas y del administrador .

Capítulo IV. Del Reglamento de Condominio.

Capítulo V. De los gastos, obligaciones fiscales y controversias.

Capítulo VI. De los gravámenes.

Capítulo VII Destrucción, ruina y reconstrucción del condominio.

Capítulo VIII Del régimen de propiedad en condominio de carácter vecinal.

Como se puede observar, las variaciones en este ordenamiento no constituyen propiamente un giro de 180 grados, sin embargo se mejoró la redacción en algunos de los casos, teniendo como resultado una técnica jurídica más adecuada, además de la creación de un apartado VIII que no se contemplaba en la ley de 1954.

A esta Ley se le anexó un segundo artículo transitorio, mediante el cual quedaban comprendidos en ese decreto los inmuebles incluidos en el Programa Emergente de Renovación Habitacional Popular del Distrito Federal, el cual fue aprobado mediante decreto publicado en el Diario Oficial el 14 de Octubre de 1985.

Las últimas reformas que sufrió el ordenamiento que se comenta fueron en el año de 1993, por decreto publicado el 23 de junio.

Resumiendo: Esta forma de propiedad en consecuencia, se rige por diversos ordenamientos y disposiciones legales, en primer término: **Constitucionales**, encontrando su fundamento en el artículo 27 de nuestra Carta Magna, la cual permite la existencia de diversas variaciones a la propiedad privada en función del interés público; del **Código Civil para el Distrito Federal**, en el cual se encontraba originalmente regulada y, que actualmente figura en el Capítulo IV, dentro del título referente a la copropiedad, artículo 951; que en su párrafo IV expresa "Los derechos y obligaciones de los propietarios a que se refiere este precepto, se registrarán por las escrituras en que se hubiera establecido el régimen de propiedad, por las de compraventa correspondientes, por el **Reglamento del condominio** de que se trate, por la **Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal**, por las disposiciones de este Código y las demás leyes que fuesen aplicables.

4.- La propiedad Exclusiva sobre la Casa, Departamento o Local sujeto al Régimen de Propiedad en Condominio.

Conforme al artículo 951 de nuestro Código "Cuando los diferentes departamentos, viviendas, casas o locales de un inmueble... pertenecieran a distintos propietarios, cada uno de éstos tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su departamento..."

De este artículo se desprende la idea de que cada condómino goza respecto de su parte indivisa, de los derechos inherentes a la propiedad, compatible con la naturaleza de ella, y puede ejercerlos sin el consentimiento de los demás condóminos.

Esto se traduce en el derecho pleno de propiedad que cada condueño tendrá de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan; pudiendo en consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento.

Cada interesado ostenta un derecho exclusivo sobre su propio piso. Le está permitido llevar a cabo los trabajos y las innovaciones compatibles con la solidez del inmueble y los derechos de los demás copropietarios ⁽¹⁵⁹⁾.

Para que un edificio pueda dividirse en departamentos, es requisito esencial que la división que se lleve a cabo sea orgánica; es decir, el departamento debe presentar cierto grado de sustantividad e independencia con relación a los demás, para que pueda ser objeto de un derecho de propiedad independiente ⁽¹⁶⁰⁾.

Si el derecho de propiedad otorga a su titular la facultad jurídica para obtener de

¹⁵⁹.- Cfr.- CARBONIER JEAN, *op. cit.*- pág. 313.

¹⁶⁰.- Cfr.- BORJA MARTINEZ, *op. cit.*- pág. 133.

la cosa todas las ventajas o provechos que aquella sea susceptible de proporcionar, siendo esa facultad o potestad jurídica oponible a todo el mundo, en virtud de una relación típica que se genera entre el titular y el sujeto pasivo que es universal; el condominio no es la excepción, esa facultad también la goza plenamente el dueño de cada departamento, y la relación que se genera será entre el titular y el sujeto pasivo en primer término lo constituirán los restantes condóminos.

Nuestro Código le impone al derecho de propiedad en general, dos limitaciones en su ejercicio: 1.- El de respetar los derechos de los demás, y 2.- El no perjudicar a la colectividad, mismas limitaciones a las cuales no se sustrae el condominio.

Jurídicamente, no es posible concebir derecho alguno sin el correspondiente deber; de ahí que al derecho de propiedad en particular de un condómino, como tal, deben ir anexos los correlativos deberes que, por lo demás, son de singular importancia, ya que ellos constituyen las diversas limitaciones a su ejercicio, pues una propiedad sin límites sería tiránica con respecto a los particulares condóminos, las limitaciones que al ejercicio del derecho de cada condueño deben surgir de la necesidad de condilar armónicamente, por una parte, el derecho de los titulares a disponer de sus bienes, y por la otra, el del resto de los condóminos que están interesados en que tal derecho subjetivo se ejercite de manera tal, que colabore al bienestar social general.

En consecuencia, el condómino de un departamento, vivienda, casa o local, puede usar, gozar y disponer de él, con las limitaciones y prohibiciones de la ley y las demás que establezcan la escritura constitutiva y el reglamento del condominio; pero no podrán ser objeto de venta, parte de los mismos, como piezas o recámaras, cuartos de servicio o lugar privativo para estacionamiento de vehículos, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley. El incumplimiento de esta disposición podrá originar según fuere el caso, la aplicación de lo prevenido en el artículo 38 de la Ley reglamentaria de la materia.

El derecho de uso y goce de la cosa lleva consigo la facultad de aprovechar de los

frutos que la cosa produce ⁽¹⁶¹⁾.

Hagamos ahora pues, un análisis de los derechos concretos que el condómino puede ejercer sin el consentimiento de sus condóminos.

a).- **Venta.** Los condóminos pueden enajenar su parte, sin limitación alguna y sin necesidad del consentimiento de los demás. Estos carecen del derecho de invocar preferencia para la adquisición, de tal manera que el condómino que desee vender su piso, etc., no está obligado a conceder el derecho del tanto a los restantes condóminos (artículo 18 de la Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio).

b).- **Hipotecas.** El principio general en esta materia es que el condómino puede hipotecar su parte, sin necesidad de que opere el consentimiento de los demás condóminos. La hipoteca puede gravar todo el edificio o sólo uno de los departamentos. En el primer caso, si se constituye ante que el régimen de condominio, podrá ser luego dividida (artículo 42 de la Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio). En el segundo de los casos, en dicha hipoteca, quedarán comprendidos, sus derechos sobre las partes comunes, que son anexos inseparables de su derecho de propiedad.

c).- **Arrendamiento.** El dueño de un piso, departamento, vivienda o local, puede arrendarlo a quien crea conveniente, sin que esto constituya un cambio de destino del departamento, prohibido en el artículo 24 de la Ley. El contrato de arrendamiento se registrará por las reglas del derecho común.

d).- **Acciones.** El condómino tiene desde luego, las acciones posesorias para defender su derecho contra los otros condóminos que pretendan excluirlo del condominio o bien contra terceros, de igual modo tiene acción reivindicatoria contra terceros que pretendan privarlo del ejercicio de su derecho de propiedad.

161.- Cfr.- BORDA G. A., *op. cit.*- pág. 470.

El uso y disfrute que sobre la cosa ejerza cada condómino, no es irrestricto sino que debe hacerse conforme con el destino de ella y de modo de no deteriorarla en su interés particular, en perjuicio de los demás condóminos.

Cada condómino u ocupante usará de su departamento, etc., en forma ordenada y tranquila. No podrá, en consecuencia destinarlo a usos contrarios a la moral o buenas costumbres; ni hacerlo servir a otros objetos que los convenidos expresamente, y, en caso de duda, a aquellos que deban presumirse de la naturaleza del condominio, y su ubicación; ni realizar acto alguno que afecte la tranquilidad de los demás condóminos y ocupantes, o que comprometa la estabilidad del condominio, ni incurrir en omisiones que produzcan los mismos resultados (artículo 22 de la Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio).

Ahora bien, existen en el condominio, departamentos o viviendas que por su naturaleza se han querido considerar especiales, en este sentido la ley es muy expresa, el art. 23 de la LRPC. establece, que los condóminos del departamento bajo o primero y los del último..., no tendrán más derechos que los restantes condóminos. Salvo que lo establezca el reglamento del condominio, los condóminos de la planta baja no podrán ocupar para uso exclusivo o preferente sobre los demás condóminos, los vestíbulos, sótanos, jardines, patios, ni otros lugares de tal planta... Con igual salvedad, los condóminos del último piso no podrán ocupar la azotea o techo ni elevar nuevos pisos, ni realizar otras construcciones. Las mismas restricciones son aplicables a los demás condóminos del inmueble.

De esta manera hemos visto, la manera en como esta constituido el derecho de propiedad exclusivo, del cual goza el titular de cada piso, departamento, vivienda o local que constituye el Régimen de Propiedad en Condominio.

5.- La constitución del Régimen de Propiedad en Condominio.

La forma de la constitución depende naturalmente de la fuente que tenga el condominio.

El condominio puede originarse por diversas causas; la ley reglamentaria del artículo 951 del Código Civil hace una enumeración de los diversos casos en los cuales puede originarse la propiedad horizontal.

Modalidades y Requisitos Legales para la Constitución del Condominio.

El régimen de propiedad en condominio de inmuebles, conforme al artículo 2 de la Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio puede originarse:

I. Cuando los diferentes departamentos, viviendas, casas o locales de que conste un edificio o que hubieran sido construidos dentro de un inmueble con partes de uso común, pertenezcan a distintos dueños;

II. Cuando los diferentes departamentos, viviendas, casas o locales que se construyan dentro de un inmueble, pero constando éste con elementos comunes e indivisibles, cuya propiedad privada se reserve en los términos del artículo anterior, se destinen a la enajenación a personas distintas;

III. Cuando el propietario o propietarios de un Inmueble lo dividan en diferentes departamentos, viviendas, casas o locales, para enajenarlos a distintas personas, siempre que exista un elemento común, de propiedad privada, que sea indivisible.

Esta enumeración debemos considerarla como enunciativa, más no limitativa, ya que pueden darse otros supuestos diversos de creación de la propiedad

horizontal.

En consecuencia esta modalidad de la propiedad puede constituirse por contrato, por testamento o resultar de las disposiciones de la ley, la cual nos dice que puede originarse, cuando los pisos de un edificio pertenezcan a distintos dueños; cuando ese edificio se construya con la finalidad de vender a diferentes personas cada uno de los departamentos que lo constituyen; cuando el titular o titulares de un edificio decidan dividirlo en pisos o departamentos, siempre que exista un elemento común en él que sea indivisible.

Ahora bien, se constituye por contrato cuando varias personas adquieren conjuntamente una cosa común, o bien cuando el propietario de una cosa enajena una parte de ella a un tercero ⁽¹⁶²⁾.

El condominio resultará del testamento cuando el causante legue una misma cosa a más de una persona, o bien en un testamento en el cual el testador constituyera el régimen.

El donante puede establecerlo expresamente.

Igualmente puede surgir la copropiedad del hecho de que varias personas hayan poseído simultáneamente un inmueble durante el término necesario para usucapir.

La forma de la constitución depende naturalmente de la fuente que tenga el condominio ⁽¹⁶³⁾.

art. 3. Antes de la constitución del régimen de propiedad en condominio, a que se refiere el artículo siguiente, los propietarios interesados deberán obtener una

¹⁶².- Cfr.- BORDA G. A., *op. cit.*- pág. 463.

¹⁶³.- Cfr.- BORDA G. A., *op. y pág. cit.*

declaración que en su caso expedirán las autoridades competentes del **Departamento del Distrito Federal, en el sentido de ser realizable el proyecto general**, por hallarse dentro de las previsiones y sistemas establecidos, así como de las previsiones legales sobre desarrollo urbano, de planificación urbana, y de prestación de los servicios públicos; entendiéndose que dicha declaración no da por cumplidas las obligaciones a que se contrae la fracción II del artículo siguiente, entre las cuales se preverá el otorgamiento de licencias de construcción hasta un máximo de 120 departamentos, viviendas, casas o locales por condominio, aun cuando éste y otros formen parte de un conjunto o unidad urbana habitacional.

Debemos tener en cuenta que la división horizontal de un inmueble requiere una serie de trámites previos, como son la aprobación de planos, subdivisión administrativa de un edificio, autorización municipal, etc., sin los cuales no es posible llegar a la finalidad propuesta; y es evidente considerar que todos estos trámites administrativos no bastan por sí solos para considerar sometido el inmueble al régimen de la nueva ley ⁽¹⁶⁴⁾.

Una vez obtenida la declaración de ser realizable el proyecto general, por hallarse, dentro de las previsiones o sistemas establecidos, así como de las previsiones legales sobre desarrollo urbano, de planificación urbana y de prestación de servicios públicos, pueden incluso venderse ya los departamentos, tratándose entonces de una compraventa futura ⁽¹⁶⁵⁾.

La escritura de Constitución del Condominio.

Artículo 4 de la Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio "Para constituir el régimen de la propiedad en condominio, el propietario o propietarios

¹⁶⁴.- Cfr.- BORJA MARTINEZ, *op. cit.*- pág. 95.

¹⁶⁵.- Cfr.- DE IBARROLA ANTONIO, *op. cit.*- pág. 420.

deberán declarar su voluntad en escritura pública, en la cual se hará constar:

I. La situación, dimensiones y linderos del terreno que corresponda al condominio de que se trate, con especificación precisa de su separación del resto de áreas, si está ubicado dentro de un conjunto o unidad urbana habitacional. Asimismo, cuando se trate de construcciones vastas, los límites de los edificios o de las alas o secciones que de por sí deban constituir condominios independientes, en virtud de que la ubicación y número de copropiedades origine la separación de los condóminos en grupos distintos;

II. Constancia de haber obtenido la declaratoria a que se refiere el artículo anterior y de que las autoridades competentes han expedido las licencias, autorizaciones o permisos de construcciones urbanas y de salubridad, que requieran este tipo de obras;

III. Una descripción general de las construcciones y de la calidad de los materiales empleados o que vayan a emplearse.

IV. Una descripción de cada departamento, vivienda, casa o local, su número, situación, medidas, piezas de que conste, espacio para estacionamiento de vehículos, si lo hubiese, y demás datos necesarios para identificarlo;

V. El valor nominal que para los efectos de esta ley, se asigne a cada departamento, vivienda, casa o local y el porcentaje que le corresponda sobre el valor total, también nominal, de las partes en condominio;

VI. El destino general del condominio y el espacial de cada departamento, vivienda, casa o local;

VII. Los bienes de propiedad común, su destino, con la especificación y detalles necesarios y, en su caso, su situación, medidas, partes de que se compongan, características y demás datos necesarios para su identificación;

VIII. Características de la póliza de fianza que deben exhibir los obligados, para responder de la ejecución de la construcción y de los vicios de ésta. El monto de la fianza y el término de la misma serán determinados por las autoridades que expidan las licencias de construcción;

IX. Los casos y condiciones en que pueda ser modificada la propia escritura;

X. La obligación de los condóminos de garantizar por cualesquiera de las formas que establecen las leyes, el pago de las cuotas correspondientes a los fondos de mantenimiento, de administración y de reserva, para el caso de que los mismos incumplan con dicho pago. Esta obligación se consignará también en el Reglamento del Condominio.

El apéndice de la escritura se agregarán, debidamente certificados por el notario, el plano general y los planos correspondientes a cada uno de los departamentos, viviendas, casas o locales y a los elementos comunes; así como el reglamento del propio condominio.

De la documentación anterior y de la demás que se juzgue necesaria, se entregarán al administrador copias notarialmente certificadas, para el debido desempeño de su cargo."

Este artículo, consonante con el resto de nuestra legislación sobre bienes Inmuebles, es digno de alabanza, pues al exigir el requisito de la escritura pública, esta dotando de autenticidad y seguridad a la constitución del régimen ⁽¹⁶⁶⁾.

La Ley del Notariado vigente establece dos formas de elaborar escrituras; según la primera, los actos jurídicos que se hacen constar en la escritura deben asentarse en los libros del protocolo, pudiendo agregar al apéndice los documentos referentes a la escritura. El segundo método consiste, en que las partes de un contrato o acto jurídico lo consignan en un documento que ellas y el

¹⁶⁶.- Cfr.- BORJA MARTINEZ, *op. cit.*- pág. 93 y 94.

notario, firman en cada una de las hojas de que consta, el cual debe llenar los requisitos señalados en el cap. 3º de la Ley mencionada, del referido documento se presentan al notario tantas copias como partes integran el acto jurídico, éste agrega el referido documento al apéndice, y levanta en el protocolo una acta en la que hace constar un extracto del documento indicando sus elementos esenciales; una vez satisfechos los requisitos señalados, el multicitado documento, se tendrá como parte de la escritura, la cual estará integrada con el acta notarial y con el documento ⁽¹⁶⁷⁾.

La Inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

La escritura constitutiva del régimen de propiedad en condominio de inmuebles, que reúne los requisitos de ley, deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

Cuando se trate de la inscripción de actos relativos a las diversas unidades resultantes de condominios, lotificaciones o subdivisiones, no se requerirá un certificado por cada una de ellas cuando se presente el expedido con anterioridad respecto del inmueble de que provengan, siempre y cuando no hayan transcurrido los plazos de ley, de conformidad con el art. 34, Regl. Reg. Públ. Ahora bien si la finca es la unidad básica registral y el registro de la propiedad inmueble se llevará en un Folio Real, para cada finca debemos entender que aquellas que estén sujetas a régimen de propiedad en condominio no se considerarán como una sola finca (art.56 Regl. Reg. Públ.).

"Las inscripciones se realizan bajo el número de orden que les corresponde, comprendiéndose en un solo número toda la inscripción; sin embargo, con objeto de localizar rápidamente un departamento, al margen de su inscripción se marca

¹⁶⁷. - Cfr.- BORJA MARTINEZ, op. cit.- pág. 100.

el número romano" (168).

Efectos Jurídicos de la Inscripción.

La inscripción de los actos o contratos en el Registro Público tiene efectos declarativos.

El registro público protege los derechos adquiridos por un tercero de buena fe.

El derecho registrado se presume que existe y que pertenece a su titular en la forma expresada por el asiento respectivo. Se presume también que el titular de un inscripción de dominio o de posesión, tiene la posesión del inmueble inscrito, según el artículo 3010 del Código Civil.

168.- BORJA MARTINEZ, *op. cit.*- pág. 102 y 103.

6.- Derechos y Obligaciones de los Condóminos.

Para estudiar las obligaciones a cargo de los dueños de los locales de un edificio sometido al régimen de propiedad y condominio, podemos dividirlos en dos grandes grupos:

I.- Obligaciones de los propietarios con relación al departamento, y

II.- Obligaciones de los propietarios con relación a los bienes y servicios comunes.

El condómino tendrá derecho exclusivo a su departamento, vivienda, casa o local, y derecho a la copropiedad de los elementos y partes del condominio que se consideren comunes (artículo 11, párrafo 2º de la Ley Sobre Propiedad en Condominio).

Cada uno de los condóminos tiene el derecho de gozar y disponer libremente de la porción privada que le corresponda del condominio. Esto implica:

1.- Debe atender a los gastos de conservación y reparación de sus departamentos. A este respecto el art. 24 de la LRPC., señala que: "Cada propietario podrá hacer toda clase de obras y reparaciones en el interior de su departamento, vivienda, casa o local, pero le estará prohibida toda innovación o modificación que afecte a la estructura, paredes maestras u otros elementos esenciales del edificio... deberá abstenerse de todo acto, **aún en el interior de su propiedad**, que impida o haga menos eficaz su operación y estará obligado a mantener en buen estado de conservación y funcionamiento los servicios e instalaciones propios".

Serán por cuenta de los respectivos propietarios las obras que requieran los techos pisos medianeros y las paredes u otras divisiones que tengan el mismo carácter.

Los propietarios del último piso, o de los departamentos, viviendas o locales situados en él, costearán las obras de los techos en su parte interior; y los propietarios del piso bajo o primero o de departamentos, viviendas o locales que formen parte de él, las obras que necesiten los suelos o pavimentos en la parte que dé a su propiedad (artículo 27 de la Ley sobre Propiedad en Condominio).

2.- Debe efectuar el pago de los impuestos y derechos fiscales. El pago de los impuestos sobre la propiedad raíz es obligación que alcanza a todos los dueños de inmuebles y por lo mismo a los propietarios de los distintos departamentos de un edificio. En consecuencia; Los condóminos cubrirán independientemente del impuesto sobre la propiedad raíz de su propiedad exclusiva, la parte que les corresponda de los bienes en común, así como los demás impuestos o derechos de que en razón del condominio sean causantes por sí mismos.

3.- Debe abstenerse de ejecutar actos que afecten a las normas de convivencia. Resulta prohibido, el servirse de la cosa común contra el interés de la comunidad o de modo que impida a los demás partícipes el servirse de la cosa según su derecho. El decidir por sí solo de la suerte de la cosa ⁽¹⁶⁹⁾. El condómino tiene un derecho de uso, goce y disfrute absoluto de su propiedad, sin embargo, cuando el ejercicio de las facultades, por parte de uno sólo produjese colisiones con las facultades de los demás, el poder de disposición entonces viene atribuido a la mayoría o a la totalidad. De modo tal que usará de su departamento, vivienda, casa o local, en forma ordenada y tranquila. No podrá, en consecuencia, realizar acto alguno que afecte la tranquilidad de los demás condóminos y ocupantes, o que comprometa la estabilidad, seguridad, salubridad o comodidad del condominio, ni incurrir en omisiones que produzcan los mismos resultados (artículo 22 de la Ley sobre Propiedad en Condominio).

Ahora bien con respecto a las cosas comunes, la ley de la materia establece en su artículo 12 que: "El derecho de cada condómino sobre los bienes comunes,

¹⁶⁹.- Cfr.- DE RUGGIERO ROBERTO, *op. cit.*- pág. 587.

será proporcional al valor de su propiedad exclusiva, fijada en la escritura constitutiva para este efecto'.

Veámos para la Ley de la materia, que bienes estarán sujetos a uso común

Artículo 13 de la LRPC. Son objeto de propiedad común:

I.- El terreno, sótanos, puertas de entrada, vestíbulos, galerías, corredores, escaleras, patios, jardines, plazas, senderos, calles interiores, instalaciones deportivas, de recreo, de recepción o reunión social, espacios que hayan señalado las licencias de construcción como suficientes para estacionamientos de vehículos; siempre que dichas áreas sean de uso general.

II.- Los locales destinados a la administración, portería y alojamiento del portero y los vigilantes; más los destinados a las instalaciones generales y servicios comunes;

III.- Las obras, instalaciones, aparatos y demás objetos que sirvan de uso o disfrute común, tales como fosas, pozos, cisternas, tinacos, ascensores, montacargas, Incineradores, estufas, hornos, bombas y motores; canales, conductos de distribución de agua, drenaje, calefacción, electricidad y gas; los locales y las obras de seguridad, de ornato y otras semejantes, con excepción de los que sirvan exclusivamente a cada departamento, vivienda, casa o local;

IV.- Los cimientos, estructuras, muros de carga y los techos de uso general, y

V.- Cualesquiera otras partes del Inmueble, locales, obras, aparatos o instalaciones que se resuelva, por la unanimidad de los condóminos, usar o disfrutar en común o que se establezcan con tal carácter en el reglamento del condominio o en la escritura constitutiva.

En materia de derechos y obligaciones de los propietarios, éstos deberán

regirse por las escrituras y por el Reglamento de Condominio y Administración y sólo en su defecto por la Ley reglamentaria del artículo 951 del Código Civil.

Dos son los límites que nuestra ley, impone a los propietarios para usar de los bienes comunes: el primero, que se empleen conforme a su naturaleza y destino ordinarios; y el segundo, que no restrinjan ni hagan más oneroso el derecho de los demás.

Estará prohibida toda innovación en lo referente a las áreas comunes que sean por capricho o voluntad propia; además, serán obligatorias para los respectivos condóminos y por su cuenta, las obras que requieran los entresijos, suelos, pavimentos, techos, sótanos, paredes u otras divisiones entre locales colindantes.

El artículo 26 de la ley de la materia establece: "para las obras en los bienes comunes e instalaciones generales, se observan las siguientes reglas:

"I.- Las obras necesarias para mantener el condominio en buen estado de seguridad, estabilidad y conservación, se efectuarán por el administrador... con cargo al fondo de gastos de mantenimiento y administración..."

"II.- El enajenante es responsable de los vicios de construcción del condominio..."

"III.- Para realizar obras... se requerirá acuerdo aprobatorio de la Asamblea de una mayoría de condóminos equivalente al 75% del valor total del condominio."

"IV.- Las reparaciones urgentes en las áreas comunes podrán ser efectuadas por los condóminos en caso de falta de administrador."

"V.- Los gastos que se originen con motivo de la operación, reparación, conservación y mantenimiento de las instalaciones y servicios generales, así como de las áreas o bienes comunes, serán cubiertos por los condóminos en la

proporción que cada uno represente sobre el valor del condominio."

7.- Disolución del Régimen de Propiedad en Condominio.

El régimen de propiedad en condominio puede extinguirse voluntariamente, por acuerdo de un mínimo del 75% de los condóminos, salvo que la escritura constitutiva prevea un porcentaje superior. También se extinguirá, en su caso, por destrucción o ruina del condominio.

Si el condominio se destruye en su totalidad o en una proporción que represente por lo menos las tres cuartas partes de su valor, según peritaje practicado por las autoridades competentes o institución fiduciaria, una mayoría especial del 51 por ciento de los condóminos podrá acordar la reconstrucción o la división del terreno y de los bienes comunes que queden, o en su caso la venta, con arreglo a las disposiciones legales sobre planificación, desarrollo o regeneración urbana y otras que fuesen aplicables.

Si la destrucción no alcanza la gravedad que se indica, los acuerdos serán tomados por una mayoría especial del 75% de los condóminos.

En los casos en que los acuerdos sean favorables a la reconstrucción, los condóminos en minoría estarán obligados a contribuir a ella en la proporción que les corresponda o a enajenar sus derechos. La enajenación podrá tener lugar desde luego a favor de la mayoría, si en ella convienen con los minoritarios; pero será forzosa a los seis meses, al precio del avalúo practicado por corredor público o por institución fiduciaria, si dentro de dicho término no la han logrado los minoritarios.

En caso de ruina o vetustez del condominio, una mayoría especial del 51% de los condóminos podrá resolver, previo dictamen de las autoridades competentes, la reconstrucción o la demolición y división de los bienes comunes, o en su caso la venta.

CAPITULO CUARTO:**"LA USUCAPION O PRESCRIPCION POSITIVA EN EL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO"****1.- Características de la Usucapión o Prescripción Positiva en el Régimen de Propiedad en Condominio.**

Por características debemos entender aquellas cualidades que revisten a la usucapión en el régimen de propiedad en condominio.

En el capítulo 3º de este trabajo se define a la propiedad en condominio como un derecho real por virtud del cual, su titular detenta todas las facultades necesarias, a efecto de obtener, en forma directa e inmediata, todas las ventajas que la cosa sea susceptible de proporcionar, con respecto única y exclusivamente de la parte del bien del cual es dueño, en tanto el ejercicio de esas facultades no sea contrario a la ley ni a los intereses del resto de los condóminos, llevando de manera inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del inmueble necesarios para su adecuado uso y disfrute.

De esta definición se desprenden los elementos que se han de analizar para determinar cuales son esas características que le dan un matiz especial a la usucapión en este régimen de propiedad.

En el desarrollo del presente trabajo, he destacado el carácter y función social de que están investidas ambas instituciones; sí como pienso la sociedad sólo puede existir cuando concurren los valores de estabilidad y seguridad, y sí la usucapión es una institución jurídica que tiende a sancionar un estado de hecho, mismo que se ha prolongado durante un determinado tiempo, facultando a aquella persona que posee un bien del cual no detenta la propiedad a adquirirlo; y el

condominio, dada la evolución y el crecimiento desmedido de la sociedad, las ciudades y la propiedad privada, ha venido a resolver muchas complicaciones que en torno a la propiedad pudieran surgir, facultando la construcción de diversas viviendas, casas o locales edificados en un mismo suelo, con propietarios diversos. Cuando concurren ambas en un acto jurídico determinado, su función jurídico-social se incrementa.

Teniendo el condominio cualidades propias y especiales que lo diferencian perfectamente de otras modalidades de la propiedad, cuando concurre la usucapión en él, reviste condiciones que la hacen especial.

En principio, porque en la propiedad en condominio, convergen dos formas de propiedad diferentes entre sí:

1.- Una propiedad exclusiva sobre el departamento, vivienda, casa o local, sobre la cual su titular ejerce todas las facultades inherentes de éste derecho real, sin más limitaciones que las que la ley señale para tal efecto; sobre esta propiedad la usucapión no reviste ninguna diferencia.

2.- Una copropiedad sobre las denominadas áreas comunes del inmueble, en las cuales si se pretendiera usucapir en forma independiente del área exclusiva, surgirían ciertos problemas.

Cabe recordar a éste respecto, que la copropiedad existe, cuando un derecho de dominio es ejercido por varias personas.

Iniciemos pues el estudio de este capítulo, con un breve análisis de las características de la posesión aplicadas al condominio.

Si la posesión debe ser pacífica para usucapir, y si entendemos por posesión pacífica, a aquella que no lesione el derecho de otro poseedor, en el condominio el poseedor que pretenda usucapir, debió haber entrado en posesión del bien sin que haya mediado violencia alguna, y esa posesión no debe contravenir los

Intereses de los demás condóminos.

Cuando quien pretende usucapir, entra en posesión de una parte determinada del condominio susceptible de propiedad exclusiva, y ejerce su posesión de manera pacífica, sin que haya mediado violencia en contra de otro poseedor, algún condómino o bien de quien legítimamente es propietario del departamento, vivienda, casa o local, estará cumpliendo con el primer requisito de la posesión, misma que puede ser apta para la usucapión, se estará pues anteponiendo la paz o otros fines, prescindiendo incluso de la idea de si le asiste derecho o no, de si es viable o no la usucapión en esta hipótesis.

Que la posesión sea pública, en el condominio al igual que en cualquier otro tipo de propiedad, es un aspecto relevante, una posesión clandestina u oculta, que no se tenga a la vista del resto de los condóminos que pudieran tener interés en interrumpirla, que se presente en éste tipo de propiedad resulta evidentemente una posesión viciada.

No hay una posesión pública frente a una posesión no pública, en consecuencia no es factible afirmar que la publicidad de la posesión en el condominio revista dos cualidades, puede ser pública hacia el interior o bien con determinados condóminos y clandestina hacia el exterior, con terceros ajenos al condominio, dentro de los cuales se puede encontrar quien legítimamente es propietario del bien poseído. O bien hacia el exterior puede existir un comportamiento público de la posesión, el cual no se percibe dentro del condominio.

La posesión debe ser pública e inequívoca, de modo tal que el perjudicado condómino ha de estar siempre en condiciones de conocer quién se encuentra poseyendo el bien, con la finalidad de poder provocar la interrupción en cualquier momento.

En el condominio se hace notoria esta característica, ya que el ejercicio pleno de la posesión, en éste particular régimen de propiedad, debe ser tal, que

no sólo abarque un dominio sobre el departamento, casa, vivienda o local, sino que requiere un ejercicio de los derechos que sobre las denominadas áreas comunes le son inherentes, con sus consecuentes obligaciones, por lo que, dada la conformación del régimen, resultaría sumamente difícil ocultar la posesión.

Ahora bien por lo que se refiere a los elementos *corpus y animus*, la situación es semejante, quien posee en el condominio, a título de dueño, se comportará como tal sobre la casa, etc., y ejercerá a la vez sus derechos sobre las áreas comunes del edificio. En consecuencia quien pretenda por medio de la usucapión, adquirir la propiedad de una parte determinada en un condominio, además del ejercicio material de la posesión, deberá comportarse como dueño de la cosa y de todos los derechos o bienes comunes que le son anexos, sin querer decir ésto, que si no ejercita tales derechos sobre todas y cada una de las señaladas como áreas comunes, su comportamiento será distinto al del dueño de la cosa y ello le impediría recurrir a la usucapión. De manera que el simple detentador de la cosa se encuentra limitado al destino que sobre el departamento quiera dar el legítimo propietario, el poseedor a título de dueño sólo tendrá como limitaciones únicamente las que la ley señala para el resto de los condóminos.

2.- Problemática de la Prescripción Positiva en el Régimen de Propiedad en Condominio.

Como hemos visto las características que revisten a la posesión apta para la usucapción, en la propiedad en condominio, son iguales para cualquier otro tipo de propiedad, entonces ¿Qué es lo que hace especial a la prescripción positiva en el régimen de propiedad en condominio?

1.- Para empezar la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio, en su artículo primero, establece que "cada propietario podrá, enajenar... su departamento, vivienda, casa o local, sin necesidad de consentimiento de los demás condóminos", quedando comprendidos invariablemente a su vez los derechos sobre los bienes comunes que le son anexos.

En consecuencia si el propietario se desentiende en el uso de la cosa, y no ejerce las acciones posesorias de que la ley lo faculta, en contra del actual poseedor de la cosa pierde por el transcurso del tiempo su derecho, si ese poseedor invoca en su favor a la usucapción. Pero la Ley no contempla en ésta hipótesis que la pérdida de ese derecho sea en favor de todos los condóminos, pasando a formar parte de las áreas de uso común el mencionado bien, el propietario solamente perderá su derecho de propiedad, frente a un poseedor que reunió los requisitos legales para poder usucapir.

La asamblea de condóminos, en tanto carece de personalidad jurídica, o bien la institución oficial que hayan construido o financiado el condominio, aún cuando en su ejercicio de funciones sean el máximo órgano rector del condominio, no pueden solicitar en favor de la totalidad de los condóminos la usucapción, de un departamento, vivienda, casa o local del cual se intuye o presume su propietario se ha desentendido. El dueño de una parte exclusiva del edificio no está obligado a rendir cuentas a los restantes ocupantes del condominio del destino que le dé a la cosa, en tanto no afecte a los intereses de los condóminos ni a la seguridad

del condominio; y si la enajenación de los derechos de alguno de los condóminos, no estará sujeta al derecho del tanto a favor de los demás condóminos, se entiende en consecuencia a su vez, que el abandono de un departamento o local, no faculta a éstos órganos a determinar el destino del bien, no constituyendo por sí sólo un incremento en los derechos de los restantes integrantes del régimen.

Aún cuando la ley señale, que en el condominio la asamblea de condóminos es el órgano supremo del condominio, la cual está facultada para emitir el reglamento de condominio, precisar las responsabilidades, nombrar y remover libremente al administrador del condominio, establecer las cuotas a cargo de los condóminos para construir un fondo destinado a los gastos de mantenimiento y administración, etc., no será posible entonces que determine el destino que deban seguir las áreas susceptibles de aprovechamiento independiente.

O bien que si el administrador es el encargado de cuidar y vigilar los bienes del condominio y los servicios comunes, con facultad de absolver posiciones, pretenda determinar, por él sólo y dada la autoridad que goza al interior del condominio, el destino que debe sufrir un departamento, casa o local del condominio, del cual se presume su legítimo dueño se ha desentendido por largo tiempo; aún cuando las medidas que adopte y las disposiciones que dicte dentro de sus funciones sean obligatorias para todos los condóminos, sus facultades se limitan a administrar y las mismas no lo facultan a decidir el destino de un bien del cual no es propietario.

Independientemente de que la ley no faculta ni al administrador ni a la asamblea de condóminos a decidir el destino de cada departamento, etc., del condominio, no sería posible que invocarán la usucapción en su favor, sencillamente porque no reunirían ninguno de los requisitos legales para ello.

El que una parte del condominio se presume abandonada por ejemplo, no implica que en ella ejerzan un derecho de dominio el resto de los condóminos; para que se pueda usucapir ese bien, se requiere de una persona determinada que posea ese bien a título de dueño, de manera pública, pacífica, sin menoscabar el

derecho del resto de los condóminos, todo ello por un período de cinco años si es poseedor de buena fe, o bien de diez años en caso de ser poseedor de mala fe.

De lo cual resulta la imposibilidad de que, todos y cada uno de los restantes condóminos ejerzan una posesión apta para la usucapión sobre la cosa. En consecuencia no es factible que la asamblea o el administrador del condominio invoquen en su favor la usucapión, sencillamente porque resulta poco factible que cumplan con los requisitos que la ley le impone al usucapiente.

El *corpus* y el *animus* necesarios para la usucapión no pueden concurrir en todo un grupo de personas las cuales son propietarios en condominio.

Ni tampoco se puede pensar que transcurrido un tiempo determinado, se pueda solicitar que cambie el destino del bien, dejando de ser de aprovechamiento individual, para ser de aprovechamiento común.

2.- Otro supuesto que se puede presentar en el condominio: Una persona que posee a título de dueño una parte determinada del condominio, está obligado frente al resto de los condóminos a cumplir determinadas obligaciones, pero también estará facultado a gozar de los derechos anexos al bien que posee; además de que puede concurrir en las asambleas que se celebren respecto a la administración del condominio, debiendo notificar oportunamente al administrador de su posesión, para los efectos que procedan.

En el caso de las asambleas la Ley de la materia, establece en su artículo 27, fracción II que: "Cada condómino gozará de un número de votos igual al porcentaje del valor que su departamento, vivienda, casa o loca, represente en el total del condominio y que figure en el título de propiedad correspondiente"; y la fracción III establece "quienes haya celebrado contrato en virtud del cual, de cumplirse en sus términos, lleguen a ser propietarios, si media crédito hipotecario o compraventa con reserva de dominio, el porcentaje de sus votos se reducirá a la proporción del precio que hubieran pagado y corresponderá al acreedor la otra

proporción del porcentaje" "para los casos de excepción... el voto único corresponderá al adquirente si éste ha cubierto la mitad del precio, en caso contrario corresponderá al enajenante", considerando estos señalamientos legales, si el poseedor puede concurrir a las asambleas, ¿de que porcentaje de votos gozará en la misma?

No puede encontrarse en la hipótesis que señala la fracción tercera del mencionado artículo, por que en ese caso no existiría un propietario que se desentiende del uso y de revelar su condición de dueño del bien inmueble.

El poseedor a título de dueño, de una parte susceptible de aprovechamiento individual en un condominio tendrá ante la asamblea la misma cantidad de votos con los que cuenta un legítimo propietario, esto es un número de votos igual al porcentaje del valor que el departamento, vivienda, casa o local, sobre el cual ejerce la posesión, represente en el total del condominio, puesto que su comportamiento es el mismo que tendría cualquier propietario sobre su bien inmueble; correspondiéndole también un voto en los casos de elección o remoción del administrador, de los integrantes de la mesa directiva o del comité de vigilancia; pudiendo incluso, si así lo determina la asamblea ser detentar el cargo de administrador del condominio, con todas las facultades que dicho encargo lleva implícitas.

La asamblea de condóminos está facultada a establecer las cuotas a cargo de los condóminos para constituir un fondo destinado a los gastos de mantenimiento y administración y otro fondo de reserva, para la adquisición o reposición de implementos y maquinaria con que deba contar el condominio, pudiendo dicho pago dividirse en mensualidades, que habrán de cubrirse por adelantado, de conformidad con el artículo 29 fracción VII de la LRPC.

El incumplimiento de la obligación de aportar las cuotas para los gastos comunes lo contempla la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio:

"Artículo 37: ... Trae aparejada ejecución en la vía ejecutiva civil, el estado de

liquidación de adeudos, intereses moratorios y pena convencional que estipule el reglamento del condominio, si va suscrita por el administrador y el presidente del comité de vigilancia o quien lo sustituya y acompañada de los correspondientes recibos pendientes de pago, así como de copia certificada por los mismos fundonarios...Esta acción sólo podrá ejercerse cuando existan tres recibos pendientes de pago".

"Artículo 38: El condómino que reiteradamente no cumpla con sus obligaciones, además de ser responsable de los daños y perjuicios que cause a los demás, podrá ser demandado para que se le obligue a vender sus derechos hasta en subasta pública...".

"Artículo 39: Si quien no cumpla sus obligaciones fuese un ocupante no propietario, el administrador le demandará, previo consentimiento del condómino, la desocupación del departamento, vivienda, casa o local. Si el condómino se opusiera, se procederá contra éste y el ocupante, en los términos del artículo anterior".

Estos tres artículos resuelven las controversias que se suscitan cotidianamente en el condominio, cuando uno de los condóminos usa, goza y disfruta de las áreas comunes, pero se niega de manera reiterada a pagar las cuotas que para el mantenimiento de las mismas se requiere.

El problema surge, cuando quien usa, goza y disfruta de las áreas comunes no es el condómino titular de la propiedad, tampoco lo es un simple detentador ni un poseedor derivado, como pudiera ser el caso de un arrendatario o cualquier cesionario del uso, que directamente éste vinculado con el propietario del departamento, casa o local; en éste caso se trata de un poseedor, que no es lo mismo que propietario, sin embargo aspira a serlo, el cual repentinamente se niega a seguir aportando sus cuotas respectivas; señala el artículo 38 de la LRPC., que podrá ser demandado para que se le obligue a vender sus derechos hasta en subasta pública.

Efectivamente los condóminos cuentan con esa acción, pero es aplicable a los propietarios, y el poseedor a título de dueño está impedido jurídica y materialmente a ello, no puede vender lo que no es de él, jurídicamente no es posible enajenar lo que no es propio.

Además a ello hay que agregar que, debe responder por los daños y perjuicios que cause al resto de los condóminos, cosa que no resulta sencilla, ya que, si no tiene la voluntad de cumplir con sus obligaciones que le impone el estar disponiendo de un departamento, casa, vivienda o local sujeto a régimen de propiedad en condominio, menos aún de reparar el daño que ocasione con ello; y la ley al referirse a la venta de sus derechos se refiere al bien inmueble, e incluso señala se debe respetar el derecho de preferencia o el del tanto en su caso (cuando existiera arrendatario), lo cual en el caso que se estudia no ocurre.

Ahora bien tampoco es aplicable a éste supuesto lo previsto en el artículo 39, ya que éste señala que al ocupante del bien exclusivo, se le solicitará la desocupación previo consentimiento del condómino, y resulta que el poseedor ejerce su posesión a título de dueño sobre la cosa, debido a la existencia de un propietario el cual presuntamente se desentendió en el uso de la cosa y de revelar su condición de dueño; en consecuencia no es posible solicitar su consentimiento, ya que si estuviera pendiente de la cosa ejerciendo sus derechos sobre ella, no tendríamos a un poseedor a título de dueño, sino a un simple detentador o un poseedor derivado, como puede ser el arrendatario, comodatario, etc., los cuales no pueden invocar en su favor a la usucapión para adquirir la propiedad de la cosa.

Pero además el reglamento del condominio podrá establecer que cuando algún condómino caiga en mora, el administrador distribuirá el importe del adeudo causado y que se siga causando, entre los restantes condóminos, en proporción al valor de sus propiedades, hasta la recuperación del adeudo, lo cual aplicado al ejemplo que se estudia resulta poco equitativo.

3.- Otro supuesto en el condominio pudiera ser: un condómino pretende

haber poseído por sí y con exclusión de los demás, la totalidad del inmueble.

La dificultad reside en que frecuentemente el condominio es administrado por uno de los condóminos, quien se comporta exteriormente como dueño exclusivo de la cosa, aún cuando reconozca en los restantes el derecho que les corresponde.

Sin embargo, ¿que ocurre si el administrador durante muchos años percibió la renta resultante del arrendamiento de alguna de las áreas comunes del edificio susceptible de un contrato de esa naturaleza, y se negó repetidamente a reintegrar a los condóminos los derechos que éstos pretendían, ejercitando actos posesorios a título personal y exclusivo?

¿Puede, transcurrido el tiempo de ley prescribir en su favor el inmueble?

En el caso del administrador la ley establece límites al ejercicio de sus facultades.

El administrador como ya lo señale, es nombrado por la asamblea de condóminos, con excepción de los que funjan por el primer año, que serán designados por quienes otorgan la escritura constitutiva del condominio.

Y es la asamblea quien determina la clase y monto de la garantía que deba otorgar el administrador respecto al fiel desempeño de su misión.

Sin embargo como señalé en el capítulo tercero del presente trabajo, el condómino tiene desde luego, las acciones posesorias para defender su derecho contra los otros condóminos que pretendan excluirlo del condominio o bien contra terceros; de igual modo tiene acción reivindicatoria contra terceros que pretendan privarlo del ejercicio de su derecho de propiedad; a ello hay que sumarle que el administrador en el desempeño de sus funciones, estará supervisado por un comité de vigilancia, el cual debe dar cuenta a la asamblea de condóminos de sus

observaciones sobre la administración del condominio.

Además de que en el reglamento del condominio, se deben establecer los casos en que proceda la remoción del administrador.

En consecuencia la posibilidad de que el administrador pueda usucapir la totalidad del condominio resulta poco factible.

Por lo que se refiere a la usucapción sobre un departamento, casa, vivienda o local el administrador como mencioné al inicio de este punto no puede decidir sobre el destino del mismo, y sólo si reúne los requisitos que la ley le impone a la prescripción positiva la podrá invocar en su favor.

Pero, para que eso ocurra deberá poseer a título de dueño y no como el administrador que es, ya que en caso contrario se le considerará un simple detentador, más no un poseedor futuro usucapiente.

4.- El problema que puede presentarse eventualmente, es en relación a pequeñas propiedades, en las que no es infrecuente que los condóminos toleren su uso por uno solo de ellos.

Este ejemplo se refiere concretamente a esas partes del condominio, sobre las cuales los condóminos ejercen un derecho de copropiedad, que son los "Bienes de propiedad común".

En este caso, cabe hacer mención de las multitudadas áreas o bienes comunes:

La Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio, en su artículo 13 señala "Son objetos de propiedad común:"

"1.- El terreno, sótanos, puertas de entrada, vestíbulos, galerías, corredores,

escaleras, patios, jardines, plazas, senderos, calles interiores, instalaciones deportivas, de recreo, de recepción o reunión social..."

"II.- Los locales destinados a la administración, portería y alojamiento del portero y los vigilantes; más los destinados a las instalaciones generales y servicios comunes;"

"III.- Las obras, instalaciones, aparatos y demás objetos que sirvan de uso o disfrute común, tales como fosas, pozos, cisternas, tinacos, ascensores, montacargas, incineradores, estufas, hornos, bombas y motores; albañales, canales, conductos de distribución de agua, drenaje, calefacción, electricidad y gas; los locales y las obras de seguridad, de ornato y otras semejantes, con excepción de los que sirvan exclusivamente a cada departamento, vivienda, casa o local;"

"IV.- Los cimientos, estructuras, muros de carga y los techos de uso general, y"

"V.- Cualesquiera otras partes del inmueble, locales, obras, aparatos o instalaciones que se resuelva, por la unanimidad de los condóminos, usar o disfrutar en común o que se establezcan con tal carácter en el reglamento del condominio o en la escritura constitutiva."

Con respecto a éstos bienes existe un derecho de copropiedad como ya mencione de todos los condóminos, el cual se establece desde la creación misma del condominio.

Así, aunque un condómino abandone o reuse a ejercer sus derechos o bien reuse a usar determinados bienes comunes, continuará sujeto a las obligaciones que imponen la ley, la escritura constitutiva, el reglamento del condominio y las demás disposiciones legales aplicables, pudiendo cada condómino servirse de los bienes comunes y gozar de los servicios e instalaciones generales conforme a su naturaleza y destino ordinarios.

En lo referente a este tipo de bienes comunes, un condómino no puede invocar en su favor la usucapión, debido a que la ley le impone diversas prohibiciones para ello.

El artículo 1167 del Código Civil, fracción IV, (estudiado en profundidad en el capítulo segundo) señala que: **"la prescripción no puede comenzar ni correr ... Entre copropietarios o coposedores, respecto del bien común"**.

De igual manera, la LRPC establece que el derecho de copropiedad al cual están sometidos los elementos comunes del inmueble **no es susceptible de división**.

En lo referente a estos bienes, sobre la naturaleza, destino, especificación e incluso medidas, partes que los componen, características y demás datos necesarios para su identificación, los condóminos no pueden argumentar en su favor un desconocimiento de ellos o de sus limitaciones, ya que las mismas se encuentran señaladas tanto en el contrato de adquisición, como en la escritura constitutiva del condominio y también en el reglamento del condominio, aunado a ello, se debe contemplar que cada condómino tiene derecho sobre los bienes comunes, de manera proporcional al valor de su propiedad exclusiva.

Además de estas consideraciones, el artículo 22 párrafo segundo de la LRPC señala: "En cuanto a los servicios y áreas comunes e instalaciones generales, deberán abstenerse de todo acto, ... que impida o haga menos eficaz su operación, o estorbe o dificulte el uso común..."

En consecuencia es posible que algún condómino use para sí y con exclusión del resto de los condóminos, específicamente un área comprendida dentro de las que son comunes para todo el inmueble.

Y puede ser que esta situación posesoria se prolongue en el tiempo, pero, aún cuando el resto de los condóminos toleren su uso, en perjuicio de sus propios derechos, no le será posible recurrir al amparo del derecho e invocar en su favor

la prescripción positiva, porque para ello existen prohibiciones contempladas y sancionadas expresamente en nuestro ordenamiento civil.

Ahora bien, la posibilidad de que esta situación se presente es remota, debido a que el condominio cuenta con órganos encargados de su buen uso y conservación.

De modo tal, que aún cuando el administrador no sancione la actitud de un condómino que excluye del uso de un área común al resto, deberá hacerlo la asamblea de condóminos y en su defecto el comité de vigilancia.

Cuando surjan controversias en relación con los bienes comunes del condominio, el administrador tendrá las facultades de representación de un apoderado general de los condóminos, para administrar bienes y para pleitos y cobranzas, con la facultad de absolver posiciones (art. 33 LRPC).

En los casos en que el administrador no cumpla adecuadamente en el desempeño de sus funciones podrá ser removido por la asamblea, de acuerdo con las disposiciones que para ello se establecieron en el reglamento del condominio.

5.- El mismo problema se puede presentar, es en relación a esas pequeñas propiedades de uso común en las que los condóminos toleren su uso por un tercero ajeno al condominio.

A éste respecto le son aplicables muchas de las consideraciones anteriores, en lo que a la responsabilidad del administrador se refiere.

La característica en éste caso, que marca la diferencia es que, al tercero que no es condómino, por consiguiente no es copropietario respecto de los bienes de uso común, consecuentemente no le producen afectación alguna, las normas referentes a las causas de suspensión de la prescripción, que en el caso anterior (señalado en el numeral 4) limitaba las posibilidades de usucapir a los condóminos.

Para profundizar en éste ejemplo hay que recordar, que los bienes de uso común no son susceptibles de división.

De presentarse el caso, en el que un tercero posea con exclusión de los condóminos alguno de esos bienes, para que ese tercero pudiera invocar en su favor el beneficio de la usucapción se requiere:

Que los actos de posesión exclusiva que ejerce el llamado tercero ajeno al condominio sobre el inmueble común, sean claros e inequívocos, de modo que deba descartarse la hipótesis de un mero reparto de uso, o de ser un simple detentador; como pudiera ser el caso de un portero que haya sido contratado por el administrador, el cual dispone en virtud de su trabajo, del uso exclusivo del local destinado a la portería.

Si existe la exclusividad de la posesión y ésta resultará lo suficientemente clara, concurriendo en ella los elementos del *corpus y el animus domini*, además de ser pública, pacífica y prolongada en el tiempo en los términos señalados por el ordenamiento sustantivo que regula a la prescripción positiva; como consecuencia de ella, debe admitirse la usucapción en perjuicio de los condóminos.

El razonamiento que la justifica es que, si la propiedad en condominio cuenta con un elemento persecutorio, mismo que faculta a sus titulares, para ejercitar las acciones *rei persecuendae causa*, o sea, las acciones a través de sus órganos de administración, para perseguir la cosa independientemente de las manos en que ésta se encuentre, de las cuales la más importante y vigorosa es la acción de reivindicación.

Pero una vez que el usucapiente adquiere la propiedad, surge otro conflicto, de encontrarse dentro de las instalaciones del inmueble sometido a propiedad en condominio, probablemente requiera de alguna servidumbre, para poder salir del inmueble y para realizar en él ciertas actividades.

Si como señale, el bien que se prescribió se encuentra al interior del edificio,

se encuentra limitado entonces en el ejercicio del derecho de propiedad; hay que recordar también que la servidumbre es un gravamen real, impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, consecuentemente, la sanción que sufrirían los condóminos al haberse desentendido de la cosa, resultaría doble.

Por un lado perderían el derecho de copropiedad que sobre el bien común detentaban y además deberán tolerar de ser el caso un gravamen de servidumbre sobre el condominio. Pero además la asamblea de condóminos debe contar con los elementos necesarios para fincar la responsabilidad en que incurrieron sus órganos de administración al desentenderse por tiempo prolongado de esa área del condominio, sobre la cual se invocó la prescripción positiva.

Por lo que a los gravámenes se refiere, éstos son divisibles entre los diferentes departamentos, viviendas, casas o locales de un condominio, respondiendo cada condómino sólo del gravamen que corresponda a su propiedad.

A todas estas contemplaciones sólo resta agregar que: "los créditos que se originen por las obligaciones contenidas en las escrituras constitutivas y de trasiación de dominio, por el reglamento del condominio o por esta ley y demás disposiciones legales aplicables, gozan de garantía real sobre los departamentos, viviendas, casas o locales, aunque éstos se transmitan a terceros".

"La inscripción de este gravamen en el Registro Público de la Propiedad, da derecho a todo interesado para obtener la liquidación de los adeudos pendientes" (artículo 43 de la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio).

En consecuencia, si por negligencia del administrador o de los órganos de administración del condominio, éste se ve afectado, los condóminos cuentan con los elementos legales, que los facultan a solicitar la responsabilidad a los citados órganos.

3.- Efectos de la Usucapión en el Régimen de Propiedad en Condominio.

Reconociendo que ambas Instituciones, la usucapión y la propiedad en condominio, están dotadas de una función social muy importante, se debe reconocer entonces que cuando concurren ambas en un mismo supuesto ésta función social que desempeñan se incrementa aún más.

Siendo la posesión el elemento fundamental sobre el que se apoya la prescripción, podría pensarse que la misma es un modo de adquisición de todos los derechos reales que se ejercen por la posesión. Sin embargo afirmar esto resultaría poco exacto, toda vez que la prenda por ejemplo, no obstante ejercerse por la posesión no es usucapible, por tratarse de derechos reales de garantía.

También hay que reconocer el gran poder que ejerce el tiempo en las relaciones jurídicas de las personas, la ausencia de una persona del lugar de su domicilio, sin que de ella se tengan noticias, por un tiempo determinado, causa la presunción incluso de su fallecimiento.

El sometimiento de una obligación a un término suspensivo, posterga el posible ejercicio del derecho que a la misma corresponde, hasta que ocurra el hecho futuro necesario; la omisión del ejercicio de un derecho durante un cierto tiempo, produce en algunos casos, su extinción, en fin, la posesión de un bien inmueble sujeto a régimen de propiedad en condominio a lo largo de un número variable de años, conduce a la adquisición de un derecho real sobre ese bien: la propiedad.

No podemos omitir que además de los elementos del tiempo y la posesión, y aquí hay que ser muy claros, de un bien sujeto a propiedad en condominio, susceptible de aprovechamiento individual; se requiere también de la voluntad para adquirir la propiedad de la cosa y una larga inacción de su propietario.

En consecuencia, una vez que se ha verificado la usucapión en el

condominio, el usucapiente adquiere la propiedad exclusiva del departamento, casa, vivienda o local, pero además, adquiere también el derecho de copropiedad sobre las áreas comunes que le es inherente.

Una vez alcanzada la prescripción, el usucapiente obtendrá la calidad legal de condómino, al cual la ley lo define como a la persona física o moral que, en calidad de propietario, posea el departamento, vivienda, casa o local; debiendo hacerse la anotación y modificación respectiva en el acta constitutiva del condominio; y procediendo a su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

El usucapiente, en tanto nuevo condómino gozará también del derecho de concurrir a las asambleas que se efectúen en el condominio, gozando además de la cantidad de votos proporcional al valor que represente en el condominio el bien prescrito.

Para concluir, la usucapición modifica las relaciones existentes en el condominio, al imponer frente a los condóminos a un nuevo titular del derecho de propiedad sobre uno de los bienes sujetos a la propiedad en condominio, al cual deberán reconocer sus derechos como nuevo condómino, así como también imponerle las obligaciones que, para el buen funcionamiento del condominio se hayan establecido en su reglamento.

Igualmente, para los casos de destrucción, ruina y reconstrucción del condominio gozará de las mismas consideraciones con las que contaba el propietario original.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La prescripción adquisitiva y la prescripción liberatoria deben conservarse unidas en los ordenamientos civiles. Ambas tienden a una única finalidad: la consolidación definitiva de un estado de hecho por el transcurso del tiempo.

SEGUNDA.- La usucapión tiene como fundamento, el dar estabilidad a los derechos, sancionando un estado posesorio de hecho que se ha prolongado durante más o menos tiempo, cerrando así las puertas a los conflictos que se plantean extemporáneamente, obligando a los titulares de un derecho de propiedad a cuidarlo y ejercerlo o bien a perderlo si lo abandona o descuida.

TERCERA.- Por medio de la usucapión se pueden adquirir los derechos reales de propiedad, usufructo, uso y habitación, y algunas especies de servidumbres.

CUARTA.- Para la usucapión, no basta la existencia de una posesión y un incumplimiento, se requiere también que esa situación se prolongue durante un tiempo determinado para que la prescripción se consuma, reuniendo los requisitos que establece el artículo 1151 del Código Civil, ya que mientras ésta no se verifique el poseedor sólo cuenta con una expectativa y no con un derecho.

SEXTA.- El derecho de propiedad es por excelencia el representativo de los derechos reales. En términos fundamentales, faculta a su titular para obtener las ventajas que es susceptible de proporcionar la cosa.

SEPTIMA.- En el terreno social, y de acuerdo a la evolución misma de la sociedad y el derecho, la propiedad ha ido cambiando y adaptando el concepto rígido e individualista que se tenía de ella; gradualmente ha ido humanizándose, acorde con las nuevas tendencias sociales a efecto de que no se lesione el interés colectivo.

OCTAVA.- De la evolución que ha sufrido el derecho de propiedad surge el régimen de propiedad en condominio, que es un derecho real por virtud del cual, su titular detenta todas las facultades necesarias, a efecto de obtener, en forma directa e inmediata, todas las ventajas que la cosa sea susceptible de proporcionar, llevando de manera inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos comunes del inmueble necesarios para su adecuado uso y disfrute.

NOVENA.- Las limitaciones al derecho de propiedad en condominio se establecen, tanto en el interés del particular como en el interés de los condóminos, con la finalidad de impedir un ejercicio abusivo y que el derecho de unos cuantos impida la satisfacción de las necesidades de muchos.

DECIMA.- La propiedad en condominio puede extinguirse por diversas causas, mismas que admiten distintos criterios de clasificación. Existen modos voluntarios e involuntarios o forzosos, dependiendo de la intervención de la voluntad de los condóminos. Asimismo existen modos absolutos y relativos, que parten del hecho de la destrucción completa del condominio o de su pérdida exclusivamente en perjuicio de un solo titular.

DECIMA PRIMERA.- Cuando concurren en un misma hipótesis dos instituciones de la naturaleza e importancia de las estudiadas en el presente trabajo, cobran una importancia social muy grande.

DECIMA SEGUNDA.- La usucapión en el condominio, transforma de manera significativa las relaciones que entre los condóminos se dan al interior del condominio.

DECIMA TERCERA.- Por lo que al condominio se refiere, existe la limitación legal para los condóminos de usucapir en las llamadas áreas de uso común, por un lado el articulado referente a la usucapión establece que la prescripción no puede comenzar ni correr entre copropietarios y la LRPC a su vez señala que esas áreas sólo serán enajenables o gravables conjuntamente con el departamento, vivienda o local de propiedad exclusiva, respecto del cual se consideren anexo inseparable.

DECIMA CUARTA.- Si bien es cierto que los condóminos no pueden usucapir las llamadas áreas comunes, puede presentarse la usucapión en favor de un tercero si la posesión de éste sobre algún bien de uso común satisface los requisitos que la ley establece en materia de prescripción.

DECIMA QUINTA.- Por lo que a un departamento, casa, vivienda o local se refiere, la usucapión no reviste ningún requisito especial ni diverso al de cualquier propiedad inmueble, consecuentemente sobre ese bien si se presume un abandono o el desentendimiento del dueño de la cosa, no existe prohibición alguna para el resto de los condóminos para que pueda correr en su favor la prescripción.

DECIMA SEXTA.- El poseedor que haya adquirido la propiedad de la cosa bajo el amparo de la usucapión, gozará de todos los derechos de la misma y los que le son anexos en copropiedad, podrá concurrir a asambleas y tendrá las mismas facultades que los restantes condóminos.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ABARCAR JOSE LUIS Y SANTOS BRIZ JAIME, Código Civil y Jurisprudencia, Tomo VI, Edit. Trivium, Madrid 1991.
- 2.- AREAN DIAZ DE VIVAR BEATRIZ, El juicio de usucapión, Edit. Porrúa, México.
- 3.- BARBERO DOMENICO, Sistemas de Derecho Privado, Tomo II, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América-Buenos Aires.
- 4.- BONECASE JULIEN, Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Traducción José Ma. Cajica, Cardenas Editor 1985.
- 5.- BORDA GUILLERMO, Tratado de Derecho Civil-Derechos Reales, 4a. Edición, Edit. Perrot, Buenos Aires 1987.
- 6.- BORJA MARTINEZ MANUEL, La Propiedad de Pisos y Departamentos en el Derecho Mexicano, Edit. Porrúa, México 1992.
- 7.- BORJA SORIANO MANUEL, Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, Edit. Porrúa, México.
- 8.- BRANCA GUISEPPE, Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, Edit. Perrot, Buenos Aires.
- 9.- CARBONIER JEAN, Derecho Civil, Tomo II, Traducción de Manuel Ma. Zorrilla, Edit. Bosh, Barcelona.
- 10.- CASTAN TOBEÑAS JOSE, Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo II, Edit. Reus, Madrid 1988.
- 11.- COSIO Y CORRAL ALFONSO, Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, Edit. Civitas 1988.
- 12.- DE IBARROLA ANTONIO, Derecho Civil, Cosas y Sucesiones, Edit. Porrúa, México.
- 13.- DE PINA RAFAEL, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. II, Edit. Porrúa, México.
- 14.- DE RUGGIERO ROBERTO, Traducción de la edición italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Tejeiro, Tomo I, Edit. Reus, Madrid.

- 15.- DIORS, Derecho Privado Romano, 8a. edición, Universidad de Navarra, Pamplona 1991.
- 16.- GARCIA CORRAL IDELFONSO, Cuerpo del Derecho Civil, 6 tomos.
- 17.- GUTIERREZ FERNANDEZ BENITO, Códigos o Estudios Fundamentales sobre Derecho Civil Español, Tomo VI, Librería Sanchez, Madrid 1974.
- 18.- HERNANDEZ GIL ANTONIO, La posesión como institución jurídica y social, Edit. Espasa, Madrid 1987.
- 19.- JOSSERAND LOUIS, Derecho Civil Francés, Tomo I, Traducción y Edición de André Brun, Buenos Aires 1950.
- 20.- JUSTINIANO, Digesto, Tomo III, Versión Castellana, Edit. Aranza D. Pamplona.
- 21.- LACANTINERIE Y TISSIER BRAUDRY, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil, Tomo XXV.
- 22.- MAGALLÓN IBARRA JORGE MARIO, Instituciones de Derecho Civil, Tomo IV, Edit. Porrúa, México 1990.
- 23.- MAZEAUD JEAN, LEON Y HENRY, Lecciones de Derecho Civil, Vol. IV. Traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo, París 1960.
- 24.- ORTOLAN JOSE, Historia de la Legislación Romana y Generalización del Derecho Romano, 2A. Edición, Madrid sin fecha.
- 25.- ORTOLAN JOSE, Explicación Histórica de las Institutas del Emperador Justiniano, Madrid sin fecha.
- 26.- PETITI EUGENE, Tratado Elemental de Derecho Romano, Traducción de la 9a. edición francesa por José Fernández Flores, Edit. Porrúa, 1992.
- 27.- PLANIOL MARCEL, Elementos de Derecho Civil, Tomo III, Traducción y Edición de J. M. Cajica, Cardenas Editor, España 1983.

- 28.- PLANIOL Y RIPPERT G., Tratado práctico de Derecho Civil Francés, Tomo III, Cárdenas Editor, México 1983.
- 29.- PUIG BRUTAU JOSE, Fundamentos de Derecho Civil, Tomo III, Vol. I, Edit. Bosh, Barcelona 1989.
- 30.- ROJINA VILLEGAS, Derecho Civil Mexicano, Tomo III, Edit. Porrúa, México 1991.
- 31.- SOHM RODOLFO, Instituciones de Derecho Privado, Madrid 1928.
- 32.- VON IHERIN RODOLFO, El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo, Edit. Baily Balhière, Madrid sin fecha.
- 33.- WOLFF MARTIN, Derecho de Cosas, Traducción por José Puig Brutau, Edit. Bosh, Barcelona 1991.
- a) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California (parte expositiva Tip. de Aguilar e Hijos México 1879).
- b) Código Civil del Imperio Mexicano, 1886.
- c) Código Civil Portugués.

LEGISLACION

- a) Código Civil para el Distrito Federal.
- b) Código de Procedimientos Civiles par el Distrito Federal.
- c) Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio.