

a) *Curso natural de las aguas.*—Deriva de la natural situación de los lugares una serie de limitaciones impuestas a los propietarios en orden al curso de las aguas, a la reparación y construcción de las márgenes, al uso de manantiales y de los cursos de aguas, que el Código (siguiendo el criterio recordado) agrupa en la categoría de servidumbres derivadas de la situación de los lugares (artículos 536-545). Especialmente aquel por el cual los fundos inferiores están sujetos a recibir las aguas, ya sean de manantial o ya pluviales que derivan naturalmente de los superiores, sin que intervenga la obra del hombre. Esto implica que al propietario del fundo inferior no se le consiente hacer nada que obstaculice o impida el curso natural de las aguas, mediante diques u otras obras. Tampoco puede el propietario del fundo superior verificar, aunque sea en éste, obras que hagan más gravosa la condición del inferior, ya aumentando el caudal de las aguas o dándoles mayor impulso, ya haciéndolas variar de dirección o enturbiándolas (art. 536).

Deben las aguas correr naturalmente según su caudal y dirección, no siendo prohibido al propietario del fundo superior toda clase de modificaciones, sino sólo aquellas que causen un perjuicio al propietario del inferior. Y puesto que a nada más que a recibirlas es obligado el fundo inferior, no incumbe a su propietario el cuidar de la limpieza y buen estado de los cauces, pero sí el tolerar que el propietario del fundo superior realice en el inferior las obras necesarias para que las aguas corran (I).

b) *Reparación de márgenes y limpieza de canales.*—Como

criterio único y general fundado en el concepto de prohibición de invasión de la esfera interna ajena la cual es determinada por los confines del fundo y resulta violada siempre que el vecino verifique una intromisión o un *facere* sin intromisión, es decir, con un actuar que trascienda a la esfera ajena y siempre que esta *intromisión* o *facere* según el criterio social exceda los límites de lo tolerable y de las generales y absolutas necesidades sociales, ver Bonfante: *I rapporti di vicinanza e la giurisprudenza* (*Scritti cit.* pág. 834 y siguientes) y Cogliolo, *Limiti alla proprietà nascenti dai rapporti di vicinanza* (*Scritti di Dir. priv.*, II, pág. 75 y siguientes).

(I) Sobre estas limitaciones relativas a las aguas, las disposiciones del derecho romano, en parte coincidentes, en parte divergentes, se hallan recopiladas en el título *de aqua et aquas pluviae arcendae*, D. 39. 3.

en el caso precedente, así también en cualquiera otro en que la destrucción o deterioro de las márgenes u orillas de un fundo que sirvieran a contener y regular el curso de las aguas, ocasione daño o posibilidad de daño a otros fundos, debe el propietario del fundo que resulte atravesado por el curso de las aguas o linde con éste, permitir a los propietarios de los fundos perjudicados o amenazados realizar las necesarias obras de reparación (artículo 537). Y no sólo le incumbe esta obligación de tolerar las obras ajenas cuando se trate de restauración o reparación de las ya existentes, sino también cuando la variación del curso de las aguas exija la construcción de nuevas defensas (art. 537), o cuando precise quitar un obstáculo creado en su fundo o en un cauce por objetos acumulados en ellos de modo que las aguas, no discurriendo naturalmente, perjudiquen o amenacen perjudicar a los fundos vecinos (art. 538). Puede el propietario liberarse de tal obligación proveyendo él mismo a la reparación, construcción o limpieza; cuando ésto no quiera debe tolerar que provean a ello los propietarios amenazados o perjudicados. Sin embargo, el derecho de éstos no puede ejercitarse arbitrariamente ni con perjuicio para el propietario del fundo, por lo que precisa: 1) que la necesidad de las obras de reparación y limpieza sea reconocida por la autoridad judicial en juicio ordinario y oyendo a los interesados; 2) que las obras se efectúen de modo que no se origine daño al propietario del fundo, y 3) que sean observados los reglamentos especiales de aguas.

En cuanto a la regulación patrimonial de la relación, rige como norma general este doble principio: que si alguien es responsable por hecho propio de rotura de las márgenes o defensas, de la desviación o del obstáculo producido, está obligado a los gastos y al resarcimiento del daño; y que a los gastos por obras necesarias deben contribuir todos los propietarios a los cuales sea útil la conservación de las márgenes u orillas o el remover el obstáculo en proporción de la ventaja o utilidad que cada uno tiene (art. 539). Por tanto, cuando el propietario del fundo en que se halla la orilla o margen que debe ser reparada o el obstáculo que ha de ser removido provee por sí mismo a la ejecución de la obra, deben los vecinos indemnizarle. Cuando a

ésto no provea, deberán éstos costearla (art. 537), pero podrá aquél ser obligado a contribuir cuando la obra beneficie también a su fundo (art. 539).

c) *Uso de las aguas y de los manantiales* (1).—En virtud de los principios generales, el propietario tiene la facultad de usar del manantial que nazca en su propio fundo. Lo declara el artículo 540 y no hay que considerar como limitación la reserva en él contenida: «salvo el derecho que hubiese adquirido el propietario del fundo inferior en virtud de un título o de la prescripción», porque se trataría en tal caso de una servidumbre establecida por un hecho del hombre. También en virtud de los mismos principios, el propietario del fundo tiene el derecho de usar para el riego de sus terrenos o para el ejercicio de sus industrias de las aguas (siempre que no sean demaniales) contiguas que corran naturalmente sin obra alguna del hombre o del agua que lo atraviese en el intervalo que por el fundo escurre (artículo 543). Es este, como el anterior, un atributo del derecho de propiedad que el art. 545 en forma más general confirma para el propietario y el poseedor reconociendo en ellos el derecho de servirse según su conveniencia y de disponer de ellas en favor de los demás; pero una triple limitación restringe el ejercicio de este derecho por el uso que deba hacerse de los manantiales y aguas corrientes por razones de higiene, necesidades de la agricultura, de la industria, por otras personas o en protección también de la propiedad ajena contra los posibles daños que las aguas puedan causar.

a) *Toma de agua*.—Limita el derecho del propietario sobre el manantial el hecho de que éste suministre a los habitantes de un Municipio o de una fracción el agua que les es necesaria; el propietario no puede desviar el curso salvo siempre su derecho a una indemnización por el agua que es substraída a su libre disposición (art. 542).

b) *Restitución de los derrames*.—Quien utiliza las aguas que

(1) Ver, entre otros, Astori, *Il diritto delle sorgenti*, Roma, 1903; Cogliolo, *Rapporto fra le sorgenti di acqua e le industrie stabilite sul corso d'acqua* (*Scritti di Dir. priv.*, II, pág. 86 y siguientes).

discurren por los linderos de su propiedad o atraviesan su fundo, debe restituir los derrames y los sobrantes al curso ordinario luego que las ha utilizado; no es lícita la dispersión de las aguas sobrantes que puedan aún ser útiles para el cultivo de los fundos e industrias de los propietarios del valle (art. 543). Cualquier conflicto que pudiera surgir entre los propietarios a quienes el agua fuese útil será resuelto por la autoridad judicial siguiendo el criterio de la más adecuada conciliación de los intereses de la agricultura y de la industria con los respetos debidos a la propiedad (art. 544). Esto significa que en esta materia, por expresa disposición de la ley, se concede más amplio campo a la libre apreciación del Juez, que se guiará (teniendo en cuenta los reglamentos particulares y locales sobre curso y uso de las aguas) no por los principios del derecho estricto, sino por aquéllos equitativos que mejor puedan, caso por caso, señalar en el conflicto de intereses opuestos, cuándo el uso más o menos amplio de las aguas reporte mayores ventajas a la agricultura, a la higiene, a la industria.

γ) *No desviabilidad de las aguas.*—Independientemente de los casos anteriores se establece una limitación al uso que haga el propietario o poseedor de sus aguas, prohibiendo que las desvíe de modo que se pierdan con daño para los demás fundos a los cuales pudieran estas aguas aprovechar sin perjuicio de los usuarios superiores. La limitación afecta al propietario o poseedor cuando el agua que quisiera no aprovechar pudiera ser utilizada por los otros fundos sin perjuicio de los fundos superiores; pero esto no se da sin compensación, porque si el agua pertenece al dueño del fundo superior en propiedad, éste tiene derecho a una indemnización por parte de aquellos que la aprovechan (art. 545).

d) *Comunidad forzosa de pared.*—Prescindiendo de las relaciones propias entre condueños o colindantes respecto a la comunidad de las obras intermedias, a las presunciones de comunidad, a la obligación de contribuir a los gastos que se refieren al condominio y se recordarán más adelante en su lugar oportuno, constituye una limitación de la propiedad el derecho conferido al vecino de hacer común la pared construída en el límite de la propiedad vecina. Es este una especie de derecho

de expropiación forzosa en favor del particular justificada por razones de interés particular y general, como es el evitar desperdiciar el espacio, gastos inutiles en la construcción, innecesarios y perjudiciales, espacios vacíos entre las construcciones. Tiene facultad de hacerlo común el propietario del fundo contiguo y puede hacerlo común en todo o en parte, con tal que lo haga en toda la extensión de su propiedad (artículos 556 y 570). Corresponde tal facultad al vecino cuando la pared se haya edificado en el límite o se halle de éste a menor distancia de metro y medio. Es más: en este segundo caso la facultad del vecino se extiende también al suelo que el otro haya dejado libre, puesto que sólo adquiriendo éste puede la pared ser hecha común. Para que el propietario de ella pueda sustraerse a la comunidad coactiva, debe de respetar en la construcción por lo menos este metro y medio de distancia al límite (art. 571). Ello implica una nueva limitación a cargo del otro, en lo que se refiere a la distancia a que éste puede construir, lo cual se examinará más adelante. Pero también aquí se da compensación: al propietario de la pared se debe pagar la mitad del valor de la misma, así como el suelo sobre el que se halla edificada, y si la pared no estaba en el límite de la propiedad, el valor del suelo entre la pared y el límite de ambas propiedades (artículos 556 y 571). Estas disposiciones no se aplican a los edificios destinados a uso público ni a las paredes lindantes con plazas y calles públicas (1).

e) *Distancias en las construcciones, excavaciones y plantaciones.*— Una importante serie de limitaciones son las que se refieren a la distancia que deben respetar los propietarios de fundos colindantes cuando en éstos efectúen construcciones (artículos 570-574), excavaciones (artículos 575-578) o plantaciones (artículos 579-581).

(1) Ramponi, *Comunione coattiva dei muri e distanze legali fra edifici*, (*Giur. it.*, 1908, pág. 197; 1909, págs. 265, 273, 289; 1910, pág. 257), ver también del mismo, *Comunione di muro ed appoggio di fabbrica* (*ib.* 1911, página 97); *Muro erigendo e distanza legale* (*ib.* 1912, pág. 81 y siguientes); *Comunione coattiva di muro d'una chiesa* (*ib.* 1915, pág. 48 y siguientes); Are, *Comunione coattiva et obbligo della distanza legale dei muri di edifici destinati ad uso pubblico* (*ib.* 1915, pág. 48).

a) *Construcciones.*—Dado el derecho que cada uno tiene de edificar sobre el propio terreno hasta su lindero, y sentado el principio de que con respecto a aquel que primero ha edificado el vecino puede ejercitar su derecho a la comunidad forzosa de pared, ya para apoyar en ella su construcción, ya para utilizar la parte de muro de cerca que linda con su terreno, la ley establece que si se quieren dejar espacios vacíos entre las construcciones éstos no pueden ser inferiores a tres metros de anchura. De aquí la recíproca limitación impuesta a los dos colindantes de guardar una distancia al límite de ambas propiedades tal que resulte la citada anchura, y puesto que es igual el derecho de cada uno, igual debe ser también la limitación; cada uno de los propietarios debe respetar metro y medio por lo menos. Ahora bien; como quien primero edifica puede sufrir la comunidad forzosa de parte del vecino o sustraerse a ella, deriva de esto (artículo 571): 1) Que si el primero que construye quiere evitar la comunidad debe retirarse en sus construcciones a metro y medio por lo menos del límite y el vecino será obligado a hacer otro tanto; 2) Si la distancia es inferior y no quiere el vecino hacer común la pared y apoyar en ella la edificación, se agrava más la limitación a cargo de éste, debiendo por su parte respetar la distancia necesaria para que resulten libres los tres metros entre ambas construcciones; 3) Si la distancia es mayor resulta atenuada la limitación para el vecino, que podrá construir a menos de metro y medio y llegar incluso al límite si el otro propietario respetó los tres metros.

Independientemente de estas restricciones, debe observarse una cierta distancia por quien quiera apoyar en pared divisoria ya sea propia o común, chimeneas, hornos, fraguas, cuadras, almacenes de sal o de materias que pueden ser nocivas, o establecer próximas al fundo ajeno máquinas o instalaciones que ofrezcan peligro de incendio o de explosión, exhalaciones nocivas, etc. (art. 574). La enumeración de construcciones o instalaciones dañosas es en este artículo meramente demostrativa; oportunamente la ley no ha creído conveniente establecer distancias fijas, recurriendo a los reglamentos especiales y, a falta de éstos, al Juez en la determinación de lo que debe entenderse

por obras nocivas a la propiedad ajena y las distancias a que deben ser hechas (1).

β) *Excavaciones*.—Para proteger la integridad de la construcción del vecino, la salubridad de su fundo, la fertilidad de su campo contra los peligros de invasión de aguas, desbordamientos, etc., se establecen otras limitaciones. Quien quiera abrir un pozo de agua viva, una cisterna, un pozo negro, letrina o estercolero (2), próximo a pared ajena, o medianera (no en el caso de que la pared sea propia) debe mantener una distancia de dos metros del límite al punto más próximo del perímetro interno de la pared del pozo, cisterna o foso citados a no ser que los reglamentos prescriban una distancia diversa (art. 573). Para las tuberías de conducción de agua o de desagüe de tejados y letrinas debe guardarse la distancia de un metro (art. 573, párrafos 2.<sup>º</sup> y 3.<sup>º</sup>). Eventualmente podrá la necesidad de evitar daños al vecino imponer en uno y otro caso la obligación de guardar una mayor distancia cuando la normal resulte insuficiente (artículo 573, párrafo 4.<sup>º</sup>). Quien quiera practicar fosos o canales, próximos al límite, debe hacerlo a una distancia igual, por lo menos, a la profundidad del foso o canal cuando los reglamentos no determinen una mayor distancia (artículos 575 y 576); la limitación cesa si ambas propiedades están separadas por muro común (art. 577). Quien quiera alumbrar manantiales, construir fuentes, canales o acueductos, o excavar, profundizar o ampliar el cauce, aumentar o disminuir el declive, variar la forma, guar-

(1) Para las distancias de las construcciones en derecho romano, muchas y diversas fueron en los distintos momentos históricos las medidas: ver fr. 13. D. 10. 1; fr. 14. D. 8. 2; 1. 11, 12, § 2, 13. C. 8. 10; 1. 4, 46, 47, C, Th: 15, 1. La obligación impuesta a quien construía de dejar entre los edificios un espacio libre (*ambitus*) se remonta a las XII Tablas. La disposición se inspiraba en motivos de seguridad y servía para facilitar el aislamiento del edificio en caso de incendio; cayó en desuso cuando prevaleció la *paries communis*; ver Brugi: *L'ambitus e il paries communis* (*Riv. it., per le Sc. giur.*, IV, págs. 161, 363 y siguientes). Este aislamiento de las casas es visible aun en Pompeya y en Ostia.

(2) Para la prohibición de adosar al muro del vecino un estercolero, ver fr. 17. § 2. D. 8. 5. y para introducción de humos, olores, humedades, fr. 8. §§ 5-7. D. 8. 5; fr. 19. pr. D. 8. 2.

dar las mayores distancias y efectuar las obras necesarias para no causar daño a los demás fundos, manantiales, canales o acueductos preexistentes (art. 578). Con ello se quiere impedir, a más de los daños generales que con tales obras pueden causar, el empobrecer las venas de agua (1) que alimentaban los canales de los fundos circundantes; no precisa para la limitación el que exista una contigüidad absoluta de los fundos ni basta tal preventión para privar al segundo propietario de la facultad de buscar agua en el suyo ni tampoco resultaría suficiente el remedio de la distancia. Por esto, con fórmula análoga (no igual) a la usada en el art. 544, el Código añade: «surgiendo contienda entre ambos propietarios, la autoridad judicial debe conciliar del modo más equitativo los respetos debidos al derecho de propiedad con las mayores ventajas que puedan derivar a la agricultura o a la industria del uso a que el agua es destinada o se quiso destinar, asignando cuando sea necesario a uno o a otro de los propietarios las indemnizaciones que les sean debidas» (artículo 578).

γ) *Plantaciones.*—No puede el propietario plantar árboles o setos vivos en el confín por el principio general que prohíbe las intromisiones que se darían ya en el subsuelo con las raíces, ya en el aire con las ramas, si no se guardasen ciertas distancias. Decisivos son, ante todo, en este orden los reglamentos locales; cuando éstos falten o no prevean el caso, se aplica el art. 579, el cual prescribe una distancia de tres metros para los árboles de alto fuste (nogales, castaños, encinas, pinos, cipreses, olmos, chopos, plátanos, robinias); de un metro y medio para los que no son de alto fuste (perales, manzanos, cerezos, moreras, sauces); de medio metro para vides, arbustos, frutales, de altura no mayor de dos metros y medio; de dos metros o de metro y medio para los setos vivos, según la naturaleza de las plantas que los componen. Cesa la limitación de la distancia cuando el fondo se halle separado del vecino con pared o cerca propia o común,

(1) Se discute mucho si el art. 578 se refiere sólo a los emuntorios o también a los cortes de venas de agua. Gabba, *Recisione di vene d'acqua nel fondo proprio* (*Quest. Dir. civ.*, 2.<sup>a</sup> ed. pág. 183 y siguientes)

pero subsiste, en tal caso, la limitación de la altura, no debiendo las plantas sobrepasar la de la pared o cerca (1).

La sanción de la prohibición consiste en el derecho conferido al vecino de constreñir al otro a restablecer las distancias; el vecino puede obligar a extirpar los árboles o setos vivos al otro, cuando hayan sido plantados o hayan nacido espontáneamente a distancia menor de la legal (art. 581). Nunca podría proceder a extirpar o cortar, porque con esto violaría la ajena propiedad de la planta y la libertad del fundo.

f) *Corte de ramas y raíces y recolección de frutos.*—A proteger al propietario del fundo, en el cual, no obstante las anteriores limitaciones, se introduzcan las plantas del vecino con sus raíces, absorbiendo ilícitamente los jugos nutritivos del fundo o con las ramas proyectando sombra, va encaminada otra limitación legal. Esta (art. 582) confiere al primero el derecho de constreñir al vecino a cortar las ramas de los árboles que se extienden a su fundo aun hallándose éstos plantados a la distancia legal (2) y le atribuye la facultad de poder él mismo cortar las raíces que se introduzcan en su subsuelo en la misma hipótesis (3).

Una segunda limitación y de naturaleza distinta debe considerarse contenida en nuestro derecho; es análoga a la que se re-

(1) Ver para el derecho romano, fr. 13. D. 10. I.

(2) Proveía a esto en el derecho romano el interdicto de *arboribus cadendis* que confería al vecino el derecho de cortar las ramas o el árbol si no lo hiciera el propietario y de apropiarse la leña; ver fr. 1. pr. D. 43. 27; fr. 1. § 7. D. cod.

(3) No puede el vecino, pues, cortar por sí las ramas que se extienden a su fundo. ¿Por qué tratar diversamente a las ramas y a las raíces? La razón que por lo general se aduce, de que se debe evitar que las ramas vengan cortadas por el vecino sin observar las reglas relativas con perjuicio para la planta, no parece del todo satisfactoria; también con el corte de las raíces se compromete la vitalidad de la planta. En nuestra opinión la causa es que en cuanto a las raíces, el vecino las corta aun sin querer en las operaciones de labranza y que el querer imponer el corte al propietario del árbol, implicaría para el vecino una nueva limitación con la necesidad de dar acceso al vecino en su fundo y de tolerar la acción del propietario del árbol para extirpar las raíces.

conocía en el Derecho romano (1), si bien el Código no aluda a ella: cuando de las ramas que se extienden al fundo ajeno caigan los frutos en éste, el propietario del árbol, cuando el vecino no se los entregue, tiene derecho de penetrar en el fundo ajeno para proceder a su recolección (2).

g) *Luces y vistas.*—Los edificios necesitan de luz y de aire, pero como debe garantizarse a todos el goce pacífico de su propiedad, protegiéndolo contra las indiscreciones del vecino, se establecen limitaciones relativas a la apertura de ventanas en fundos contiguos. El sistema que se ha formado de la conciliación de las exigencias opuestas en nuestro Código (artículos 583 y 590) no es, quizás, el más perfecto (3). Parte la ley de la distinción de huecos y ventanas en dos especies: 1) las luces (ventanas de luz) destinadas a iluminar y que deben hallarse provis-

(1) Proveía a tal necesidad el *interdictum de glande legenda*, con el cual el Pretor prohibía que se impidiese al propietario de los frutos el ir al fundo vecino un día sí y otro no a recogerlos; ver fr. 1. D. 43. 28.

(2) Ello es muy discutido. Niegan algunos que fuera de la limitación impuesta por el paso forzoso, haya otra también de paso forzoso para la recolección de frutos. Los frutos son sí propiedad del propietario del árbol, quien podrá reivindicarlos del vecino, pero no puede admitirse un nuevo gravamen para este, tanto más cuanto que el propietario del árbol no tenía derecho a producir la extensión de las ramas en el fundo vecino. Pero la argumentación puede retorcerse observando que también el vecino tenía la facultad de constreñir al propietario a cortarlas, evitando de este modo que los frutos cayesen en el propio fundo. Ver Zachariae, Man. I, pág. 483, núm. 4; Venzi en Pacifici, Ist. III, 1, pág. 337, n. n., etcétera. Otras legislaciones resuelven la cuestión en muy diverso sentido, atribuyendo la propiedad de los frutos al vecino. Así, por ejemplo, el artículo 673 del Código civil francés según la modificación introducida por la ley de 20 de Agosto de 1881 («los frutos caídos naturalmente de estas ramas [es decir, de las que se extienden al fundo vecino] pertenecen al vecino») y el § 911 del Código civil alemán («los frutos que caen de un árbol o de un arbusto en el fundo vecino, se consideran como frutos de este fundo»).

(3) Muy poco se ha preocupado el legislador de las exigencias higiénicas al permitir que se tengan ventanas sobre el fundo ajeno, pero ha exigido que sean cerradas impidiendo la entrada del aire y contentándose con conceder un poco de luz. No es feliz tampoco el modo de conciliar los intereses en conflicto.

tas de cristal fijo y con reja de hierro, cuyas mallas no tengan amplitud superior a un decímetro, y no pueden abrirse sino a una altura determinada (1); 2) las vistas (ventanas de vistas) que sirven a procurar el aire y la vista y no están sujetas a las anteriores prescripciones en orden a la forma y a la altura pudiendo, a su vez, ser *vistas rectas* cuando miran de frente al fundo vecino o *laterales* cuando no se puede mirar el fundo del vecino sin volver la cabeza. Deriva del condominio la prohibición hecha a cada uno de los condóminos de abrir en la pared común sin el consentimiento del otro un hueco o ventana (art. 583; ver también art. 586), pero también se establecen limitaciones legales si el muro o pared pertenece exclusivamente a uno y es divisorio o contiguo.

1) En la pared propia y contigua al fundo ajeno, puede el propietario abrir ventanas de luces, y éstas deben hallarse a una altura no menor de dos metros y medio del suelo del fundo contiguo; de dos metros y medio del pavimento o suelo del lugar que se quiere iluminar, si se trata de un piso bajo; de dos metros si se trata de pisos superiores (artículos 584 y 585). La apertura de luces no priva al vecino del derecho de apoyar, cuando edifique en el muro o pared en que las luces se han abierto; puede, por tanto, cerrar éstas al ejercitar tal facultad (artículo 584, párrafo 2.º).

2) Igualmente el propietario puede abrir ventanas de vistas en su pared, pero las vistas directas no se consienten, si entre la pared y el fundo del vecino no media una distancia de metro y medio, por lo menos, y en caso de que sean oblicuas, de medio metro. La regla se aplica también a los balcones o voladizos, esté o no cercado el fundo vecino y aun en el caso de darse la vista en el techo. La distancia se mide en las vistas rectas, desde la superficie o fachada exterior del muro hasta la línea de separación de las dos propiedades, y si se trata de voladizos o balcones, desde la línea exterior de éstos; en las vistas oblicuas, desde

(1) El Código no fija límites a las dimensiones de las luces: el propietario es libre de abrirlas en la forma que más le plazca; ver Gianturco, *Dir. reali*, pág. 180.

el lado más próximo de la ventana o del voladizo más próximo hasta la línea de separación. Cesa la prohibición en cuanto a las rectas cuando entre ambas propiedades haya una calle o vía pública, y para las oblicuas cuando tales vistas sean al mismo tiempo rectas con relación a una calle o vía pública (artículos 587 y 589). Fuera de estas limitaciones legales, cualquiera otro derecho de ventana o vista no puede ser adquirido si no es mediante regular constitución de una servidumbre en una de las tres formas que más adelante se indicarán; cuando esto ocurra, el derecho legalmente adquirido de tener ventanas abiertas sobre el fundo vecino, lleva como consecuencia que el vecino, pudiendo pedir la comunidad del muro en que aquéllas están abiertas, no puede cerrarlas apoyando en él la obra, sino que al edificar debe guardar la distancia de tres metros (art. 590) (1).

h) *Desagüe de edificios.*—Es una aplicación del principio, general, que prohíbe las intromisiones la norma del art. 591 que impone al propietario la obligación de construir sus tejados de modo que no viertan las aguas pluviales en el fundo del vecino (2).

i) *Paso forzoso.*—Una de las más enérgicas limitaciones, derivadas de las relaciones de vecindad, es la que obliga al propietario a dejar pasar por su fundo al vecino cuando el fundo de éste se halle limitado por otros fundos. Interesante es su historia, porque si el primer vestigio de tal limitación puede hallarse en el *iter ad sepulchrum* de los romanos (3), los orígenes inme-

(1) Germano, *Limiti del prospetto menzionato nell'*, art. 590 del Código civil (*Foro it.*, 1915, I, pág. 784 y siguientes).

(2) Ver fr. 1. § 17. D. 39. 3.

(3) Ulpiano, fr. 12. pr. D. 11. 7. *Si quis sepulchrum habeat viam ad sepulchrum non habeat et a vicino ire prohibetur, imperator Antoninus cum patre rescripsit iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere ut, quotiens non debetur, impetraretur ab coqui fundum adiunctum habeat.* Es este el único caso que el derecho romano admitía excepcionalmente de paso necesario; que no lo reconociese en vía normal, es decir, en todo caso de interclusión, se explica porque dado el sistema romano de división de los fundos y dadas las funciones atribuídas a los agrimensores, la posibilidad de un fundo cerrado por todos sus lados sin *limes* u otro sendero que tuviese acceso a vía pública era bastante raro. Esto demostró Brugi: *Studi*

diatos se hallan en el Derecho medioeval italiano de los siglos XII y XIII y precisamente en el Derecho estatutario (1). Notable es también su configuración jurídica. Dos especies de paso forzoso se formaron históricamente y se reconocen aun en nuestro Código: la de *paso forzoso* verdadero y propiodado para el fundo que está situado entre otros sin acceso directo (art. 593) y la que pudiera llamarse *acceso forzoso* por el cual todo propietario debe permitir el acceso y paso por su fundo, siempre que sea reconocida la necesidad, a fin de construir o rehacer un muro u otra obra cualquiera del vecino o común (art. 592). Sólo esto último tiene carácter exclusivo de limitación legal de la propiedad, que no crea una relación de sujeción de un fundo a otro y esto lo reconocieron y admitieron también los romanos. Aquella asumió con el tiempo (si, como parece, en sus comienzos tuvo carácter de limitación legal) (2) naturaleza de verdadera y propia servidumbre predial, impuesta por la ley y como tal aparece correctamente construida en el sistema del Código, juntamente con las servidumbres legales de acueducto y desagüe forzoso de que se hablará inmediatamente. Y como las características de uno y otro son diversas, así lo son también las normas que regulan el paso y el acceso forzoso.

a) El acceso forzoso reconoce como causa la necesidad en el vecino de construir o reparar el muro u otra obra propia o común, que sin acceso al fundo ajeno sería imposible. Temporal es, pues, la limitación impuesta, porque cesa cuando la obra se haya ejecutado; no crea un vínculo real de servidumbre ni exige otra condición que no sea el reconocimiento de su necesidad (art. 592). El vecino tiene derecho a una indemnización

*sulla dottrina romana delle servitù prediali* (*Arch. giur.*, XXV, 1880, página 321 y siguientes); *Ancora del passo necessario* (*ib.* XXXIV, 1885, página 141 y siguiente). Apéndice al Glück, *Comm. alle Pand.* VIII, pág. 21 y siguientes; *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, Padova, 1897, página 335 y siguientes.

(1) Véase Solmi, *Sul diritto di passo necessario nel medio evo* (*Studi per Brugi*, pág. 481 y siguientes) y un documento placentino importantísimo de 11 de Agosto de 1209 que ofrece la institución como ya desenvuelta en aquel tiempo.

(2) En tal sentido se pronuncia Solmi, ob. cit. págs. 488-490.

proporcionada al perjuicio causado con el acceso (art. 594).

β) Causa propiamiente dicha del paso forzoso es el emplazamiento del fundo; pero no sólo se da cuando el fundo se halla circundado por la propiedad ajena, de modo que no tenga salida a la vía pública, sino también cuando exista tal salida, pero sea insuficiente al cultivo y necesidades del fundo. Corresponde entonces al propietario de éste, que no pueda procurárselo de otra manera sin excesivo dispendio o molestia, el derecho de obtener paso por los fundos vecinos, o si ya lo tiene, el de obtener su ampliación para el tránsito de vehículos (art. 593). Con esto se crea un verdadero y propio derecho real a favor del fundo circundado y a cargo de aquellos sobre los cuales la servidumbre se constituye; cuanto más oneroso es el gravamen y más permanente, más vigilante se muestra la ley en la tutela de las propiedades que deben sufrirlo, condicionando rigurosamente y atenuando en lo posible el daño de los vecinos.

Debe establecerse el paso en aquella parte por la que el tránsito a la vía pública desde el fundo circundado sea más breve y resulte menos perjudicial al fundo sujeto (art. 593, párrafo 1.º); debe ser concedido para las necesidades del fundo y no para usos que el Juez, con su prudente arbitrio, no estime necesarios; debe la servidumbre imponerse sólo cuando no pueda el propietario procurarse el paso por otro sitio sin grave dispendio o molestia y corresponde al Juez el apreciar lo que sea más dañoso: si la servidumbre de paso que se impone al fundo o el sacrificio que otro medio de tránsito representaría para el propietario; cesa el vínculo para el fundo sirviente cuando el fundo circundado, por su unión a otro fundo contiguo a la vía pública o por la apertura de una nueva vía a la que tenga acceso, no necesite ya de la servidumbre de paso; por esto no puede ser adquirida irrevocablemente (art. 596). El propietario del fundo sometido tiene derecho a una indemnización, salvo que la situación la haya causado él mismo por efecto de venta, permuto o división (artículo 595), la cual debe ser restituída cuando cese su causa (artículo 596), y no puede ser pedida si la correspondiente acción ha prescrito por el transcurso de treinta años (art. 597).

j) *Acueducto forzoso.*—Análoga a la anterior es la servi-

dumbre de acueducto forzoso, cuya regulación se remonta también a la antigua legislación estatutaria italiana. El principio fundamental acogido en nuestro Código, a ejemplo de los Derechos anteriores en los que se mostró como uno de los más eficaces factores de la prosperidad de la agricultura y de la economía nacional, es que todo propietario está obligado a dar paso por sus fundos a las aguas de todo género que quieran conducirse por quien tenga permanente o temporalmente el derecho de servirse de ellas para necesidades de la vida o para usos agrícolas o industriales (art. 598). Las condiciones a que se halla subordinado el paso forzoso de las aguas tienden a proteger los fundos sobre los cuales una carga tan grave (y más grave es naturalmente el paso necesario) debe imponerse. Es preciso, pues: 1) que quien quiera conducir las aguas tenga el derecho de servirse de ellas, ya porque sea propietario, ya porque haya adquirido legalmente la facultad de aprovecharlas de modo permanente o temporal (art. 598); 2) que acredite este derecho justificando poder disponer del agua en el tiempo en que solicite el paso (artículo 602); 3) que el interés de conducir las aguas sea serio y razonable en cuanto aquéllas sean suficientes al uso agrícola, industrial o doméstico a que son destinadas (art. 602); 4) que el paso que se pide sea el más conveniente y el menos perjudicial al fundo sirviente, atendidas las circunstancias de los fundos vecinos, la pendiente y otras condiciones de la conducción, curso y desembocadura de las aguas (art. 602). A más de estas condiciones, cuyo examen previo corresponde al Juez, no hay otra referente a la relación entre el daño del fundo sirviente y la utilidad del dominante; aun cuando el perjuicio de aquél sea gravísimo y superior a la utilidad o ventaja que obtiene el dominante con la conducción de las aguas, el paso debe ser concedido y el Juez no puede por tal motivo denegarlo (I).

(I) Este punto ha sido brillantemente demostrado por Segré, *Sull'aquedotto coattivo in relazione all'art. 578, c. c.* (*Giur. it.* 1903, I, 2, página 419 y siguientes); *I presupposti legali dell'aquedotto coattivo* (*Foro it.*, 1906, pág. 1.497 y siguientes); Brugi, Ist, pág. 275, que podría la conducción ser denegada cuando anulase la potencia económica del fundo sobre que debe darse. Pero ni siquiera en tal caso parece sea concedida al

Al propietario gravado corresponde el resarcimiento del daño y éste, que debe ser pagado antes de emprenderse la construcción del acueducto, es determinado por la ley en el valor de tasación de los terrenos que deben ocuparse (sin deducir los impuestos y otras cargas inherentes al fundo), aumentado en una quinta parte; pero se deben añadir los daños inmediatos derivados de las obras de la división del fundo en dos o más partes y de cualquiera otra modificación del mismo (art. 603). Descienden a la mitad el valor y las indemnizaciones si se pide la conducción de aguas por tiempo no superior a nueve años (art. 604). Otras normas particulares regulan el caso de que existan ya canales en el fundo sirviente; no puede quien pide la conducción pretender que sus aguas discurren por canales de otro, pero éste puede conducir las aguas por sus canales siempre que no ocasione grave daño a aquél (art. 599); no puede quien tiene ya un acueducto en el fundo ajeno hacer pasar por él mayor cantidad de agua, si no se reconoce que el canal es capaz y que ningún daño deriva al fundo sirviente (art. 695). Finalmente, no se hallan sujetos a esta servidumbre las casas, los patios, los jardines, las eras (art. 598), y si para la conducción de las aguas precisa atravesar calles, ríos o torrentes, deberán ser observadas las leyes y los Reglamentos sobre vías y sobre aguas (art. 601).

k) *Desagüe forzoso.*—Cuando no para llevar el agua a un fundo, sino para eliminar las sobrantes de un curso o manantial o para proceder a la desecación de un terreno, se deban hacer pasar a través de los fundos vecinos drenajes, canales o fosos de desagüe, la ley impone una servidumbre análoga llamada de desagüe forzoso. Al desagüe de las aguas sobrantes se aplican

Juez tal potestad; prescindiendo de la consideración de que es, si no imposible, extraordinariamente rara la hipótesis de un aniquilamiento completo por el solo hecho de la conducción de un curso de agua aun dándose tal caso (supóngase un fundo tan estrecho que venga ocupado en toda su extensión por el canal del acueducto) el interés privado y general que implica el uso agrícola e industrial de un curso de agua, debe prevalecer, no importando que toda la zona de tierra venga sacrificada. El mayor daño, el eventual aniquilamiento del fundo serán causa solamente de un aumento en la indemnización.

las normas examinadas del acueducto forzoso (art. 606). Al caso de la desecación proveen normas particulares (art. 609 y siguientes) para que las aguas puedan, con el menor daño posible de los vecinos, ir a parar a un curso o desagüe; para que los fosos construídos por uno puedan ser utilizados por otros para bonificar sus terrenos; para que la desecación sea siempre posible, no obstante el derecho adquirido por los terceros (1) sobre las aguas de un fundo palúdico (2).

### § 51.—*Comunidad y condominio*

Filomusi, Enc. § 58; Brugi, Ist. § 37; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 435; Chironi, Ist. I §§ 147-150; Zachariae, Man. I, §§ 181-182; Aubry et Rau, Cours. II, §§ 221-222; Planiol, Traité, I, núm. 2.497 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, § 169 a.

Una cosa puede ser propiedad de una sola o de varias personas; cuando esto ocurre se habla de condominio o copropiedad, o, en sentido más general, de comunidad y también de propiedad colectiva. Esta modalidad dominical está regida por reglas distintas de las que se refieren al dominio individual y varían en los distintos casos según la peculiar naturaleza que la relación de pertenencia de la cosa a una pluralidad de personas puede ofrecer.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Limitaciones en interés privado y derecho de vecindad.*—(Ver nota al capítulo anterior.)

(2) La materia de la desecación para bonificar los terrenos palúdicos ha sido luego disciplinada más completamente con leyes especiales reunidas ahora en el t. u. (texto único) de 22 de Marzo de 1900, núm. 195 sobre bonificación de terrenos palúdicos modificado y completado por la ley de 13 de Julio de 1911, núm. 774 y con los Reglamentos de 8 de Mayo de 1904, núm. 368 y 15 de Junio de 1895, núm. 359.

Durante la guerra, a fin de la inmediata utilización agrícola de los terrenos, palúdicos se consintió con Decreto-ley de 7 de Febrero de 1918, número 153, que en derogación del art. 599 del Código civil, las aguas que se quisieran eliminar pudieran ser conducidas por canales o desagües de propiedades contiguas, concediéndose al Ministro de Agricultura la facultad de ordenar esto.

El concepto de *comunidad* (1) es más amplio que el de condomino, 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 socios de una sociedad, o la del matrimonio, o la de los coherederos o colegatarios, etc. Varias son las causas que la originan: o es la voluntad misma de dos o más personas, las cuales acuerdan poner algo en común para repartir las ganancias que puedan derivar, y se da entonces la comunidad de los socios, basada en el contrato de sociedad (art. 1.697) (2), o bien son otros hechos, como la sucesión hereditaria, cuando varias personas son llamadas a recoger una herencia y resultan por tal titulares de las relaciones jurídicas del difunto (artículos 984, 1.027 y 1.034) o las relaciones de vecindad por las que las paredes divisorias de dos edificios o las cercas que dividen dos fundos, los setos vivos, los fosos, los tejados, escaleras, patios de un edificio perteneciente por partes separadas a propietarios diversos, pertenecen en común a varios (art. 546 y siguientes). Estas últimas y otras figuras de comunidad en las que la relación de coparticipación no ha sido querida por los copartícipes, sue-

(1) Sobre este y sobre el concepto de condonino en el derecho civil italiano y en el romano hay que tener presentes: Fornari, *Della comunione dei beni*, Napoli, 1981; Vita Levi, *Trattata della comunione dei beni*, Torino, 1884-1901; Paternó Castello, *La comunione dei beni nel cód. civ. it.*, Torino, 1895; Segré, *Sulla natura della comproprietà*, (Filang. XV, 1890, págs. 1, 65, 305-345 y siguientes); Manenti, *Concetto de la comunione* (Filang. XIX, 1894, págs. 321, 492 y siguientes); Luzzatto, *La comproprietà nel diritto italiano*, Torino, 1908-9; Riccobono, *Communio e comproprietà (Essays in legal history)*, Oxford, 1913; Finocchiaro, *Studi sulla comunione* (*Dir. comm.*, 1919, pág. 369 y siguientes). Muy rico es el material papiroológico sobre las varias especies de comunidad y su disciplina jurídica en el derecho greco-egipcio. Véase Weiss, *Communio pro divisio und pro indiviso in den Papyri* (*Arch für Papyrusforschung*, IV, página 330 y siguientes).

(2) Ver Bonfante, *Rapporto tra la communione e la società* (*Riv. diritto comm.*, 1917, II, pág. 74 y siguientes).

len designarse en la terminología escolástica tradicional, para distinguirlas de la comunidad fundada en el contrato de sociedad, con el nombre de *comunidad incidental* (*communio incidentis*). En otro aspecto se suele contraponer la comunidad *ordinaria* a la *forzosa* o *coactiva*, tomando como criterio distintivo la facultad de los partícipes de pedir la división, ya que mientras esta facultad corresponde de ordinario a los comuneros y el pacto de indivisión es mirado desfavorablemente por la ley, que lo considera nulo, hay casos en los cuales el destino de la cosa, según su naturaleza, no tolera la división, y en tales casos se habla de *comunidad forzosa*.

Cada figura tiene, pues, sus reglas especiales. Esta última las tiene en los artículos 546 y 569, que (como ya hicimos notar) nuestro legislador, no muy correctamente, colocó en el título de las servidumbres, cuando a lo sumo, y sólo en un cierto aspecto, podrían incluirse en el concepto de limitaciones de la propiedad; la comunidad de bienes entre cónyuges se halla regulada por los artículos 1.433 y 1.446; la de los socios en la sociedad por los artículos 1.697 y 1.736; la de coherederos, por los artículos 984 y 1.000. Prescindiendo de la particular y distinta regulación impuesta por la índole especial de la causa que determina la comunidad, es posible también una disciplina general de éste basada en principios universales. Y nuestro Código la ha formulado en los artículos 673 y 684 (1); normas de carácter dispositivo constituyen la disciplina universal de la comunidad ordinaria y se aplican en todo caso en que la voluntad de los particulares no haya regulado diversamente la relación o la ley misma la regule de modo distinto; a ellas se debe recurrir a falta de particulares disposiciones o lagunas que se adviertan en

(1) En esto fué imitado el Código austriaco que tiene un título especial sobre la comunidad de la propiedad y de otros derechos reales (§§ 825-858) porque en el francés faltaba un título sobre la comunidad en general y sobre el condominio. Más correcto es el Código civil alemán que contiene dos títulos distintos, uno relativo a la comunidad en general consistente en la pertenencia de un derecho cualquiera que sea a varias personas (§§ 742-758) y el otro referente al condominio propiamente dicho (§§ 1.008-1.011).

la comunidad de herederos (art. 1.000), en la de los socios (artículo 1.736) o en la matrimonial (art. 1.434).

Ciñéndonos, por ahora, a la comunidad del derecho de propiedad, a la que también el Código se refiere, especialmente en los dos títulos sobre la comunidad de bienes y sobre la de los muros, edificios y fosos comunes, y antes de examinar las reglas que gobiernan el condominio ordinario y el coactivo, es preciso indagar la naturaleza que debe atribuirse al derecho de condominio y la manera de explicar la coexistencia de varios propietarios de una misma cosa.

De la naturaleza del derecho de propiedad deriva que un dominio plural sobre una misma cosa no puede existir; plural, no en el sentido de formas diversas de la propiedad, como eran, por ejemplo, la quiritalia y la bonitaria del Derecho romano (en el nuestro la propiedad es única), 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 anejo. Es posible solamente que el derecho corresponda a varios por partes, es decir, por cuotas (*partes proindiviso*). 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. *Duorum (vel plurium) in solidum dominium vel possessionem esse non potest* (1).

Ahora bien, ¿qué es lo que se debe entender por objeto del dominio cuando la cosa pertenece a varias personas? La teoría tradicional cree que una parte o cuota de la cosa; cada condómino tiene la propiedad de una fracción de ella: la mitad, un tercio, un cuarto, según la extensión de su derecho; pero como la cosa no se halla aún materialmente dividida, la cuota en el estado de indivisión sólo puede ser concebida intelectualmente, o, en otros términos, es una cuota *intelectual* o *ideal* (2). No será,

(1) Celso, fr. 5. § 15. D. 13. 6.

(2) A este concepto se refiere el notabilísimo pasaje de Ulpiano, fr. 5. D. 45. 3: *Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus*,

por tanto, una parte individual de la cosa, porque en tanto dura la indivisión la individualización no tiene lugar; es una parte meramente conceptual que se individualiza y concreta cuando se procede a la división.

Contra este concepto fundamental se han hecho diversas objeciones. Si se concibe objeto del derecho de cada condómino una fracción física de la cosa, es inegable que la teoría es falsa porque cuando no se pueda proceder a la división material y se asigne la cosa a uno sólo o se venda, lo que corresponderá a los demás partícipes en el primer caso, a todos en el segundo, será el valor de la cuota y no una parte material de la cosa. Si, por el contrario, se considera objeto el derecho real de propiedad, de modo que sea éste el que se divide entre los condóminos y no la cosa, se llega a suponer que cada condómino tenga en su patrimonio una fracción del derecho, pero resulta difícil explicar cómo siendo el derecho fraccionado corresponda a cada titular un poder general sobre la cosa entera.

La teoría moderna parte, por el contrario, del principio de que la cuota no representa ya el objeto del derecho correspondiente a cada condómino, sino la razón o proporción, según la cual las utilidades o cargas de la cosa van a favor o a cargo de los partícipes. El derecho de cada uno se refiere y afecta a la cosa toda, no sólo a una fracción de la misma; cada uno tiene un derecho cualitativamente igual al de los demás, puesto que cada uno es propietario y sólo difieren cuantitativamente cuando resulte diversa la proporción en que cada uno concurre. Contenido del derecho de condominio es, pues, la propiedad de la cosa entera, pero como el derecho de cada uno con las facultades inherentes a él, debe coexistir con el de los demás una limitación viene fijada por tal concurrencia. En otros términos, el condominio es, como con frase expresiva, dice Scialoja (1), una relación de igualdades que se limitan recíprocamente; una rela-

*sed pro partibus utique indivisis ut intellectu magis partes habeant quam corpore.*

(1) *La propriété*, pág. 312; *L'actio ex stipulatu* (Arch. giur., XXX, 1883, pág. 184).

ción de equilibrio, que hace posible la coexistencia de derechos iguales en la misma cosa, limitando en cada uno la facultad de goce y de disposición, cuanto exigen las mismas facultades en los demás.

Cuál de entre estas dos teorías (de otras que contienen modificaciones parciales de éstas, no nos ocuparemos) (1) haya seguido el legislador italiano, es muy discutido. Más fundada es la opinión de los que afirman que se ha inspirado en la doctrina tradicional, y en apoyo de esta afirmación se cita el art. 679: «cada partícipe tiene la plena propiedad de su cuota y de los frutos y utilidades de ésta». Que es más todavía si se considera la disposición (derivada del Código francés) relativa al valor jurídico de la división hereditaria que en nuestro derecho es declarativa y no atributiva de la propiedad (art. 1.034); hay que reconocer que aquí hallamos huellas de la concepción que hace objeto del condominio fracciones físicas de la cosa: cada coheredero se reputa sólo e inmediato sucesor en todos los bienes que componen su cuota, entendiendo que jamás ha tenido la propiedad de los demás bienes hereditarios (2).

(1) Notable es la sostenida ya por Luzzatto, op. cit., y por Carnelutti, *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione* (*Studi di Dir. civ.*, pág. 115 y siguientes). Según la cual, en el condominio es titular del señorío la colectividad de condoninos que forma como tal un sujeto distinto de los individuos singularmente considerados. Pero este concepto de la *Universitas*, propio del derecho germánico, ¿es aplicable al italiano? Más justa es la idea defendida por algunos romanistas (ver Bonfante, *Ist. Dir. rom.*, 8.<sup>a</sup> ed., pág. 291; *Riv. Dir. civ.*, I, 1909, página 289 y siguientes; Fadda, *Consortium collegia magistratum communio* en los *St. per Brugi*, pág. 141 y siguientes; pero vivamente refutada por Perozzi, *Ist. Dir. rom.*, I, pág. 475, núm. 1; *un paragone in materia di comproprietà* (Melanges Girard, París 1912) de que en el condominio (s se considera en el derecho romano) ve un aspecto que recuerde lo que en la esfera pública viene representado por la colegialidad de los poderes soberanos y este aspecto se combina con el otro, en el cual cada condonino tiene un poder independiente sobre la cosa. Lo cual aclara la naturaleza y particular energía del *jus prohibendi* conferido a cada condonino contra los actos de innovación emprendidos por los demás en la cosa común.

(2) Sobre el origen histórico de este principio y sobre el valor efec-

Contra esta figura del condominio (como quiera que se construya teóricamente) que se caracteriza porque la cosa pertenece por partes a los condóminos de modo que el derecho de cada uno se mide por la respectiva cuota, hay otra que se distingue netamente de ésta y que es ofrecida por la concepción germánica de la copropiedad. Designada la primera en la tradición escolástica con el nombre de *condominium juris romani*, se suele llamar a la segunda *condominium juris germanici* y consiste en una especial organización del condominio, de modo que todos los condóminos forman una colectividad, perdiendo en ella la individualidad como titulares independientes. La cosa pertenece a la colectividad, no a los individuos singularmente, pero en virtud del vínculo corporativo, cada uno tiene sobre ella derechos y facultades de goce con mayor o menor extensión, según la particular naturaleza del vínculo. La propiedad colectiva o comunidad de manos reunidas, según la expresión germánica (*Gesamteigenthum, gemeinschaft zur gesammten Hond*), 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 del grupo corresponde la propiedad de una cuota, ya sea real, ya intelectual. Es, en suma, la mano común una copropiedad sin ideal división en cuotas, en la cual cada partípice 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 (1). De lo cual se deriva que, mientras en el condominio del Derecho romano corresponde a cada uno para la efectividad de sus cuotas la acción de división (*actio communi dividundo*) en ésta falta tal acción porque faltan también las cuotas.

tivo que en nuestro derecho tiene, se tratará en lugar oportuno a propósito de la sucesión hereditaria.

(1) Ver Stobbe: *Handbuch d. dent. Privatrechts*, II, §§ 81, 82 y siguientes; *Miteigenthum und gesammte Hand* (*Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, IV, página 207 y siguientes); Beseler, *System des gem. deut. Privatrechts*, II, § 83; Gierke, *Genossenschaftrecht*, II, pág. 170 y siguientes; Crome, *System des deut. bürg. Rechts*, III, pág. 420; Dunker, *Das Gesamteigenthum*, Marburg, 1843.

Que tal concepción germánica es extraña a nuestro condominio, está fuera de duda. No se organiza el condominio de los socios en la sociedad, de los cónyuges en la comunidad de bienes, de los coherederos en la herencia común, como ocurre en el derecho alemán, según el tipo de una propiedad colectiva y corporativamente, sino según el del condominio romano, es decir, como propiedad dividida en cuotas ideales. Sin embargo, hay figuras peculiares de propiedad colectiva en nuestro Derecho, a las cuales es aplicable la concepción germánica, por lo menos dentro de ciertos límites. Como ha observado muy justamente Filomusi, es aplicable tal concepción a aquellos dominios colectivos que han sobrevivido en muchas provincias italianas y a los aprovechamientos comunes donde se puede hallar una especie de organización de partícipes, según el modelo corporativo (1). Las reglas que rigen el condominio de tipo romano, según el Código civil, son el resultante del equilibrio en que los derechos cualitativamente iguales de los partícipes deben ser mantenidos para que coexistan. Las expondremos brevemente. Pero como la facultad que, por regla general, corresponde a cada condómino de pedir la división, falta en algunas especies de copropiedad y cuando falta la disciplina de la relación, resulta profundamente modificada, conviene distinguir el condominio ordinario del condominio con indivisión forzosa.

I. *Comunidad ordinaria*.—El principio fundamental en torno al cual giran todas las reglas particulares, es que cada condómino tiene la facultad de usar y de gozar de la cosa dentro de los límites fijados por la concurrencia de los demás. El límite o medida del derecho, vienen dados por la cuota, es decir, por la razón en virtud de la cual cada uno puede apropiarse las utilidades de la cosa (y eventualmente su valor cuando el condominio cese), teniendo obligación de soportar sus cargas o gravámenes.

(1) Ver Ferrara, *Tracce della comunione di Dir. germ. nel Dir. italiano* (*Riv. Dir. civ.*, I, 1909, pág. 498 y siguientes), el cual, además de en los dominios colectivos, aprovechamientos comunes, participaciones, etcétera, halla en la comunidad de bienes de los cónyuges una aplicación de la mano común germánica.

Esta cuota puede ser distinta según el número de partícipes (si concurren en partes iguales son tanto más pequeñas cuanto mayor es el número de aquéllos) o según el título en virtud del cual cada partícipe concurre (si concurren los partícipes en partes desiguales), y como cuando el título nada dispone es igual la energía del derecho de cada uno, igual debe ser también la recíproca limitación y de aquí la consecuencia de que las cuotas se presumen iguales hasta prueba contraria (art. 674) (1).

De aquel principio general derivan todas las restricciones que, naturalmente, sufre el derecho de cada condómino con relación a las amplias e ilimitadas facultades del dominio individual, restricciones que determinan en los demás partícipes, no sólo un poder de impedir los actos lesivos de su derecho, sino también un poder meramente negativo (*ius prohibendi*) de oponerse a toda innovación que se intentase hacer en la cosa común.

Esto significa que mientras hay actos de goce y de disposición, a que cada condómino resulta autorizado en virtud del propio derecho en cuanto están contenidos en la esfera de su cuota, hay otros, por el contrario, que en cuanto afectan a la cosa en su totalidad no pueden efectuarse sino con el consentimiento de todos los condóminos; pero entre los primeros y los últimos se colocan algunos en los cuales no se estima necesario el asentimiento unánime de los titulares y se considera suficiente el de la mayoría. Puede facilitar la sistemática ordenación de las varias normas el distinguir los actos que se realizan durante la indivisión de aquellos que se dirigen a disolver la comunidad y entre los primeros aquellos que están permitidos a cada uno de los que son prohibidos.

a) *Goce y administración de la cosa común.*

a) Cada uno de los condóminos tiene el derecho de gozar y disponer libremente de la cosa en la medida de su respectiva cuota. Esto implica:

(1) Esta presunción puede destruirse con cualquier medio de prueba; ver Ramponi, *Ammisione di prova contrarie alla presunzione di uaglianza delle quote nella comunione* (Corte d'appello, 1918, núms. 1-2; 1920, número 2).

1) Que tiene el derecho de apropiarse los frutos y, en general, los productos, ventajas o incrementos de la cosa en proporción a su cuota (art. 674).

2) Que puede libremente enajenar su cuota, hipotecarla, ceder su goce a un tercero, sin que los demás puedan oponerse a la substitución de un titular en lugar del primitivo (art. 679)(1). La única restricción que aquí es posible es determinada por la naturaleza personal que tenga el derecho de coparticipación, ya que si éste va unido a las cualidades personales de un socio de la comunidad, no es posible substitución de tercero. Deriva de la naturaleza de la cuota la consecuencia que la enajenación no afecta a una parte físicamente determinada de la cosa; lo mismo que el derecho del partícipe, así también el del adquirente o acreedor hipotecario se concretará en una parte real cuando se haya procedido a la división y precisamente en la parte que vendrá a corresponder al partícipe (art. 679). De aquí la consecuencia de que la enajenación será ineficaz, si con la división resulta el derecho del alienante concretado en un valor representativo de la cuota y no en una parte de la cosa. Por esto precisamente la ley confiere expresamente a los acreedores y cesionarios de un partícipe el derecho de intervenir en la división y de oponerse a aquella que se verifique sin su concurso (art. 680).

3) Que puede servirse de la cosa común con tal que la emplee según su destino y precisamente según el destino establecido por el uso (art. 675).

En correspondencia con las facultades de uso y disfrute, tienen los condóminos la obligación de soportar los gravámenes y las cargas que derivan de la cosa y la de contribuir a los gastos necesarios para su conservación, proporcionalmente a la medida de la cuota (artículos 674 y 676). A este deber de cada uno corresponde el derecho de los demás a constreñirlo a contribuir; pero cada obligado puede substraerse a tal obligación con el abandono de su cuota; la *derelictio* que haga valer como

(1) Con mayor razón debe serle reconocida la facultad de renunciar a su derecho de copropiedad, sin embargo, puede venir limitada por el pacto de subsistir en la comunidad a tenor del art. 671 del Código civil

renuncia de su derecho y cuando éste desaparece es natural que cese la obligación correspondiente (1).

β) Cuando el ejercicio de las facultades, por parte de uno sólo produjese colisiones con las facultades de los demás, la ley fija prohibiciones con respecto a cada uno y el poder de disposición viene atribuido a la mayoría o a la totalidad.

Resulta prohibido al particular:

1) 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 (art. 675).

2) El decidir por sí sólo de la suerte de la cosa y tener su régimen y administración. Interesados se hallan todos los condóminos en que la cosa no sólo se conserve, sino que aumente en sus rendimientos lo más posible.

Ahora bien, entre los dos sistemas concebibles abstractamente, como resultado de la equitativa conciliación de ambos intereses, esto es, el de conferir a todos conjunta e indistintamente la administración o conceder predominio a la voluntad de aquellos que representan la mayoría patrimonial, la ley ha elegido con acierto este último. El art. 678 declara decisivos para la administración y mejor disfrute de la cosa común los acuerdos de la mayoría de los partícipes, que son obligatorios para la minoría discrepante. Y por mayoría se entiende (como explícitamente se declara en el Código), no la numérica de los titulares, sino la constituida por la mayor suma de intereses; se debe, en otros términos, tener en cuenta las cuotas y no las personas de modo que predomine el voto de aquéllos que con sus cuotas representen más de la mitad del valor de la cosa, aun cuando numéricamente sean menos que los discrepantes. Sin embargo, ni la minoría está por completo despojada de toda garantía, ni resulta imprevisto el caso de que no llegue a formarse

(1) El derecho de abandono tiene una amplia aplicación a más de en el caso de comunidad (artículos 549, 561 y 676); así, por ejemplo, en materia de servidumbres, de enfiteusis, etc. Es un medio liberatorio de obligaciones que se funden en la relación de propiedad o de posesión de una cosa, es decir, para las obligaciones *propter rem*; ver Claps, *L'abbandono liberatorio nel Dir. civ. it.*, Torino, 1897.

una mayoría; si ésta falta, o si su decisión resulta gravemente perjudicial a la cosa común, puede a instancia de cualquier interesado, provocarse la intervención de la autoridad judicial, que dictará las providencias oportunas y podrá nombrar un administrador.

3) El hacer innovaciones en la cosa común, aun cuando resulten ventajosas para todos, si los otros no las consienten (artículo 677). El sistema aquí adoptado es opuesto al seguido para la administración; se requiere para hacer innovaciones el consentimiento de todos los partícipes, y la oposición de uno solo, por exigua que sea su cuota, basta a impedirlas, aun cuando los demás estén conformes y la ventaja sea común. Se explica que este *ius prohibendi* conferido a cada condómino sea tan enérgico que paralice la voluntad de los que representan intereses mayores, si se considera que el hacer innovaciones en la cosa significa modificarla en el uso a que es destinada, alterar su esencia o transformar su naturaleza, lo cual no puede ser consentido a nadie en cosa que es simultáneamente objeto de la propiedad de los demás (1). Qué debe entenderse por innovación, es cosa muy discutida, fuera de los casos más limitados y seguros, como

(1) De aquí el famoso aforismo *in pari causa melior est condicio prohibentis* sacado de un texto romano en que se pone de manifiesto la energía del *ius prohibendi*; Papiniano, fr. 28. D. 10. 3: *Sabinus ait in re communii neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posses. Unde manifestum est, prohibendi ius esse; iu re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat.* El modo como hay que entender este derecho de prohibición es en el sentido que hasta que quien no consiente la innovación, no se oponga, los otros condóminos pueden actuar en la cosa innovando o modificando; no es necesario en otros términos un consentimiento previo de todos para que se pueda actuar en tal manera sobre la cosa, debiendo quien se oponga entablar la prohibición, a falta de la cual la actuación de los demás es legítima. Esto sienta la continuación del citado fragmento *Sed et si in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest ut iamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere poterat, hoc praetermisit; et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit.* Así precisamente Fadda, y contra él Perozzi en los escritos citados en la nota 7 del § 51. Con Fadda también Pacchioni, *Il ius prohibendi del condomino iu due rec. pubblic.* (*Riv. Dir. comm.*, 1912, X, 1, págs. 1.030 y siguientes) y *Corso Dir. rom.*, II, págs. 328.

el de la transformación en edificio industrial de una casa-habitación, de un naranjal en viñedo, etc. Actos de gestión ordinaria que tienden a conservar la cosa, a mejorarla o a aumentar el rédito, no entran en el concepto de la innovación; tampoco entran, quizá, los actos de gestión extraordinaria. En general, debe entenderse por innovación todo acto dispositivo o de gestión que modifique substancialmente el estado de hecho o de derecho de la cosa de modo que después de él la cosa no puede decirse que sea como antes era (1).

b) *División.*

Si el estado de comunidad sólo puede regirse mediante un complicado sistema de limitaciones las cuales no siempre consiguen eliminar las contiendas (2), es natural que la ley (cuando la indivisión no venga impuesta por la naturaleza misma de las cosas, destinadas perpetuamente al servicio de propiedades diversas) lo considere como una situación transitoria y favorezca su cesación. De tal estado se sale con la división y corresponde a cada condómino el derecho de pedirla en cualquier momento (art. 681), derecho imprescriptible que no se extingue por duradera que sea la comunidad, porque nadie puede ser constreñido a permanecer en ella, y que no es renunciable. Por tanto, no es válido el pacto de permanecer en comunidad indefinidamente, como sería igualmente inválida la prohibición del testador a sus herederos de proceder a la división. Sin embargo, por la especial utilidad que los copartícipes hallen en mantener unida la gestión de la cosa; se autoriza el pacto que obliga a los condóminos a permanecer en comunidad por un tiempo determinado; y para proteger a los herederos menores que por una división operada durante su menor edad podrían venir perjudicados, se admite también la prohibición de dividir por un cierto tiempo

(1) Sobre el concepto y sus aplicaciones Vitta-Levi, *Tratt. della comunione dei beni*, II, pág. 234 y siguientes; Paternó Castello, *La comunione dei beni*, núm. 78; Fadda, *Il concetto d'umorazione nel art. 677, c. c. italiano* (*Foro it.*, 1899, pág. 1.065 y siguientes); Venzi en Pacifici, Ist. III, I, página 451 y siguientes.

(2) Paulo, fr. 26. D. 8. 2. ...*itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit*

impuesta por el testador. Pero el pacto de indivisión no puede establecer un tiempo superior a diez años (art. 681, párrafo 1.º), y la prohibición testamentaria de proceder a la división, admitida solamente cuando todos los herederos instituídos o algunos de ellos sean menores de edad, no puede extenderse más allá de un año luego de la mayor edad del último de ellos (art. 984). Esto, no obstante, predomina siempre sobre el pacto y sobre la disposición testamentaria la razón de la división; ya que en uno y otro caso, cuando graves y urgentes circunstancias lo exijan, puede siempre la autoridad judicial, a instancia del interesado, ordenar la disolución de la comunidad antes del tiempo del convenio (artículos 681, párrafo 2.º; 984, párrafo 1.º) (1).

Dos formas de división son posibles: la amistosa, cuando todos los partícipes de acuerdo proceden a ella, y la judicial, si falta el acuerdo y se ejercita por uno de los comuneros la *actio communi dividundo* (2). Las reglas aplicables a esta última (y que rigen cuando falta una regulación acordada voluntariamente por los interesados) son dictadas por el Código a propósito de la división de la herencia (artículos 986 y siguientes); pero por expresa disposición del art. 684 se declaran aplicables a las divisiones entre copartícipes de toda comunidad en general. Dejando por ahora las propias de la división hereditaria, los principios fundamentales que la presiden pueden resumirse en los siguientes:

1) Puede cada uno de los condóminos pedir en especie la parte de la cosa común (art. 987), y si no pueden asignarse partes exactamente correspondientes a la cuota de cada uno, debe la desigualdad ser compensada con equivalentes de rentas o dinero (art. 995).

2) Al proceder a la división debe evitarse en lo posible desmembrar los fundos y causar con ellos daño a los cultivos, y cuando haya varios bienes en comunidad debe procederse de

(1) Un interesante estudio sobre el pacto de indivisión con especial referencia al derecho romano, es el de Goubeaux, *Etude sur la clause d'indiv. forcée et perpetuelle en dir. civ. fr.*, París, 1910.

(2) Véase sobre esta acción Albertario, *Lo svolgimento storico dell'actio communi dividundo*, Pavía, 1913.