

# LABEO

RASSEGNA DI DIRITTO ROMANO



JOVENE - 48 (2002) 1 - NAPOLI

# LABEO RASSEGNA DI DIRITTO ROMANO

TERZA SERIE

## Comitato scientifico

FRANCO AMARELLI      LUCIO BOVE      FRANCESCO PAOLO CASAVOLA      FILIPPO CASSOLA  
LUCIO DE GIOVANNI      FRANCESCO DE MARTINO      FEDERICO D'IPPOLITO      LUIGI DI LELLA  
SETTIMIO DI SALVO      GENNARO FRANCIOSI      FRANCESCO GUIZZI      LUIGI LABRUNA  
GENEROSO MELILLO      TULLIO SPAGNUOLO VIGORITA

## Comitato di redazione

BRUNELLA BIONDO      GIUSEPPE CAMODECA      GIACOMO DE CRISTOFARO      MARIA R. DE PASCALE  
ALBERTO DELL'AGLI      ELIO DOVERE      FRANCESCO FRATTO      FRANCESCA LAMBERTI  
FRANCESCO LUCREZI      FELICE MERCOGLIANO      LUCIANO MINIERI      SERGIA ROSSETTI FAVENTO  
ANTONIO RUGGIERO      FRANCESCO SALERNO      LAURA SOLIDORO      CLAUDIO ZACCARIA

## Direttore

VINCENZO GIUFFRÈ

## Redattori

INES DE FALCO      MARIO VALENTINO

*Labeo Rassegna di diritto romano si pubblica in fascicoli quadrimestrali. Ogni terzo fascicolo reca il sommario e gli indici del volume. — Il prezzo di ciascun fascicolo è di € 25,83. L'abbonamento 2002 per l'Italia e l'estero è di € 67,14 da pagarsi anticipatamente alla Casa editrice Dr. Eugenio Jovene Spa., via Mezzocannone 109, 80134 Napoli, c/c postale n. 14015804 - www.jovene.it - e-mail: info@jovene.it. — Ogni collaboratore riceverà 50 estratti gratuiti. Eventuali altri estratti, ordinati al «si stampi» dato alle bozze del fascicolo, saranno forniti al prezzo di € 0,052 a pagina ed € 0,15 per copertina. Estratti anticipati: rimborso del costo delle spese extra, da concordarsi con la tipografia. — La rivista segnala tutte le pubblicazioni che interessano la storia del diritto romano e dei diritti dell'antichità: esse vanno inviate al Prof. Vincenzo Giuffrè, via S. Domenico al Vomero 62, 80127 Napoli. [Aut. Tr. Napoli n. 909/1955; tipografia Quartografica, Corso Italia, Quarto (Na)]*  
Indirizzo di posta elettronica: [labeo\\_redazione@tin.it](mailto:labeo_redazione@tin.it)

Anno quarantottesimo duemiladue - Vincenzo Giuffrè responsabile

## LA FACULTAD DE HIPOTECAR EN EL CONDOMINIO ROMANO

1. La lectura de los trabajos de Carbonell<sup>1</sup> y de Cuéllar<sup>2</sup> en torno al problema de si el pleno propietario puede hipotecar una cuota indivisa de su dominio sobre una finca, nos ha hecho reflexionar sobre cuál podría ser el planteamiento de la cuestión desde la perspectiva del Derecho Romano.

En efecto, la producción del derecho también compete en Roma a juristas prácticos, como indudablemente lo son en la actualidad los Notarios y Registradores de la Propiedad, de modo que la pretensión de lo que a continuación se expone es incorporar a este controvertido tema el parecer de otros jurisprudentes, cuya actividad se desarrolló dentro del esquema pregunta-respuesta.

En los trabajos reseñados y en los de Chico<sup>3</sup> y Navarro<sup>4</sup> a los que ellos se referían, se han barajado diversos argumentos entre los que se encuentran preceptos legales y reglamentarios, pero también reglas interpretativas o principios generales plenamente admitidos cuando se pretende abordar el estudio de relaciones jurídico-reales.

Es claro que analizar desde una perspectiva romana las consideraciones presentes en los artículos de la Ley y Reglamento Hipotecario citados por estos autores y por las Resoluciones comentadas presenta serias dificultades, pues no es el Derecho Romano el modelo del que se han servido nuestros hipotecaristas para construir el actual sistema jurídico de protección registral, lo que no es obstáculo para poder señalar la configuración que tiene la hipoteca en Derecho Romano como base de nuestras conclusiones sobre el problema planteado. Por el contrario, comentar desde la vertiente romana reglas como «el que puede lo más puede lo menos» o la propia definición que de la propiedad recoge nuestro Código Civil en su art. 348.1, parece una tarea más sencilla

<sup>1</sup> CARBONELL, *Resolución de 5 de enero de 1998. Una singular distribución de responsabilidad hipotecaria*, en *Lunes* 4'30 227 (Valencia 1998) 9-16. <sup>2</sup> CUÉLLAR, *Hipoteca de cuotas indivisas y la Resolución de la Dirección General de 5 de enero de 1998*, en *Lunes*... 230 (Valencia 1998) 13-20. <sup>3</sup> CHICO, *La calificación registral: problemas*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 488 (1972) 80-99. <sup>4</sup> NAVARRO, *¿Es posible la distribución de hipoteca entre las diferentes cuotas indivisas de un garaje, que lleva consigo la adscripción de uso de una determinada plaza?*, en *Lunes*... 33 (Valencia 1989) cit.

y menos atrevida, pues es precisamente al Derecho Romano al que podemos atribuir su ulterior origen.

2. Carbonell se muestra partidario de que el pleno propietario pueda, en garantía de un crédito, hipotecar una cuota indivisa de la misma<sup>5</sup>. Es Cuéllar el que, sin compartir este criterio, añade otros argumentos de carácter general, como es la amplitud de contenido que presenta el derecho de propiedad, por ser «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes»; y el principio «quien puede lo más puede lo menos», pues si el propietario puede vender una parte indivisa de la finca (lo que supone la constitución de un condominio), no se ve inconveniente en que pueda hipotecar una cuota de la misma<sup>6</sup>.

Aun cuando el resultado será evidentemente el mismo, esto es, permitir que el pleno propietario pueda hipotecar una cuota indivisa de su finca, lo cierto es que la aplicación del principio «el que puede lo más puede lo menos», que tiene por objeto extender la interpretación de aquello que aparece dispuesto expresamente dentro de una norma jurídica, debe hacerse con ciertas cautelas que permitan asegurar la similitud de los supuestos a los que tal regla es aplicable. En este sentido, debe observarse cómo vender e hipotecar, aunque estén ambos actos circunscritos a la esfera patrimonial, presentan perfiles distintos y ello aconseja que, en este caso, no dotemos a la hipoteca de cuota de iguales presupuestos que la disposición de una cuota del dominio pleno en favor de un tercero. Por ello, sería más acertada buscar esa interpretación extensiva, acogiendo al presupuesto «si es posible hipotecar toda la finca, ¿por qué no ser posible igualmente hipotecar una cuota indivisa de la misma que permita, eventualmente en un futuro, crear un verdadero condominio entre el deudor (que pierde una cuota en pública subasta) y el adquirente del remate»? Aunque, como veremos, de la existencia del condominio y de su particular idiosincrasia, nos inclinamos por la solución negativa.

La concepción más antigua que se tiene en Roma de la propiedad<sup>7</sup> presenta un carácter eminentemente libre, viéndose las limitaciones al dominio como perjuicios de procedencia externa contra un poder dominical fundamentalmente libre<sup>8</sup>. Esta misma concepción la presenta Schulz, quien señala cómo las prohibiciones de disponer y las limitaciones al dominio no son fre-

22-24. <sup>5</sup> CARBONELL, *Resolución* cit. 15 s. <sup>6</sup> CUÉLLAR, *Hipoteca* cit. 15. <sup>7</sup> Para una sintética visión de la evolución del instituto a través de los distintos términos que sirven para designarla, cfr. D'ORS, *La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil*, en *Parerga historica* (Pamplona 1997) 330 ss. <sup>8</sup> JÖRS-KUNKEL-WENGER, *Römisches Recht*<sup>3</sup> (Berlín-Göttingen-Heidelberg 1949) 120. Quizá pueda ser esta la razón de la hostilidad que parece mostrar el derecho clásico por el usufructo, según SANFILIPPO, «*Odium fructuarii*», en *Studi Volterra* 4 (Milano 1972) 380 ss. y 385, puesto que la concepción clásica impediría al usufructuario hacer otra cosa que *uti frui*, sin que pueda mudar el estado jurídico de la cosa ni modificar su destino económico ni siquiera en aras de su mayor utilidad o rendimiento, puesto que tales actos deben calificarse como dispositivos y, en cuanto tales, únicamente atribuibles al propietario.

cuentes<sup>9</sup>. En cambio, Longo señala su carácter de derecho limitado, al igual que el de los demás derechos reales, pues existen una serie de limitaciones legales en mayor o menor medida, incompatibles con la exclusividad con la que frecuentemente se viste a este derecho<sup>10</sup>, aunque es claro que este autor no se está refiriendo a la concepción más antigua del dominio<sup>11</sup>.

No es incompatible con esta semiplenitud de facultades del *dominus* la idea de la propiedad por cuotas ideales e indivisas<sup>12</sup>, donde la única limitación se encuentra en el hecho de la concurrencia de una pluralidad de personas como titulares dominicales de una misma cosa<sup>13</sup>. De acuerdo con esta idea, el

<sup>9</sup> SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft* (Berlín 1954) 103 s. Tales limitaciones empiezan a incrementarse con el desarrollo de la sociedad, como señala CARAVELLA, *Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in diritto romano*<sup>reimp.</sup> (Roma 1971) 10 y el propio SCHULZ señala el aumento que experimentan en el período postclásico. <sup>10</sup> LONGO, *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto* (Milano 1946) 70 s. <sup>11</sup> Quizá sean excesivas las afirmaciones de SANFILIPPO, «*Odium fructuarii*» cit. 389 sobre que «il concetto della signoria piena ed assoluta sulla cosa rimane teoricamente incorrotto per tutta l'età romano-classica». <sup>12</sup> El concepto de parte alícuota se encuentra en un pasaje de Quinto Mucio Escévola: D. 50.16.25.1 (Paul. 21 ad ed.): *Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse...* (Paulus 21 ad ed.). En torno a este pasaje, cfr. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht 1 Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung* (Halle 1907, reimp. 1959) 406 s. y HORAK, «*Rationes decidendi*». *Entscheidungsgründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo 1* (Aalen 1969) 230, quien subraya cómo Quinto Mucio sólo habría concebido como parte aquella ideal, pues una vez concretada, deja de ser parte para convertirse en todo. También señala SEGRÈ, *La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali. Corso di diritto romano* (Torino 1931) 5 y 17 que no se puede hablar de *dominium in solidum*, pero sí de propiedad *pro parte indivisa* o por cuota aritmética pendiente todavía de división. Con anterioridad, en el mismo sentido, RICCOBONO, *Dalla «communio» del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, en *Essays in legal History* (Oxford 1913) 33. También apunta BRETONE, «*Servus communis*» *Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica* (Napoli 1958) 3 y «*Consortium*» e «*communio*», en *Labeo* 6 (1960) 201 cómo, sobre este texto, se asienta la construcción jurídica de la copropiedad por cuotas ideales. Asimismo, TORRENT, *Notas sobre la relación entre «communio» y copropiedad*, en *Studi Grosso* 2 (Torino 1968) 116 pone de relieve cómo este pasaje constituye expresión del tránsito experimentado por los juristas republicanos del rígido esquema del *dominium in solidum* hacia la copropiedad por cuotas. A la elegancia del *responsum* de Servio, superando la concepción más rígida de Quinto Mucio, se refiere PHILONENKO, «*Elegantia*», en *Studi de Francisci* 2 (Milano 1956) 520. En torno a las consecuencias de una concepción u otra a efectos del ejercicio de la acción reivindicatoria, cfr. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano 1 La procedura formulare* (Torino 1958) 39. También, sobre el origen de la discusión *pars-totum*, propio de los *veteres*, cfr. NÖRR, *Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie* (Berlín 1972) 48. <sup>13</sup> Entre otros, RICCOBONO, *Dalla «communio»* cit. 33 s. y 52; FERRINI, *Manuale di pandette*<sup>4</sup> (Milano 1953) 343 s.; y DE ZULUETA, *The new fragments of Gaius*, en *JRS.* 25 (1935) 24. No utilizamos el término «concurrencia» conforme a la dimensión técnica que le da GUARINO, *ED.* 8 s.v. «*Comunione*» (*diritto roma-*

proprio Segrè, en un trabajo anterior<sup>14</sup>, acentúa cómo el derecho de todo copropietario se concreta en un dominio de extensión limitada a los términos de la cuota, de modo que concibe la naturaleza del condominio, no como única e indivisa, sino que supondría más bien una pluralidad de dominios, perteneciente a una pluralidad de titulares, si bien concibiendo la idea de cuota como limitación jurídica del derecho que cada uno tiene sobre la cosa común<sup>15</sup>. Así puede observarse en un texto de Ulpiano recogido en: D. 13.6.5.15 (Ulp. 28 ad ed.)<sup>16</sup>: ... *Et ait (Celsus filius) duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere...*

De esta parte del pasaje<sup>17</sup>, aquí reproducida, se desprende cómo el genio jurídico romano, a través de la creación del concepto de parte alícuota<sup>18</sup>, supera otras concepciones más primitivas del condominio, que atribuían el pleno dominio sobre la totalidad de la cosa de modo solidario a varios titulares<sup>19</sup>: era el modelo arcaico del condominio romano, en el que cada comunero era titular

no) (Milano 1961) 232. <sup>14</sup> SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano* 3, en *RISG* 8 (1889) 329 y 332 s. <sup>15</sup> En proporción a esa cuota, cada copropietario percibe los frutos y contribuye a los gastos para su obtención. Cfr. SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà* cit. 347 s. También BONFANTE, *Il «ius prohibendi» nel condominio*, en *Scritti giuridici varii 3 Obbligazioni, comunione e possesso* (Torino 1921) 382; MONIER, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius* (P.S.I. n. 1182) et leur importance pour la connaissance du droit romain (Paris 1933) 26; BRANCA, *Il regime degli atti di disposizione materiale nel condominio romano classico*, en *RISG* 6 (1931) 215 s.; ARANGIO-RUIZ, *Les nouveaux fragments des institutes de Gaius*, en *Revue Al Qanûn wal Iqtisad* 4.2 (Le Caire 1934) 78; y FREZZA, *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, en *Studi Solazzi* (Napoli 1948) 538. <sup>16</sup> D'ORS, *Derecho Privado Romano*<sup>8</sup> (Pamplona 1991) § 184 241 considera interpolado *vel possessionem*, sospecha generalizada: vid. *Index interpolationum. Supplementum I* (Weimar 1929) 211 s. <sup>17</sup> En toda su amplitud, se trata de un texto concerniente a la responsabilidad por culpa y por custodia, argumentos que quedan fuera de nuestro interés y el reconocimiento generalizado de la interpolación del pasaje no afecta a la parte de él que hemos reproducido. <sup>18</sup> Se trata de un concepto desconocido al tiempo de la Ley de las XII Tablas, como pone de relieve LEVY, *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, en *ZSS* 54 (1934) 283 y subcribe RABEL, *Erbengemeinschaft und Gewährleistung. Rechtsvergleichende Bemerkungen zu den neuen Gaiusfragmenten*, en *Ἰσθῆρῆς ἀδδῆρῆς* (Athen 1934) 193. Vid también, GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano* (Torino 1969) 47 y SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano* (Milano 1973) 57. <sup>19</sup> Es la llamada propiedad plúrima integral, como así califican el *consortium* MONIER, *Les nouveaux fragments* cit. 25; LAURIA, *Ius civile-ius honorarium*, en *Scritti Ferrini* (Milano 1946) 620; BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 249; ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, en *Annali Palermo* 20 (Palermo 1949) 60 n.1; y FREZZA, *NNDI* 4 s.v. «*Consortium*» (Torino 1957) 247; y llamada propiedad solidaria por D'ORS, «*Societas*» y «*consortium*», en *REHJ* 2 (1977) 40. Cfr. sobre el funcionamiento en el derecho arcaico, vid. RABEL, *Erbengemeinschaft* cit. 194 ss. y WIEACKER, «*Societas*». *Hausgemeinschaft und Erbschaftsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts* 1 (Weimar 1936) 126 ss. También, sobre el concepto de parte alícuota y las críticas a las definiciones de Quinto Mucio y Servio contenidas en D. 50,16,25,1 (Paul. 21 ad ed.), vid. BEHREND, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazio-*

de un derecho a la totalidad de la cosa que podía ejercitar con la máxima independencia, tan sólo limitado por el *ius prohibendi* de los otros copropietarios ejercitado tempestivamente<sup>20</sup>, sin que fuera todavía reconocida la idea de cuota<sup>21</sup> y del que, no obstante, se mantienen algunos aspectos en la *communio* del derecho clásico como el *ius ad crescendi* o el mismo *ius prohibendi*<sup>22</sup>. Cuanto

ni, en *Index* 12 (1983-84) 223 n. 99. <sup>20</sup> BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 249. No se cuestiona la licitud originaria o no del acto practicado individualmente por un comunero, pues éste resta en todo caso válido si no se exterioriza en modo oportuno el *ius prohibendi*. FREZZA, *L'istituzione* cit. 537 s. reduce los supuestos de validez del acto a aquellos en los que no se ha ejercitado el *ius prohibendi* de modo voluntario, otorgando así protección siempre para aquel condómino que se hallara ausente. <sup>21</sup> BONFANTE, *El «ius prohibendi»* cit. 423 resume señalando que «nel diritto classico la chiave di volta del condominio è il *ius prohibendi*: i condomini sono *domini*, e la collisione dei loro diritti nell'esercizio pratico, se non intervengono convenzioni volontarie e libere, non ha altra forma che l'autodifesa, la ragione fattasi o l'esercizio degli interdetti». También, vid. el propio BONFANTE, *Il regime positivo* cit. 476 s.; LEVY, *Neue Bruchstücke* cit. 284 s.; FREZZA, *NNDI* 4 s.v. «*Consortium*» 247; GUARINO, *ED* 8 s.v. «*Comunione*» (*diritto romano*) 237; KASER, *Neue Literatur zur «societas»*, en *SDHI* 41 (1975) 283; IGLESIAS REDONDO, *Situaciones individuales y situaciones «communio» en el derecho romano*, en *Revista de derecho privado* 65 (1981) 780; VELASCO, *La posición del obligado en la «societas» consensual. Una aproximación a la «actio pro socio»* (Sevilla 1986) 19 y 23; y ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford 1996) 452. <sup>22</sup> BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 250; ALBERTARIO, *Appunti sul consorzio familiare romano*, en *Rivista di diritto commerciale* 32 (1934) 231; y *I nuovi frammenti di Gaio* (P.S.I. XI Nr.1182), en *Per il XIV centenario della Codificazione giustiniana* (Milano 1938) 514; y BRETONE, «*Servus communis*» cit. 10. En el antiguo *consortium ercto non cito* no había propiamente reunión de cuotas ni era conocido tal concepto, por cuanto no era más que el patrimonio hereditario no dividido en el que nunca había sido concebida la idea de cuota, ni siquiera idealmente considerada. Cfr. ALBANESE, *La successione ereditaria* cit. 13 ss., que circunscribe exclusivamente la expresión *consortium ercto non cito* al que surge espontáneamente entre los *sui heredes* a la muerte del *pater familias* y no, en cambio, al consorcio artificial entre extraños al que alude también Gai. 2,157; y BISCARDI, *La genesi della nozione di comproprietà*, en *Labeo* 1 (1955) 161. Ello no obstante, apunta GUTIÉRREZ MASSÓN, *Del «consortium» a la «societas»* 1 «*Consortium ercto non cito*» (Madrid 1989) 18, «como situación de *communio* que es, el *consortium* tiene carácter interino, provisional, llamado a desaparecer tarde o temprano», puesto que, como señala TORRENT, «*Consortium ercto non cito*», en *AHDE* 34 (1964) 486 y 488 s., siendo el *consortium* entre los hermanos incidental en su origen, «necesitaba el consentimiento (de ellos) para seguir subsistiendo», por lo que no hay dificultad alguna para su división. Así puede verse en MONIER, *Les nouveaux fragments* cit. 21 s.; LEVY, *Neue Bruchstücke* cit. 279 y 285 s.; ALBERTARIO, *Appunti sul consorzio* cit. 228 y 236 e *I nuovi frammenti* cit. 511 y 523; ARANGIO-RUIZ, *Les nouveaux fragments* cit. 76; FREZZA, *Il «consortium ercto non cito» e i nuovi frammenti di Gaio*, en *Rivista di filologia e d'istruzione classica* 12 (1934) 30 y *NNDI* 4 s.v. «*Consortium*» 246; ARANGIO-RUIZ, *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, en *BIDR* 42 (1935) 596; DE ZULUETA, *Supplements to the institutes of Gaius* (Oxford 1935) 7; LANFRANCHI, *Appunti sul «consortium» familiare nei retori romani*, en *SDHI* 2 (1935) 376; MASCHI, «*Disertiones*». *Ricerche intorno alla divisibilità del «consortium» nel diritto romano antico* (Milano 1935) 2; WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbschaftsgesellschaft. Über die Anfänge des römischen Testaments* (Leipzig 1940) 15; MARKY, *Societate «ercto non cito»*, en *Romanitas* 1 (1958)

haya durado tal régimen es ciertamente de imposible resolución de acuerdo con el estado de las fuentes. El testimonio del Gayo de Antinoe resulta laguno- so precisamente en la parte final, en la que se imagina pudo tratar de su vigen-

53 y 56; BURDESE, *ED.* 13 s.v. «*Divisione*» (*diritto romano*) 412; VELASCO, *La posición del obligado* cit. 25; y TALAMANCA, *ED.* 42 s.v. «*Società*» (*diritto romano*) 816, para quienes la expectativa de división del consorcio familiar aconteció, desde la Ley de las XII Tablas, a través de la *actio familiae erciscundae*. De entre ellos, emergen las consideraciones de ALBERTARIO, que negaba la idea de la divisibilidad para los tiempos anteriores a la Ley de las XII Tablas frente a las dudas de SOLAZZI, «*Societas*» e «*communio*» (*A proposito di Gai. 3.154a*), en *Scritti di diritto romano* 3 (Napoli 1960) 437, para quien la conservación del *consortium* como *ercto non cito* presupondría un acuerdo dirigido a su subsistencia, con la consiguiente renuncia a la división de los bienes, lo que convertiría esta comunidad entre los herederos, según Gayo, en *societas propria civium romanorum*, aun cuando tal acuerdo no fuera previo a su constitución. Vid. SOLAZZI, «*Societas*» cit. 427 y 442. En este mismo sentido, cfr. con anterioridad el propio SOLAZZI, *Glosse a Gaio. Postilla*, en *Scritti di diritto romano* 6 (Napoli 1972) 398. Por la primitiva divisibilidad del consorcio entre *sui heredes* condicionada al acuerdo unánime de los mismos se inclina ALBANESE, *La successione ereditaria* cit. 53 ss., puesto que a una primitiva indivisibilidad indudablemente se hubiera referido Gayo, quien más bien se limita a resaltar en su exposición del régimen antiguo del *consortium* sus notas diferenciales respecto del vigente en el período clásico. Decisivos son igualmente los argumentos enarbolados por MASCHI, «*Disertiones*» cit. 15 ss. a propósito del pretendido carácter innovativo de la divisibilidad en tiempos de la Ley de las XII Tablas. También FREZZA, *NNDI.* 4 s.v. «*Consortium*» 246 subraya que, si bien originariamente el consorcio se daría exclusivamente entre los *sui heredes*, desde el momento en que resulta posible proceder a su constitución fuera del ámbito familiar (*ad exemplum*) cobra relevancia el aspecto volitivo, sea para la conservación indiviso del consorcio familiar, sea para la constitución del que se da entre extraños. Vid. también VELASCO, *La posición del obligado* cit. 20 ss. Más precisamente se muestra ALBANESE, *La successione ereditaria* cit. 15 ss., que apunta la relevancia de tal aspecto volitivo exclusivamente para la sociedad *qui ad exemplum fratrum suorum coierint*, que se exterioriza revestida de formas (*legis actio*), revelándose como el primer ejemplo de fenómeno propiamente social en el derecho romano, que culminaría con la *societas iuris gentium*, la cual se contrae, en un estado de las cosas más evolucionado, *nudo consensu*. De ahí que este consorcio artificial se presente como el antecedente de la *societas omnium bonorum*. Vid. PERNICE, *Parerga. Zum römischen Gesellschaftsvertrage*, en *ZSS.* 3 (1882) 49 y 66; FERRINI, *Le origini del contratto di società in Roma*, en *Opere* 3 (Milano 1929) 28 ss.; MONIER, *Les nouveaux fragments* cit. 23 s.; COLLINET, *Les nouveaux fragments des Instituten de Gaius* (PSI. 1182), en *RHD.* 13 (1934) 14; KOROSIC, *Novi odlomki Gajevih institucij* (PSI 1182), en *Zbornika znanstvenih razprav pravne fakultete* 10 (Ljubljana 1934) 24; ARANGIO-RUIZ, *Il nuovo Gaio* cit. 591; DE ZULUETA, *The new fragments* cit. 20, 25 y 30; y *Supplements* cit. 6; LANFRANCHI, *Appunti sul «consortium»* cit. 377; MASCHI, «*Disertiones*» cit. 24; ALBANESE, *La successione ereditaria* cit. 21 s. y 26; DAUBE, «*Consortium*» in *roman and hebrew law*, en *The Juridical Review* 62.1 (Edinburgh 1950) 85; MARKY, *Sociedade* cit. 59; BIANCHINI, *Studi sulla «societas»* (Milano 1967) 14 y 32; KASER, *Neue Literatur* cit. 281 ss. y 303 s.; TALAMANCA, *ED.* 42 s.v. «*Società*» (*diritto romano*) 817 s.; HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica* (Madrid 1992) 19; y ZIMMERMANN, *The law of obligations* cit. 452 s. En contra, se han significado, entre otros, LEVY-BRUHL, *Le «consortium» artificiel du nouveau Gaius* (P.S.I. 1182, lignes 27 ss.), en *Nouvelles Etudes sur le Très Ancien Droit romain* (Paris 1947) 60 s., quien concibe también el consorcio ad

cia o no en el período en el que él escribía<sup>23</sup>. Pero ya en el período clásico, el concepto de cuota queda vinculado al concepto mismo de copropiedad, de modo que no se puede ser copropietario sin serlo en una cuota determinada<sup>24</sup>, con lo que, como ha puesto de relieve Kaser, esta «*Gemeinschaftsform*» viene a ocupar el lugar que correspondía al arcaico *consortium*<sup>25</sup>. Deviene de este modo el concepto esencial de un nuevo modo de concebir la copropiedad como dominio *pro parte* que, como señala Branca, atribuye una libertad absoluta dentro de los límites de la cuota<sup>26</sup>. Ello no significa que ciertas relaciones que sobre la cosa pueden tenerse sean indivisibles como el uso de las mismas<sup>27</sup> en la medida en que son ajenas a la idea de cuota, esto es, no resulta posible procurar a cada comunero un uso proporcional a la propia cuota<sup>28</sup>. Se situarían aquí los supuestos de, siguiendo a Bonfante, «*disposizione materiale della cosa*», que comprende el régimen de goce y administración de la cosa común<sup>29</sup>, siendo la cuestión más espinosa ante la que se enfrenta el condominio<sup>30</sup>. Así resulta también del siguiente pasaje: D. 7.8.19 (Paul. 3 *ad Vitell.*): *Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus.*

En estas relaciones de uso se admite que cada condómino ejercite su derecho *in solidum*, siempre que con ello no lesione su propio derecho y el de los demás condóminos, de modo que el límite en el uso se halla precisamente en

*exemplum* dentro de la tradicional estructura romana: GUARINO, «*Societas consensu contracta*», en *La società in diritto romano* (Napoli 1988) particularmente 11 ss., para quien la *societas omnium bonorum* nacería con objetivos bien distintos en el marco de un creciente tráfico comercial e industrial; y TONDO, *Ancora sul consorzio domestico nella Roma antica*, en *SDHI.* 60 (1994) 608 s., para quien este consorcio se formaría exclusivamente entre los herederos extraños designados por el testador en su testamento, conclusiones rechazadas por GUARINO, *La tradizione globale*, en *Labeo* 23 (1977) 217 s., con relación a un trabajo anterior del propio TONDO, cuyo acceso no nos ha sido posible.

<sup>23</sup> KUNKEL, *Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische «consortium»*, en *Annales de la Faculté de droit d'Istanbul* 4 (1954) 56 ss., quien sostiene sobre la base de una carta de Plinio el Joven la vigencia del *consortium* entre hermanos para el período clásico, aunque excluyendo las adquisiciones futuras y, con él, KASER, *Neue Literatur* cit. 286 s.

<sup>24</sup> PEROZZI, *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, en *Scritti Giuridici* 1 (Milano 1948) 511. <sup>25</sup> KASER, *Neue Literatur* cit. 305 s. <sup>26</sup> BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 250.

<sup>27</sup> Cfr. entre otros SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà* cit. 360 y *La comproprietà* cit. 19 y 25 ss.; D'ORS-BONET CORREA, *El problema de la división del usufructo (estudio romano-civilístico)*, en *Anuario de derecho civil* 5 (1952) 70; y MURILLO, *Disposición jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos* (Madrid 2000) 66 n. 176. A la vista de este fragmento, caen las críticas que SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano* 1 (Roma 1933) 426, hace del citado pasaje porque el jurista atribuye a cada condómino un *dominium pro parte* respecto del todo. <sup>28</sup> SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà* cit. 360. Quizá en este sentido deba entenderse que el uso de la cosa es personal, por lo que ha de excluirse que pueda concederse a otros, principalmente por medio de locación, al menos en derecho clásico. vid. RICCOBONO, *Sull'«usus»*, en *Studi Scialoja* 1 (Milano 1905) 587.

<sup>29</sup> BONFANTE, *Il regime positivo e le costruzioni teoriche nel condominio*, en *Scritti giuridici varii* 3. *Obbligazioni, comunione e possesso* (Torino 1921) 459. <sup>30</sup> BONFANTE, *L'azione autonoma del condominio*, en *Scritti giuri-*

no impedir a los demás comuneros un uso de la cosa de igual intensidad al operado<sup>31</sup>. En definitiva, en este tipo de relaciones, la idea de cuota no resulta aplicable<sup>32</sup>. Es dudoso que se requiriera para su práctica el consenso de todos los condueños con carácter previo, faltando el cual, el acto llevado a cabo unilateralmente, invadiendo la esfera jurídica de los demás, devendría ilegítimo, de acuerdo con el principio sabiniano, recogido por Papiniano en D. 10.3.28 (Pap. 10 *quaest.*), que confiere preferencia al *ius prohibendi*, siendo igual el derecho de los copropietarios, puesto que el dominio de cada uno de ellos se entiende como absoluto e independiente, únicamente limitado por el hecho de la concurrencia de titularidades de idéntica intensidad<sup>33</sup>, que se traduce precisamente en el ejercicio del tal *ius prohibendi* cuando, tratándose de un acto de disposición material, el acto cumplido por uno de los socios termina por perjudicar a los demás<sup>34</sup>.

D. 10.3.28 (Pap. 7 *quaest.*): *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potioem causam esse prohibentis constat.*

De este modo, para Bonfante, el régimen del derecho clásico se construye en torno al ejercicio del *ius prohibendi*, cuya oposición se exteriorizará mediante el ejercicio de distintos recursos<sup>35</sup> frente a los actos de disposición ma-

*dici varii* 3. *Obbligazioni, comunione e possesso* (Torino 1921) 495. <sup>31</sup> SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà* cit. 360 y 372 s.; BONFANTE, *Il regime positivo* cit. 460; y, de nuevo, SEGRÈ, *La comproprietà* cit. 19. <sup>32</sup> BONFANTE, *L'azione autonoma* cit. 495.

<sup>33</sup> RICCOBONO, *Dalla «communio»* cit. 34 ss.; PEROZZI, *Un paragone in materia di comproprietà*, en *Mél. Girard* (Aalen 1979) 378 s.; BONFANTE, *Il «ius prohibendi»* cit. 403 ss.; BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 218; DE ZULUETA, *The new fragments* cit. 24 s.; FREZZA, *L'istituzione* cit. 507; AMBROSINO, «*Usus fructus*» e «*communio*» (profilo storico dell'*usufrutto*), en *SDHI*. 16 (1950) 189 n. 20; y BIONDI, *NNDI*. 3 s.v. «*comunione*» (*diritto romano*) 856. Igualmente puede verse esta idea en D. 8.5.11 (Marcell. 6 *dig.*): *Et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit*. Una amplia exégesis del pasaje puede verse en PEROZZI, *Un paragone* cit. 378; RICCOBONO, *Dalla «communio»* cit. 39 ss.; BONFANTE, *Il «ius prohibendi»* cit. 394 ss.; y BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 227 ss. <sup>34</sup> El criterio de la utilidad para la cosa común así invocado presenta ciertos tintes justinianeos, pues como pone de relieve BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 225 y 255, tanto si se sigue la teoría del consenso preventivo como la del ejercicio tempestivo del *ius prohibendi*, la facultad prohibitoria emana de la idéntica relación con la cosa común que tienen todos los condueños. <sup>35</sup> RABEL, *Erbengemeinschaft* cit. 194 y BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 257 ss., quien, tras excluir la *vindicatio servitutis* entre condueños de acuerdo con el principio *nemini res sua servit* de D. 8.2.26 (Paul. 15 *ad Sab.*) y la *actio communi dividundo* para el derecho clásico, apunta como recursos propios del condueño la *actio negatoria* y las formas de *prohibitio*, sea *per manum*, sea a través de la *operis novi nuntiatio*, el interdicto *uti possidetis* o, sobre todo, el interdicto *quod vi aut clam* con propósito restitutorio, que son idénticos de los que se dan en el dominio solitario por obras cumplidas por un tercero ajeno al dominio como expresión de las limitaciones propias en sede de relaciones de vecindad. Se hace posible, sobre la base de la *actio negatoria*, una idéntica protección para los supuestos de *immissio* y de *facere in communi*, quedando así ampa-

terial acometidos unilateralmente por uno de los condóminos que sean dañosos para los mismos<sup>36</sup>, mientras que la idea del consenso previo más bien sería obra de los compiladores<sup>37</sup>. Branca, en cambio, entiende que en tanto en cuanto no se manifieste el consenso del socio o socios, el acto cumplido unilateralmente resta viciado y, por consiguiente, susceptible de anulación a través del *ius prohibendi*, aunque del vicio quedará sanado tan pronto se manifieste el consenso<sup>38</sup>. No resultaría posible afirmar que, en defecto de consenso (*invito altero*), el acto es válido si no se actúa con el *ius prohibendi*, sino más bien constatar que el acto unilateralmente cumplido constituye un *non iure factum*, en cualquier momento perseguible del mismo modo que lo son aquellos cumplidos *in alieno* en sede de relaciones de vecindad<sup>39</sup>. Asimismo constituye prueba de la necesidad del consenso, exteriorizado a través del *ius prohibendi*, el siguiente pasaje de Pomponio, que viene a reproducir el mismo principio ya expresado por Sabino<sup>40</sup>: D. 8.2.27.1 (Pomp. 33 *ad Sab.*): *Si in area communi aedificare velis, socius prohibendi ius habet, quamvis tu aedificandi ius habeas a vicino concessum, quia invito socio in iure communi non habeas ius aedificandi.*

Ello no obstante, cada comunero «puede disponer libremente de su propia cuota, y debe participar en las ventajosas y cargas comunes en proporción a dicha cuota»<sup>41</sup>. Podemos citar algunos pasajes que así lo confirman, cualquiera que sea el negocio acometido para verificar la transmisión (compraventa, dote o donación), puesto que lo relevante es en sí la capacidad para disponer par-

rada la concepción de la *actio negatoria* como acción general de defensa del propietario, incluso frente a quien también lo sea de modo concurrente. <sup>36</sup> Aquí se pone de relieve la distinción de SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà* cit. 376 en torno a la prevalencia del *ius prohibendi* en función de la mayor o menor necesidad de la obra acometida por uno de los comuneros para la conservación de la cosa, que, con todo, nos reconecta con concepciones justinianeas dirigidas a la consecución de la *utilitas* en el seno del condominio y cumplidas con la nueva naturaleza de la *actio communi dividundo* en este período histórico, que no persigue únicamente el propósito divisorio. Vid. a este respecto BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 255 ss. El propio BRANCA en 247 y 254 prefiere hablar de actos de disposición arbitraria de la cosa común por parte del condueño, pero en todo caso el *prohibere* ha de recaer sobre facultades concretas que puedan derivarse del cumplimiento de un acto jurídico (252). <sup>37</sup> BONFANTE, *Il «ius prohibendi»* cit. 406 y *L'azione autonoma* cit. 497. <sup>38</sup> BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 237, quien en s. se apoya en D. 8.2.40 (Paul. 3 *resp.*) y D. 8.2.27 pr. (Pomp. 33 *ad Sab.*). <sup>39</sup> BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 240 s. y 247. En contra, como hemos señalado, se manifiesta FREZZA, *L'istituzione* cit. 537 s. <sup>40</sup> RICCOBONO, *Dalla «communio»* cit. 36; PEROZZI, *Un paragone* cit. 367; y BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 233. <sup>41</sup> ARNDTS, *Trattato delle pandette* 1, trad. de SERAFINI (Bologna 1877, reimp. 1981) 261; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 1 (Frankfurt 1900) 773; BONFANTE, *Il «ius prohibendi»* cit. 382; *Il regime positivo* cit. 464; y *L'azione autonoma* cit. 494; BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 215; DE ZULUETA, *The new fragments* cit. 25; FREZZA, *L'istituzione* cit. 538; GUARINO, *ED*. 8 s.v. «*Comunione*» (*diritto romano*) 238; AMBROSINO, «*Usus fructus*» cit. 197 s.; DE ROBERTIS, *Situazioni condominiali e disponibilità dell'intero: il richiamo alla «Lex Licinia»* in D. 4,7,12, en *Studi Grosso* 5 (Torino 1972) 126 n. 57; IGLESIAS REDONDO, *Situaciones individuales* cit. 781; D'ORS, *Derecho* cit. § 184 241; y MURILLO, *Disposición jurídi-*

cialmente del derecho propio, siempre que concurra naturalmente el oportuno poder de disposición sobre la cuota que se transmite<sup>42</sup>: C. 4.52.3 (293-305 d.C.): *Falso tibi persuasum est, communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividundo iudicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi*<sup>43</sup>.

En tales negocios, siguiendo a Riccobono, «l'atto dispositivo dell'alienante ha naturalmente efficacia reale solo nel limite del diritto che effettivamente gli compete sulla cosa comune»<sup>44</sup>.

Perozzi señalaba cómo la facultad de que un socio constituyera derechos sobre la cosa común suponía sustitución de personas respecto de las relaciones de goce que sobre ella se tenían: en el caso de enajenación, la sustitución era definitiva; en el de usufructo, interina; en el de prenda e hipoteca, eventual; y en el de enfiteusis y superficie, también definitiva, aunque vinculada al cobro de ciertas prestaciones<sup>45</sup>. En todo caso, la constitución de un derecho real limitado no supone la atribución de cuota alguna para su beneficiario, sino de aquellas facultades que lleva implícita la constitución del derecho pretendido, de acuerdo con su naturaleza. Así, cuando se constituye usufructo, enfiteusis o hipoteca sobre un inmueble no se adquiere cuota alguna por parte del usufructuario, del enfiteuta o del acreedor hipotecario, sino simplemente se les atribuyen ciertas facultades y expectativas, pero de la constitución de tales derechos no se deriva la creación de un condominio, con la consiguiente atribución de cuotas<sup>46</sup>. Por ello, me parecen erróneas las afirmaciones hechas por Sa-

ca de la cuota cit. 32. <sup>42</sup> C. 3.37.1 pr. (213 d.C.): *Frater tuus si solam portionem praedii ad se pertinentem distraxit, venditionem revocari non oportet, sed adversus eum, cum quo tibi idem praedium commune esse coepit, communi dividundo iudicio consistet...*; C. 5.12.16 (294 d.C.): *Ante divisionem soror tua intestato patri etiam ipsa succedens pro indiviso portionem fundi communis in dotem dare non prohibetur*. C. 8.53.12 (293 d.C.): *Portionem propriam, rebus necdum divisís, nemo prohibetur titulo donationis in alium transferre*. <sup>43</sup> Se trata de un derecho de preferencia a favor de los consocios que se daba en el derecho griego y que fue desconocido entre los romanos. Cfr. SEGRÉ, *La comproprietà* cit. 89. Por tanto, los copropietarios de un fundo indiviso son libres de vender su cuota, tanto a uno de los socios como a un tercero extraño a la situación de condominio, aunque no hay que excluir que, en la práctica, existiera un derecho de prelación a favor de los propios comuneros nacido probablemente de la práctica habitual. Vid. en este sentido BELLOMO, *Il diritto di prelazione nel basso impero*, en *Annali di Storia del diritto* 2 (Milano 1958) 195 s., quien apunta un distinto origen para tal derecho de prelación: la idea inicial de que pudiera existir una prohibición de venta a terceros da paso a la idea de una práctica de prelación observada repetidamente; PENTA, *Sul diritto di prelazione tra il I e il IV secolo*, en *Index* 12 (1983-84) 531; y MURILLO, *Disposición jurídica de la cuota* cit. 37. <sup>44</sup> RICCOBONO, *Dalla «communio»* cit. 41. <sup>45</sup> PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> 1 (Roma 1928) 747 nt. 1. <sup>46</sup> De ahí que BIONDI, *NNDI*. 3 s.v. «comunione» (*diritto romano*) 855 nos diga que sólo impropriadamente se puede hablar de *communio* entre propietario y usufructuario, siendo, en sentido técnico, un concepto que se relaciona con la copropiedad o el condominio. En cambio, AMBROSINO, «*Usus fructus*» cit. 187 ss. extiende la noción de *communio* a las relaciones existentes entre nudo propietario y usufructuario en la medida en que, al igual que sucede entre los socios en

avedra, que califica de condominio «la situación que aparece tras la constitución del derecho real de enfiteusis»<sup>47</sup>. El que se produzca una separación entre lo que se ha denominado dominio útil y dominio directo no debe impedirnos observar cómo ello no puede identificarse con la idea del condominio, que presupone idénticas facultades entre los condóminos, aunque sujeta a la consideración numérica de la cuota ideal atribuida. Cosa distinta es que el derecho que tiene el enfiteuta pueda ser hipotecado, pudiendo el acreedor hipotecario instar, única y eventualmente, la ejecución de este derecho, de indudable inmediata arrendaticia. Del mismo modo, en relación con el usufructo, debe rechazarse su consideración como *pars domini*<sup>48</sup>, puesto que ello supondría reconocer en el usufructuario facultades de disposición de tal derecho en favor de terceros cuando, en realidad, tras su extinción, bien puede observarse la característica elasticidad del dominio en el sentido de recuperar las facultades de aprovechamiento de los frutos, que pertenecían en exclusividad al usufructuario<sup>49</sup>. No hay, por consiguiente, *communio* entre el nudo propietario y el usu-

la *communio*, no pueden el usufructuario y el nudo propietario cumplir actos de innovación sobre la cosa fructuaria si no lo hacen de común acuerdo. Tampoco pueden cambiar sin tal acuerdo el destino económico de la cosa así como tampoco podrán constituir ni abandonar las servidumbres eventualmente existentes. Aunque los detallados ejemplos que pone de relieve AMBROSINO convierten en sugestiva la propuesta, lo cierto es que ésta parece fundarse en «come l'usufrutto da principio non si potesse costituire su l'intero fondo, ma soltanto su una parte di esso D. 7.5.6 pr. (Iulianus 35 dig.); per cui l'uti-frui si «comunicava» fra il proprietario e l'usufruttuario, instaurando una comunione nel godimento». Que esto sea una posibilidad, nada se opone, pero que constituya una regla general, debe rechazarse. AMBROSINO, en 211, insiste en que esta *communio* no se daba a propósito del derecho de propiedad, sino en el campo del *uti-frui*. Ciertamente la concurrencia puede afirmarse en lo que a las relaciones de uso se refiere por su carácter indivisible, aunque reglamentable, mientras que el aprovechamiento de los frutos, no reducido necesariamente a una parte de la finca, sino ordinariamente extendido a su totalidad, correspondería al usufructuario exclusivamente, sin que en él resulte posible la concurrencia, lo que no obsta para que, en ciertos casos, pueda haber una cierta *communio* cuando el usufructo se extiende a la totalidad de los frutos, puesto que una vez percibidos la relación para con ellos es de dominio y, por consiguiente, susceptible de atribución por cuotas. No es, por tanto, que haya un usufructo de cosa propia, sino que el contenido del mismo se integra dentro de las facultades del dueño. Cfr. LA ROSA, *Deducere o detrabere usum fructum ed excipere o recipere servitutem*, en *Studi Sanfilippo* 7 (Milano 1987) 341 ss. <sup>47</sup> SAAVEDRA, *Los derechos susceptibles de ser objeto de hipoteca y la extensión objetiva de la misma*, en *Actualidad Civil* 3 (Madrid 1997) 44. <sup>48</sup> D. 7.1.4 (Paul. 2 ad. ed.): *Usus fructus in multis casibus pars domini est...* <sup>49</sup> Esta elasticidad pondría de relieve que si bien el usufructo es derecho sobre la cosa, se constituye (habitualmente mediante legado vindicatorio) en consideración de la persona adjudicataria con objetivo esencialmente alimentario. De ahí que extinguida tal finalidad con la muerte del usufructuario, vuelva el dueño a recuperar la plenitud de facultades. No se trata, por consiguiente, en época clásica de un *odium fructuarii*, como insinúa SANFILIPPO, «*Odium fructuarii*» cit. 389 s., que quedaría mitigado con las reformas de Justiniano («interpolazioni celeberrime») fundadas en el fomento de la caridad, el altruismo, el amor al prójimo y el desinterés por los bienes te-

fructuario, que sencillamente goza de un *ius in re aliena* que le atribuye ciertas facultades de trascendente índole económica que, sin embargo, no llegan a independizar marcadamente las respectivas posiciones de nudo propietario y usufructuario, puesto que la cosa subsiste y a la conservación de la sustancia de la misma debe ordenarse el ejercicio del derecho de usufructo<sup>50</sup>. Sólo en la medida en que estas facultades son sustraídas en la práctica de la plenitud del dominio para ser atribuidas al usufructuario podría entenderse el usufructo originariamente como *pars dominii* que el propietario no conserva y éste debe ser el sentido de la expresión cuando aparece en las fuentes, si bien terminó por prevalecer la configuración autónoma y formal como un *ius in re aliena* derivada de la redacción edictal con la que puede reconstruirse la *vindicatio ususfructus* a favor del usufructuario y la contraria *actio negativa* a favor del propietario<sup>51</sup>.

El problema, a nuestro juicio, es que no todos los actos de disposición o gravamen que pueden constituirse sobre la cosa por su único titular pueden ser llevados a cabo por uno sólo de los copropietarios en caso de que haya comunidad, aunque lo haga dentro de los límites de su cuota, de donde resulta que la concurrencia de varios titulares dominicales sobre la cosa, constituye de por sí una auténtica limitación de las facultades de disposición de la cuota<sup>52</sup>. Así, por ejemplo, aquellos derechos cuyo contenido consiste en un uso como es el derecho de servidumbre o el de arrendamiento, no pueden constituirse *pro parte*, porque el uso es en sí mismo indivisible<sup>53</sup> y el ejercicio de tales derecho por un tercero, inevitablemente se haría también dentro de los límites de las cuotas de los restantes comuneros, prevaleciendo en tal caso, como hemos referido, el *ius prohibendi*<sup>54</sup>. Es lo que Riccobono refiere como «atti materiali sulla cosa comune» y Branca como «atti di disposizione materiale della cosa», de modo que «nessuno dei socii può di propria iniziativa usare la cosa, coltivare il fondo o eseguirvi miglioramenti, costruzioni o in generale opere nuove, nemmeno semplicemente conservative, senza il consenso di tutti i condomini».

renales. Más bien el rechazo de la concepción del usufructo como *pars dominii* se funda en las peculiaridades de su régimen jurídico, como la temporalidad, su extinción por falta de uso o la necesidad de un acto de percepción de los frutos por parte del usufructuario, como bien apunta GALLO, «*Usus fructus*» e «*pars dominii*», en separata de *Jus* 14 (1963) 3. <sup>50</sup> Señala acertadamente SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà* cit. 339 que «per ogni caso è negata una tale *communio iuris* tra usufruttuario e comproprietario, poiché non si può parlare nei loro rapporti di divisione del diritto». En contra de esta idea, vid. AMBROSINO, «*Usus fructus*» cit. 206 ss. <sup>51</sup> GROSSO, *Problemi costruttivi e sistematici dell'usufrutto nel diritto romano*, en *SDHI* 9 (1943) 158 ss. <sup>52</sup> BONFANTE, *Il regime* cit. 231; RICCOBONO, *Dalla «communio»* cit. 52; y PACCHIONI, *Corso di diritto romano*<sup>2</sup> 2 (Torino 1920) 326. <sup>53</sup> BIONDI, *La struttura giuridica della servitù prediale*, en *Studi Scialoja* 3. *Diritto civile* (Bologna 1953) 106 s.; GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*<sup>2</sup> (Torino 1958) 488 nos dice también que «i più consuarii (...) non hanno il diritto di uso *pro parte*, ma i loro diritti indivisibili concorrono in *solidum* sulla cosa». <sup>54</sup> BONFANTE, *Il regime positivo* cit. 465 y BRANCA, *Il regi-*

ni»<sup>55</sup>. En este orden de cosas, señala Arndts que cada comunero puede disponer de su derecho, «ma non concedere da solo sovra la cosa comune diritti reali indivisibili, come quelli che colpirebbero anche le parti degli altri»<sup>56</sup>. Ciertamente, la distinta naturaleza de los actos que pueden cumplir por sí solos los comuneros determina un distinto régimen jurídico en tal caso. Así, en relación con el arrendamiento, la disposición material limitada exclusivamente al uso de la cuota que se tiene sobre la cosa no resulta posible por la propia imposibilidad de dividir el uso en cuotas ideales y aun más de concretarlo sobre una parte determinada de la cosa. Y aunque la extensión lógica del argumento «el que puede enajenar, puede arrendar» puede fomentar la admisión de un arriendo de tal naturaleza, el conocimiento que tenemos de los criterios eminentemente prácticos que adoptan los jurisconsultos en la resolución de conflictos ante ellos planteados, determinan el contenido del siguiente *responsum*, que respondería a la lógica creencia de que una tal comunidad sería del todo punto ingobernable<sup>57</sup>: D. 10.3.6.2 (Ulp. 19 *ad ed.*): ... *Hoc autem ideo praestat*

*me degli atti* cit. 215. <sup>55</sup> RICCOBONO, *Dalla «communio»* cit. 44. BONFANTE, *Il «ius prohibendi»* cit. 383 y *L'azione autonoma* cit. 496 matiza la cuestión del consenso previo al permitir un uso autónomo, sin temor a su prohibición por los otros condóminos, siempre que no sea lesivo para la sustancia de la cosa o suponga simplemente el cumplimiento de actos de conservación, aprovechamiento normal o goce moderado. Comparte con Riccobono la exigencia de un consentimiento preventivo unánime cuando se trata de actos de disposición jurídica integral de la cosa, mientras que para los actos de disposición material resulta de aplicación únicamente la facultad del condómino de oponer el *ius prohibendi* en sus diversas modalidades presentes en el derecho clásico (para él exclusivamente la *prohibitio per manum* como expresión de la violencia privada), puesto que su no oposición a través de tales medios atribuye legitimidad al acto unilateralmente abordado. Distinto sería el régimen del derecho justinianeo, que exige el consenso de los condueños o la autorización del juez para acometer obras de restauración. Vid. BONFANTE, *Il «ius prohibendi»* cit. 426 s. y *Il regime positivo* cit. 460 ss. Sigue la tesis del consenso preventivo BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 218, quien no obstante se propuso la confutación de la teoría de Riccobono. Así, rechaza la teoría bonfantiana sobre la base de que el acto unilateralmente cumplido sin consenso constituye un *factum* ilícito que, o bien puede quedar convalidado con el consentimiento prestado en cualquier tiempo, o bien puede ser anulado en cualquier tiempo a través del *ius prohibendi* si tal consenso no llega a verificarse. <sup>56</sup> ARNDTS, *Trattato delle pandette* cit. 261 y también BONFANTE, *Il «ius prohibendi»* cit. 383. Así resulta, entre otros y en relación con el derecho de servidumbre, de los siguientes pasajes: D. 8.1.2 (Ulp. 17 *ad ed.*): *Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest*; D. 8.3.11 (Cels. 27 *dig.*): *Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. Ergo subtili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur...*; D. 8.3.28 (Iul. 34 *dig.*): *Itinere ad praedium commune duorum legato nisi uterque de loco itineris consentiat, servitus neque acquiritur neque deperit.* <sup>57</sup> EIN, *Le azioni dei condomini*, en *BIDR.* 39 (1931) 265 s. nt. 1 discrepa de esta idea al decirnos que si un condueño puede enajenar, hipotecar o dar en usufructo su cuota a un tercero, ¿por qué no aplicar el mismo criterio respecto del arriendo de la cuota?: «locando la sua cosiddetta quota, il condominio concede ad un altro la medesima posizione che aveva egli stesso nel godimento della cosa comune, in-



*communi dividundo iudicio, quia videtur partem suam non potuisse expedite locare...*

Parece claro que si soy dueño de una finca en un tercio y constituyo una servidumbre o arriendo un tercio, el beneficiario de la servidumbre y el arrendatario usará también de los otros dos tercios de la finca, pues es opinión común que el uso, aunque reglamentable, es indivisible<sup>58</sup>, de modo que uno solo de los condóminos no puede constituir una servidumbre sin la intervención directa en el acto constitutivo de los demás, tanto si el fundo común adquiere la condición de sirviente como de dominante<sup>59</sup>. Y lo mismo debe entenderse, conforme al texto anterior, en relación al arrendamiento de la cosa común, aunque sea *pro cuota*, verificado por uno de los comuneros; en la medida en que la *pars* no es real, sino simplemente ideal, no resulta posible el arriendo de la misma<sup>60</sup>.

somma viene sostituito dietro il pagamento temporaneamente da un'altra persona. E una tale locazione può esser fatta anche senza il consenso dei soci». Sigue igualmente esta idea MURILLO, *Disposición jurídica de la cuota* cit. 55 ss. <sup>58</sup> Este es el sentido que debe darse a D. 10.3.7.10 (Ulp. 10 *ad ed.*), como señala WINDSCHEID, *Lehrbuch* cit. 772. El mismo pensamiento puede verse en PEROZZI, *Saggio critico* cit. 525 y GROSSO, *Usufrutto* cit. 488, quien nos dice que «questo concorso può importare nell'esercizio una reciproca costrizione per la necessità della coesistenza; sotto certi aspetti l'uso di ciascuno potrà avvenire indipendentemente (in modo da potersi avere una realizzazione multiple del contenuto del diritto), sotto altri aspetti occorrerà una coordinazione coll'uso degli altri, o nel senso di un uso contemporaneo che insista su parti diverse della cosa, temporaneamente o stabilmente, o nel senso di un alternarsi nel tempo, o sulla base del *ius prohibendi*, coordinazione che non importa una vera e propria divisione, non traduce cioè un concetto di quota, ma quello di concorso nell'uso». Sobre la alternancia temporal en la percepción de los frutos para evitar conflictos y garantizar un uso óptimo de la cosa común, vid. SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà* cit. 348 s. Igualmente, BONFANTE, *Le convenzioni fra condomini e l'esercizio dei diritti da parte dei singoli*, en *Scritti giuridici varii 3. Obbligazioni, comunione e possesso* (Torino 1921) 508 y D'ORS-BONET CORREA, *El problema de la división* cit. 79, quienes subrayan cómo «la serie de soluciones que se presenta (D. 10.3.7.10) presupone que existe una dificultad: la de la divisibilidad». Esta reglamentación puede consistir en que, conforme a la naturaleza de ciertas cosas y para favorecer el goce simultáneo de las mismas por varias personas, se atribuya a cada uno un uso *pro parte*. Cfr., sobre la base de D. 13.6.5.15 (Ulp. 28 *ad ed.*), SEGRÈ, *La comproprietà* cit. 19 y 25 s. En contra D'ORS-BONET CORREA, *El problema de la división* cit. 79, pues ello supondría reconocer «que el usufructo era físicamente divisible, como la misma propiedad sobre un fundo», por lo que tal indicación en el fragmento debe tenerse por una alteración en su redacción originaria. Asimismo MURILLO, *Disposición jurídica de la cuota* cit. 53 s. subraya precisamente la reglamentación en el goce como criterio «que facilita las relaciones y la continuidad de la *communio*», que bien podría instrumentarse a través de un arrendamiento recíproco por años alternos sobre la base de lo dispuesto en D. 19.2.35.1 (Afric. 8 *quaest.*). <sup>59</sup> SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà* cit. 377 ss.; RICCOBONO, *Dalla «communio»* cit. 49 s.; BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 216 y 254; BIONDI, *NNDI. 3 s.v. «comunione» (diritto romano)* 855; y *Le servitù prediali nel diritto romano* (Milano 1969) 161. <sup>60</sup> MISERA, *Der Nutzungstausch bei Nachbarn und Miteigentümern. Zu den klassischen Grundlagen*

Problemas similares puede presentar la constitución de hipoteca sobre una cuota del condominio, de los que me ocuparé a continuación. En efecto, una vez apuntada la amplitud que presenta, respecto de su titular, el *dominium*, sin olvidar las limitaciones apuntadas, es momento de centrarse en el tema que ha suscitado nuestra inquietud: si efectivamente, dentro de las facultades del dueño, se encuentra la de poder hipotecar una cuota indivisa del dominio; o si, por el contrario, la propia naturaleza de la hipoteca exige que la responsabilidad hipotecaria no pueda fraccionarse sin dividir antes el condominio.

3. La hipoteca de la cuota de uno de los comuneros: problemas que plantea. En Derecho Romano tal posibilidad encuentra apoyo en: C. 8.20 [21] ún. (214): *Frater tuus, sicut vobis invitis portionem vobis competentem obligari non potuit, ita suam dando obligationem creditori quaesivit. Unde intelligis, contractum eius nullum praeiudicium domino vestro facere potuisse.*

No hay sospechas de interpolación respecto de este pasaje y acorde resulta su contenido con los principios que hemos anunciado anteriormente: cada uno de los comuneros puede disponer libremente de su cuota, tanto transmitiéndola por cualquier negocio a un tercero como hipotecándola en garantía de un crédito propio o de un tercero<sup>61</sup>, puesto que lo que puede ser vendido también puede ser hipotecado<sup>62</sup>. Así, Segrè entendía que «il comproprietario può alienare, dare in pegno, in usufrutto la propria *pars*, anche al socio stesso per l'intero o per una quota soltanto»<sup>63</sup> y Gaudemet señalaba que «chaque indivisaire peut également disposer librement de sa part dans le bien commun, du moment où cet acte ne porte pas atteinte au droit des autres»<sup>64</sup>. Asimismo, Vanzetti señala que el poder de constituir en prenda la cuota que uno tiene sobre la cosa común responde a una doble exigencia fundamental: «permettere da un lato al condomino l'esercizio del suo diritto di proprietà sulla quota, ma, dall'altro, impedire che dalla sua attività derivino agli altri comproprietari danno o limitazione dei loro poteri»<sup>65</sup>.

El tenor del pasaje es compartido por Scialoja, quien, sin embargo, configura la cuota como un derecho virtual que cada condómino tiene sobre una

*der justinianischen Quellen*, en *ZSS. 94* (1977) 280 s. <sup>61</sup> DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundlagen des heutigen römischen Rechts* 1 (Leipzig 1860) 430; ARNDTS, *Trattato delle pandette* cit. 357; BARON, *Pandetten* (Leipzig 1896) 250 y 329; MANIGK, *PWRE. 9-1 s.v. «hypotheca»* col. 345; BONFANTE, *Il regime* cit. 230; PEROZZI, *Istituzioni* cit. 810 n. 3 señala que «può essere data in pegno così una cosa intera, che una parte reale o ideale di cosa». PACCHIONI, *Corso* cit. 502 admite la hipoteca de cosas inmateriales como son los derechos y de esta misma inmaterialidad participa el concepto de cuota ideal indivisa. Idéntica postura adopta BURDESE, en *Gli istituti del diritto privato romano* (Torino 1962) 253 y 293; en *Manuale di diritto privato romano*<sup>2</sup> (Torino 1964) 405 y 445; y en *ED. 32 s.v. «pegno» (diritto romano)* (Milano 1982) 667. <sup>62</sup> KELLER, *Pandetten* 1 (Leipzig 1867, reimp. Frankfurt/Main 1984) 428 y BARON, *Pandetten* cit. 329. <sup>63</sup> SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà* cit. 377. <sup>64</sup> GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain* (Paris 1934) 241 s. <sup>65</sup> VANZETTI, *Il pe-*

parte material de la cosa común, de modo que cualquier acto de disposición practicado sobre la cuota quedará remitido a aquella parte de la cosa común que efectivamente se le atribuya tras la partición<sup>66</sup>. Esta conjetura viene a ser la solución recogida por nuestro ordenamiento jurídico en el art. 399 del Código Civil, pero hay que subrayar que la especulación del gran jurista italiano en torno al modo en que la cuota ideal quedará concretada tras la división no encuentra apoyo en las fuentes, como luego veremos, puesto que es cierto que la garantía para el acreedor queda limitada a una cuota *pro indiviso*, aunque su poder hipotecario se extienda a la totalidad de la cosa corporal, todo ello con independencia de que el deudor adquiera también la cuota que pertenece al copropietario o que enajene su cuota o incluso que se pierda el objeto<sup>67</sup>. El pasaje del *Codex* se está refiriendo a la posibilidad de hipotecar la cuota ideal y sólo de la frase final *contractum eius nullum praeiudicium domino vestro facere potuisse* ha deducido Scialoja que la hipoteca sólo gravará la parte que se adjudique al comunero hipotecante. Más bien, como veremos, la garantía se extiende en idéntica proporción aritmética sobre cada una de las partes que, materialmente, resulten de la división. Así, nos dice Segrè que «il diritto reale dunque, que cadeva prima sulla intera cosa materiale, sia pure per una quota, ora cade su ciascuna porzione; come avverrebbe se il proprietario, dopo aver costituito un usufrutto o un pegno sull'intera cosa, alienasse poi una porzione reale o una quota *pro indiviso*»<sup>68</sup>.

Hay que pensar que, en tanto no se produzca la división, tiene lugar sobre la cosa la concurrencia de tantos derechos de propiedad como comuneros haya, y es esta concurrencia la que actúa como límite de ejercicio entre los distintos comuneros. En realidad, Scialoja no hace sino clarificar una terminología presente en las fuentes romanas como es la noción de parte o porción intelectual, reconduciendo su significado a esa porción potencial del derecho de propiedad, cuya crítica ha pretendido. En relación con el texto, señala Scialoja que «tale costituzione riconosce dunque el diritto di ogni condomino di costituire pegno o ipoteca sulla cosa comune, stabilendo però, al tempo stesso, che questo diritto resta limitato alla quota del condomino ipotecante, non potendo ledere le quote degli altri condomini»<sup>69</sup>. Se trata, en todo caso, de una propuesta de orden práctico, pero que es extraña a la idea de cuota, que se extiende idealmente sobre la cosa y materialmente sobre las distintas *partes certae* que resulten de la división convencional. Así resulta del siguiente fragmento,

*gno su parte indivisa e le azioni divisorie*, en BIDR. 73 (1970) 290. <sup>66</sup> SCIALOJA, *Teoria* cit. 430 ss. recoge las distintas teorías sobre el condominio. Rechaza la idea del dominio dividido en partes intelectuales, pues no le satisface la explicación de dicho concepto como la parte potencial que a cada condómino corresponde sobre la cosa común, pues ello supone introducir conceptos cuya concreción puede alcanzarse cuando el condominio no subsista por su división. También, sobre las distintas teorías en torno a la naturaleza jurídica de la copropiedad, vid. TORRENT, *Notas* cit. 99 ss. <sup>67</sup> DERNBURG, *Das Pfandrecht* cit. 430. <sup>68</sup> SEGRÈ, *La comproprietà* cit. 91. <sup>69</sup> SCIALOJA,

que se ocupa de la responsabilidad por evicción en que incurren los comuneros frente al hermano a quien le es adjudicado la totalidad del bien en el juicio divisorio: C. 3.38.7 (294 d.C.): *Si fratres vestri pro indiviso commune praedium citra vestram voluntatem obligaverunt et hoc ad vos secundum pactum divisionis nulla pignoris facta mentione pervenit, evictis partibus, quae ante divisionem sociorum fuerunt, in quibus obligatio tantum constitit, ex stipulatu, si intercessit, alioquin quanti interest praescriptis verbis contra fratres agere potestis. Nam si fundi scientes obligationem dominium suscepistis, tantum evictionis promissionem sollemnitate verborum vel pacto promissam probantes eos conveniendi facultatem habetis.*

De este modo, el copropietario no pignorante al que es adjudicado por entero el fundo común queda sujeto a los riesgos que trae consigo el *pignus* en cuanto a lo que excede de su propia cuota, sin perjuicio de la satisfacción que pueda obtener de los demás condóminos por las estipulaciones de evicción que entre ellos se hayan cruzado<sup>70</sup>.

Desde un punto de vista teórico, debe destacarse que la función de la hipoteca, como derecho accesorio, es garantizar el cumplimiento de una obligación principal. Su naturaleza jurídica le atribuye como contenido la expectativa para el acreedor hipotecario de obtener realización de valor del bien hipotecado en caso de incumplimiento, de modo que el objeto sobre el que ha de recaer debe ser susceptible de realización pecuniaria (*ius distrahendi*)<sup>71</sup>. Tal condición puede recaer, no sólo sobre cosas enteramente consideradas, sino también sobre cuotas de la misma, con la consecuencia de que las expectativas del acreedor hipotecario sobre la cosa no pueden ser mayores que aquéllas que respecto de la misma tenía el deudor hipotecante. Además, resulta plenamente admitida la hipoteca sobre derechos en cuanto éstos tengan un valor patrimonial susceptible de ser entregado en garantía y gocen, dentro de su naturaleza jurídica, de la nota de la transmisibilidad. Es por ello que, en todo lo relativo a la constitución o extinción de un derecho real de garantía sobre la cosa común, como señala Frezza, «la legittimazione entro i limiti della quota toglie a qualunque dei condomini la possibilità così di costituire come di estinguere il vincolo pignoratorio al di fuori di quei limiti»<sup>72</sup>, como resulta del siguiente fragmento: D. 20.6.8.4 (Marc. L.S. *ad form. hypoth*): *Si plures dederint pro indiviso et cum uno creditor paciscatur, ne hypothecae sit, deinde ab eo petat, etiamsi hic cum quo pactus est olidum fundum possideat, pro indiviso quia de parte convenisset, non repellit eum a toto.*

*Teoria* cit. 453. <sup>70</sup> D. 10.3.10.2 (Paul. 23 *ad ed.*): *In communi dividundo iusto pretio rem aestimare debet iudex et de evictione quoque cavendum erit.* Cfr. SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà* cit. 384 y MURILLO VILLAR, *La división convencional de la comunidad de bienes en derecho romano*, en *Revista jurídica del notariado* 17 (1996) 99 ss. y 109. <sup>71</sup> Este pacto, implícito en el *pignus* desde la época clásica, es el más habitual, aunque también se da frecuentemente el pacto comisorio, que permite al acreedor hipotecario quedarse con la cosa o con la cuota en caso de incumplimiento. Cfr. D'ORS, *Derecho* cit. § 414 ss. 467 ss. <sup>72</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto*

La transmisión de una cuota no ofrece mayores problemas<sup>73</sup>, pues el condominio subsistiría, produciéndose únicamente un cambio subjetivo dentro de la comunidad, ahora con el que adquiriera dicha cuota como consecuencia del ejercicio del *ius distrabendi*<sup>74</sup>.

En cambio, la hipoteca de una cuota de condominio puede presentar, a nuestro juicio, algunos inconvenientes. En principio, cada comunero puede pignorar su propia cuota. Las consecuencias de la eventual ejecución hipotecaria respecto de dicha cuota serían también la modificación de los integrantes de dicha *communio*, de modo que el hipotecante quedaría desinteresado de dicha relación jurídico-real respecto de la cosa común en favor de aquél que recibiera la cosa tras la ejecución hipotecaria. Pero todo ello presupone que la situación de copropiedad continúe existiendo y que no haya propiamente *societas* obligatoria entre los comuneros, dadas las peculiares características con las que el estrecho vínculo entre los socios venía a dotar al régimen de extinción del contrato consensual en época clásica<sup>75</sup>.

Sin embargo, la hipoteca de cuota por uno de los comuneros puede poner en peligro la libertad que tienen los demás de instar la disolución de la comunidad mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*<sup>76</sup>. Así, si la división se produce con posterioridad a la constitución de la hipoteca y antes de la ejecución de la garantía, todas las partes de la cosa resultantes de la división quedarán gravadas con la hipoteca y no exclusivamente la parte atribuida al que hizo la pignoración<sup>77</sup>, como resulta de un texto de Gayo ubicado en: D. 20.6.7.4 (Gai. *ad form. hypoth.*): *Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam*

to romano 2. *Garanzie reali* (Padova 1963) 148. <sup>73</sup> GUARINO, *ED.* 8 s.v. «Comunione» (*diritto romano*) 238. <sup>74</sup> ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup> (Napoli 1960) 227. <sup>75</sup> WIEACKER, «*Societas*» cit. 9 s., quien también en 18 ss. precisa el doble significado que ofrece el término *socius*, y, por extensión, añadimos, el término *societas*; también vid. ya este relieve en FERRINI, *Le origini del contratto di società* cit. 17 s. y 22; en FREZZA, *Il «consortium ercto non cito»* cit. 39 ss.; MASCHI, «*Disertiones*» cit. 31 s. y 51 ss.; ARANGIO-RUIZ, «*Societas re contracta*» cit. 393, para quien es obra postclásica la subunción del condominio clásico dentro del concepto de *societas*; ALBANESE, *La successione ereditaria* cit. 14 s.; BIANCHINI, *Studi sulla* cit. 18 y 81 ss.; GUARINO, «*Societas consensu contracta*» cit. 5 ss.; y KASER, *Neue Literatur* cit. 297. <sup>76</sup> La idea de la comunidad presupone idéntica naturaleza en los derechos de los comuneros. Sin embargo, las particularidades que presenta para el acreedor pignoraticio la garantía, con la consiguiente expectativa de adquirir la condición de comunero en el trámite de la ejecución hipotecaria, le hacen legitimado activo para el ejercicio de una *utilis actio communi dividundo*. Cfr. BIONDI, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, en *Scritti Giuridici* 2 (Milano 1965) 702 ss. <sup>77</sup> Ello es una consecuencia del carácter indivisible del *pignus*, salvo que por voluntad concorde de acreedor y deudor, el primero permita la minoración de la garantía a medida que el deudor va cumpliendo parcialmente la obligación principal. Vid. ASCOLI, *Commentario alle pandette di Glück* 20 (Milano 1895) 11; WINDSCHEID, *Lehrbuch* cit. 1018 s.; BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht* (Weimar 1912) 64; y RICCOBONO, *Dalla*

*partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata.*

Este pasaje parece recoger la respuesta que el jurista da al copropietario de aquél que pretende hipotecar o pignorar su cuota, advirtiéndole de este modo de las consecuencias que dicha pignoración tendría también sobre su futura cuota resultante de la división, expresándose claramente la distinción entre una división corporal e ideal de la cosa<sup>78</sup>. Si admitimos este planteamiento, no habría inconveniente en admitir igualmente la necesidad de recabar el consentimiento de los demás condueños, como confirma Frezza al decir que «ciascuno dei comproprietari può costituire validamente in pegno soltanto la propria quota; la cosa oggetto di comproprietà può essere validamente ipotecata solo per mezzo di un negozio cui partecipino solidalmente tutti i comproprietari»<sup>79</sup>. E, igualmente, Bonfante señala que «può essere costituita in pegno anche una quota di condominio, e il pegno, anche fatta la divisione, seguita a gravare su tutte le parti divise nella ragione della quota»<sup>80</sup>. Se trataría, por consiguiente, de uno de esos actos potenciales de disposición íntegra de la cosa común, subordinado al hecho de que la mera función de garantía se traduzca en modificación de los integrantes de la comunidad, frente al cual nada obstaría a que los restantes condóminos, siguiendo a Bonfante y Riccobono, opusieran el *ius prohibendi*<sup>81</sup>.

Por el contrario, si admitimos que lo que tiene lugar es una subrogación de la cuota asignada en lugar de la preexistente cuota ideal, quedaría preservado el interés del socio que no pignoró, puesto que la cuota a él asignada quedaría libre de todo gravamen, pero, en cambio, el acreedor pignoraticio corre el riesgo que la parte a él atribuida no equivalga a aquella cuota ideal que había sido hipotecada en garantía de su crédito<sup>82</sup>. En realidad, la solución de Gayo se funda en la imposibilidad de proceder a un cambio en el objeto pignorado sin el consentimiento del acreedor. Si antes de la división la prenda se extendía a una cuota *pro indiviso*, no resulta posible subrogarla por la *pars certa* que corresponde, tras la división, al deudor pignorante<sup>83</sup>. De este modo, si el deudor hipotecario es dueño de un medio, sólo puede garantizar la obligación principal con un medio, pero como esa mitad no se encuentra materialmente determinada, sino que se extiende idealmente a la totalidad de la cosa común, los eventuales problemas quedarían diferidos al momento de ruptura de la comunidad. El comunero que no ha hipotecado su cuota vería cómo la parte de la cosa que se le adjudica tras la disolución de la comunidad está gravada con una hipoteca parcial. Ello es consecuencia del carácter inmaterial que tiene la

«*communio*» cit. 42 s. <sup>78</sup> WACKE, *Ungeteilte Pfandhaftung*, en *Index* 3 (1972) 463. <sup>79</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* cit. 148 y VAN WARMELO, *Aspects of joint ownership in roman law*, en *TR.* 25 (1957) 191. <sup>80</sup> BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>8</sup> (Milano 1925) 435. <sup>81</sup> BONFANTE, *Il «ius prohibendi»* cit. 426 y RICCOBONO, *Dalla «communio»* cit. 52. <sup>82</sup> WACKE, *Ungeteilte* cit. 463. En contra de esta idea, vid. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit. 407. <sup>83</sup> SOKOLOWSKI, *Die Philo-*

garantía, como derecho que es, de modo que sólo admite una división ideal, pero nunca material. Ello no impide, sin embargo, que, antes de la división, el deudor pacte con los demás condueños el pago de sus deudas a fin de liberar la cosa común, como se refleja en D. 20.4.3.2 (Pap. 11 resp.), que veremos más adelante.

Iguales consideraciones pueden extraerse del siguiente fragmento de Marciano, que se ocupa igualmente de la hipoteca constituida sobre una cuota ideal<sup>84</sup>: D. 20.6.8.3 (Marc. L.S. ad form. hypoth): *Si convenerit, ne pars dimidia pro indiviso pignori sit, quaecumque fundi eius pars a quolibet possessore petatur, dimidia non recte petetur.*

De este modo, es evidente que se requiere el consentimiento de todos los comuneros para poder llevar a cabo actos de disposición de la cuota que puedan eventualmente implicar gravamen para los otros condueños<sup>85</sup>, haciéndose compatible así el contenido de este pasaje con el del *Codex* reproducido anteriormente, en orden a impedir perjuicios a los demás comuneros. La solución de Scialoja no deja de ser minoritaria en época clásica, como se refleja en los pasajes de los que a continuación nos ocupamos: D. 33.2.31 (Lab. 2 post. lav. epit.): *Is qui fundum tecum communem habebat usum fructum fundi uxori legaverat: post mortem eius tecum heres arbitrum communi dividundo petierat. Blaesus ait Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, eius partis, quae tibi optigerit, usum fructum mulieri nulla ex parte deberi, sed eius, quod heredi optigisset, totius usum fructum eam habituram. Ego hoc falsum puo: nam cum ante arbitrum communi dividundo coniunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usus fructus mulieris fuisset, non potuisse arbitrum inter alios iudicando alterius ius mutare: quod et receptum est.*

Constituye éste uno de los pasajes esenciales en lo que se refiere a la historia del usufructo<sup>86</sup>. Se ocupa del legado que uno de los condóminos hace de su cuota *pro indiviso* a la *uxor*. Fallecido el testador, su heredero solicita la división de la cosa común y se plantea si el usufructo debe recaer sobre la totalidad de la cuota adjudicada tras la división al heredero, como sostiene Trebacio; o si debe recaer por mitad sobre las dos partes resultantes de la división, como sostiene Labeón, solución ésta que se presenta concorde con la que propone Gayo respecto al *pignus* constituido por uno de los copropietarios en D. 20.6.7.4 (Gai. ad form. hypoth.)<sup>87</sup>; y, que en definitiva, casa mejor con la idea

sophie im Privatrecht cit. 407 y VANZETTI, *Il pegno* cit. 291. <sup>84</sup> MANIGK, PWRE. 9-1 s.v. «hypotheca» col. 345. <sup>85</sup> Señala ORTEGA, *La propiedad y los modos de adquirirla en derecho romano y en el código civil* (Granada 1991) 63, que el *ius prohibendi* de los condóminos se puede ejercer cuando las actividades llevadas a cabo por uno de ellos impliquen alteración de los derechos de los demás comuneros. Si se hipoteca una cuota por uno de los condóminos, se limita de alguna manera la facultad de división de la cosa común de los restantes condueños, pues también las partes que se les adjudiquen tras la división permanecerán gravadas en dicha cuota. <sup>86</sup> BRENONE, «*Consortium*» cit. 190. <sup>87</sup> DERNBURG, *Das Pfandrecht* cit. 431; GAUDEMET, *Étude* cit. 408; y GORDON, D. 33.2.31. *Usufruct and common property*, en *Studi Grosso* 4 (Torino 1971) 310.

de cuota ideal concebida como una fracción que se extiende sobre todo lo que de corporal tiene la cosa.

Marrone ha explicado la disparidad de *responsa* sobre la base de una distinta consideración de la eficacia normativa de la sentencia que pone fin al juicio divisorio. Mientras que para Trebacio la eficacia es *erga omnes* al producirse a través de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*<sup>88</sup> y, por tanto, condiciona el preconstituido derecho de usufructo en favor de la *uxor*, para Labeón la eficacia *erga omnes* debe excluirse por cuanto el juicio divisorio se sigue a través de la formularia *actio communi dividundo*<sup>89</sup>. De este modo, bajo la antigua *legis actio* aplicada al fenómeno divisorio de la cosa común, los efectos de la *adiudicatio* incidirían también sobre el usufructuario que no ha intervenido en el proceso, de modo que, si originariamente el usufructo gravaba una cuota del condominio, tras la división de la cosa común gravaría sólo la cuota adjudicada al heredero del testador<sup>90</sup>. En cambio, una vez introducido el procedimiento formulario, la solución adecuada es la que proclama Labeón en el sentido de que la sentencia en el juicio divisorio no puede modificar el derecho de aquel que no ha participado en el proceso<sup>91</sup>. Ésta sería, según Gaudemet, la regla «qui devait subsister pendant tout le cours du droit romain», esto es, que «le partage, simple décision judiciaire, ne pouvait porter atteinte aux droits des tiers»<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> El fundamento de esta idea se encuentra en D. 40.7.29.1 (Pomp. 18 ad Q. Mucius): *Quintus Mucius scribit: pater familias in testamento scripserat «si Andronicus servus meus heredi meo dederit decem, liber esto». Deinde de his bonis coeperat controversia esse: qui se lege heredem aiebat esse, is eam hereditatem ad se pertinere dicebat, alter, qui hereditatem possidebat, aiebat testamento se heredem esse. Secundum eum sententia dicta erat, qui testamento aiebat se heredem esse. Deinde Andronicus quaerebat, si ipsi viginti dedisset, quoniam secundum eum sententia dicta est, futurusne esset liber an nihil videatur sententia, qua vicit, ad eam rem valere? Quapropter si viginti heredi scripto dedisset et res contra possessorem iudicata esset, illum in servitute fore ...* <sup>89</sup> MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, en *Annali Palermo* 24 (1955) 353: «nella *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (...) la sentenza aveva efficacia assoluta, essendo opponibile anche ad ogni terzo, persino se vero titolare del rapporto da altri illegittimamente dedotto in giudizio»; 355: «Trebazio, considerando gli effetti della sentenza di divisione nella *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, diceva che essa era opponibile all'usufruttuario di una quota del fondo; il diritto di costui, dopo la sentenza, sarebbe stato modificato, nel senso che esso avrebbe gravato sulla parte divisa, che era stata assegnata al condomino, rispetto a cui era stato costituito l'usufrutto. Labeone, che scrive dopo l'introduzione della formula per l'*actio communi dividundo*, decide diversamente». <sup>90</sup> MARRONE, *L'efficacia* cit. 94. <sup>91</sup> GAUDEMET, *Étude* cit. 408; MARRONE, *L'efficacia* cit. 95; y MURILLO, *Disposición jurídica de la cuota* cit. 70. WIELING, *Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft im römischen Recht*, en *ZSS* 102 (1985) 304 s. señala que la distinción de Marrone no encuentra su apoyo en las fuentes y, al respecto, Labeón guarda silencio: «Labeo, der den Unterschied doch sicher gekannt hätte, läßt nichts davon verlauten». <sup>92</sup> GAUDEMET, *Étude* cit. 409. Ciertamente, las dificultades de la solución propuesta por Labeón ya eran apuntadas por DERNBURG, *Das Pfandrecht* cit. 431 en el sentido de que era necesario que los comu-

Por contra, Bretone sostiene que la divergencia de pensamiento entre Trebacio y Labeón obedece más bien a una distinta concepción del usufructo. Trebacio concebiría el usufructo como una *pars dominii*, de modo que la posición del propietario y del usufructuario quedarían ligadas dentro de un mismo plano y, por tanto, recíprocamente vinculadas a los efectos surgidos del juicio divisorio; Labeón, en cambio, concibe el usufructo como una entidad autónoma, de modo que tal derecho, en el pasaje que comentamos, no puede padecer las consecuencias del juicio divisorio entre los condueños<sup>93</sup>.

En cambio, la solución propuesta por Trebacio es, para d'Ors-Bonet Correa, consecuencia del carácter solidario con el que se da el usufructo entre el heredero y la viuda, proyectándose así en un aparente *ius adscrescendi*, que determinará la concentración del usufructo «que gravaba la mitad del causante ... en la región del fundo adjudicada al heredero» tras la división del mismo<sup>94</sup>.

Gordon, en cambio, fía la distinta solución dada al pasaje a una diferencia de opinión entre ambos juristas, que no implica que entre los mismos haya existido una distinta tradición en lo que a la «common ownership» se refiere. Mientras que Trebacio haría valer el criterio práctico de la subrogación de la cuota ideal por la que efectivamente resulte atribuida al interesado tras la división, Labeón vendría a tutelar los intereses del usufructuario, ajeno al propio proceso de división de la cosa común sobre la que recaía el derecho de usufructo<sup>95</sup>.

Hay que advertir, por otra parte, la diferencia entre un usufructo, que implica un uso indivisible, además del *frui*, divisible, si bien entendidas ambas facultades como un todo inescindible<sup>96</sup>; y la hipoteca, que consiste en un *ius distrabendi* perfectamente divisible, sea en razón del condominio, sea por la constitución sobre una parte de la propiedad indivisa. En cambio, en el pasaje anteriormente reproducido, la solución de Labeón, en opinión de Bretone, muestra una aproximación a la divisibilidad del usufructo, pero no puede des-

neros ajustaran cuentas entre sí en previsión de que la parte finalmente adjudicada al comunero no deudor pudiera quedar gravada con la garantía. Para ello, podrían ambos comuneros dirigirse privadamente al acreedor y recabar su consentimiento en lo que se refiere a la división o, incluso, puede el comunero no deudor dirigirse contra el acreedor pignoraticio a través de la *actio communi dividundo*, obligando con ello a la división de la cosa. Pero también resulta posible la división sin la intervención del acreedor pignoraticio, en cuyo caso el comunero deudor podría prestar caución para el caso de que la parte adjudicada a su copropietario sea objeto de evicción por parte del acreedor pignoraticio. <sup>93</sup> BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* 1 *Dalle origini a Diocleziano* (Napoli 1962) 74 s., tesis calificada de atractiva por GORDON, D. 33,2,31 cit. 310. MURILLO, *Disposición jurídica de la cuota* cit. 70 propone la solución de Trebacio como la más eficaz siempre que exista la consiguiente anuencia del tercero beneficiario, produciéndose de este modo una subrogación de la *pars pro diviso* en lugar de la *pro indiviso*, tal como apunta KASER, *recensión a MARRONE, L'efficacia* cit., en *Iura* 7 (1956) 217. En contra de este planteamiento, vid. GALLO, «*Usus fructus*» cit. 1 ss. <sup>94</sup> D'ORS-BONET CORREA, *El problema de la división* cit. 83. <sup>95</sup> GORDON, D. 33,2,31 cit. 312 s. <sup>96</sup> GROSSO, *Problemi costruttivi* cit. 166 s. <sup>97</sup> Ya D'ORS-BONET CORREA, *El pro-*

cartarse que Trebacio sostenga idéntico planteamiento, desde el momento en que admite que uno solo de los condóminos pueda constituir tal derecho y que la sustitución en el usufructo de un condómino por un tercero se produce dentro de los límites de la cuota que tal copropietario posee<sup>97</sup>.

Albanese, por contra, niega que D. 33.2.31 (Lab. 2 *post. lav. epit.*) pueda constituir testimonio de una presunta orientación de Labeón hacia la configuración del usufructo como derecho divisible, puesto que hablar de divisibilidad de un derecho real implica admitir la posibilidad de que éste pueda constituirse por cuotas ideales, que pertenecerían a diversos titulares<sup>98</sup>. En este orden de cosas, el pasaje citado más que proyectar la indivisibilidad del usufructo, hace surgir dos usufructos distintos, cuyo sustrato será, para cada uno de ellos, la cuota ideal ahora ya materialmente concretada, con un solo usufructuario, que opone su derecho al que tienen los antiguos condueños en calidad de nudo propietarios. Además, como pone de relieve Albanese, la constitución del usufructo por uno solo de los copropietarios no habría sido admitida por Trebacio si éste configurase el usufructo como indivisible, por carecer de eficacia, del mismo modo que no produce efectos la servidumbre constituida a cargo o a favor de un fundo por uno solo de los condueños<sup>99</sup>.

También, en orden a la constitución de la prenda por uno de los copropietarios, que grava al fundo común, conviene reproducir el siguiente fragmento, en el que se habla de nuevo de *portio pro indiviso* o cuota ideal, respecto de la que cabe constituir hipoteca<sup>100</sup>: D. 20.4.3.2 (Pap. 11 *resp.*): *Post divisionem regionibus factam inter fratres conventit, ut, si frater agri portionem pro indiviso pignori datam a creditore suo non liberasset, ex divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraberet. Pignus intellegi contractum existimavi, sed priorem secundo non esse potiore, quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare.*

El interés del texto se halla precisamente en la necesidad del consentimiento de todos los condueños cuando se trata de constituir una garantía real sobre el fundo común que exceda de los límites de la propia cuota<sup>101</sup>. Además, el *responsum* de Papiniano excluye la regla *prior tempore, potior iure* en el caso de una segunda hipoteca (*secundum pignus*) actualmente inválido por lo siguiente: la hipoteca del hermano A sobre la mitad del fundo grava a todo éste

*blema de la división* cit. 82 ss. ponían de relieve cómo la idea de la divisibilidad del usufructo tiene que ver con la mayor importancia que, producto de la racionalización de la jurisprudencia en modo degenerativo para los perfiles originarios de la institución, asume la función económica de tal derecho, concretada en el aprovechamiento de los frutos. También, sobre esta cuestión, vid. GAUDEMET, *Étude* cit. 407 ss.; BRETONE, *La nozione* cit. 75 n. 59; y ORIO, *Lasciti di «usus fructus» in funzione di rendita*, en *Index* 9 (1980) 234. <sup>98</sup> ALBANESE, *La divisibilità dell'usufrutto romano (con particolare riguardo a Fr. Vat. 75)*, en *Annali Palermo* 34 (1973) 16 s. [*Scritti giuridici* 2 (Palermo 1991) 1316 s.]. <sup>99</sup> ALBANESE, *La divisibilità* cit. 19 [1319]. <sup>100</sup> MANICK, *PWRE*. 9-1 s.v. «*hypotheca*» col. 345. <sup>101</sup> VAN WARMELO, *Aspects* cit. 191. <sup>102</sup> VANZETTI, *Il pegno* cit.

y la posterior división no concentra la garantía en la porción adjudicada a A, como se ve en D. 20.6.7.4 (Gai. *ad form. hypoth.*). De este modo, el acreedor hipotecario puede reclamar la mitad de la porción adjudicada al hermano B. Para asegurarle de este riesgo, A autoriza a B que, en caso de que el acreedor pignoraticio no obtenga plena satisfacción con su cuota ya dividida y percibida, venda la mitad de la porción que a A le ha sido adjudicada: este *ius distrahendi* es el contenido de la segunda hipoteca a favor de B y a cargo de A, pero ésta no podía ser constituida sobre lo que pertenecía a B como ex-socio *pro indiviso*, sino que ahora se constituye sobre la parte definitivamente adjudicada a A<sup>102</sup>. Sólo valdría si se excluía el derecho del primer acreedor por pago de la deuda u otro acto extintivo de la obligación, de modo que esta segunda hipoteca es válida potencialmente, pero no de modo inmediato. De esta manera, al no valer de momento esta segunda hipoteca, no hay propiamente concurso de acreedores hipotecarios y no se puede decir que haya prioridad del primero, ya que éste se encuentra solo. En definitiva, como señala Frezza, «non esiste una priorità di grado fra le due convenzioni, perché la seconda convenzione, che viene conclusa dopo la divisione, su una porzione *pro diviso*, costituisce un pegno il cui oggetto è diverso da quello (quota di comproprietà *pro indiviso*) cui si riferiva la *prior conventio*»<sup>103</sup>.

Retomando los inconvenientes que surgen de la hipoteca de una cuota del condominio, Bonfante analiza, a propósito de la opinión de Gayo recogida en D. 20.6.7.4 (Gai. *ad form. hypoth.*), la distinta perspectiva que se plantea en el derecho moderno y en el romano. En efecto, en el derecho moderno, el carácter declarativo y retroactivo que tiene la asignación de parte a cada comunero tras la división permitiría que la hipoteca gravase únicamente la parte adjudicada al pignorante, dejando libre la de los demás. Ya hemos apuntado como ésta es la solución adoptada por nuestro Código Civil en su art. 399.2, que permite a cada comunero hipotecar su cuota, pues «el efecto de la hipoteca en relación con los conductos estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar en la comunidad»<sup>104</sup>. De este modo, la porción real adjudicada al constituyente de la hipoteca ocupa el lugar de su anterior cuota de condominio.

En cambio, en Derecho Romano, este planteamiento no puede llevarse a cabo por ser necesario el consentimiento del hermano<sup>105</sup>. Se produce, de este modo, la colisión de dos derechos patrimoniales igualmente tutelables<sup>106</sup>. Por

292. <sup>103</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* cit. 149. <sup>104</sup> En opinión de CHICO, *La calificación* cit. 86, ello sirve para paliar una injusticia notoria, aunque a nuestro juicio ello suponga una desnaturalización del propio concepto de cuota ideal o del dominio *pro indiviso* que pueda existir sobre una cosa. <sup>105</sup> BONFANTE, *Corso di diritto romano* 5 (Milano 1968) 18. D. 33.2.31 (*Lab. 2 post. Iavol. epit.*) recoge la opinión de Trebacio, plasmada en el derecho moderno, aunque en Roma no prevaleció. Vid. MURILLO, *Disposición jurídica de la cuota* cit. 69 n. 186. <sup>106</sup> Esta cuestión engarza con la doctrina de los actos *ad aemulationem* y con la pregunta que se hace BRASIE-

un lado, el derecho de cada particular a hipotecar aquello que tiene sobre una cosa (la totalidad o una parte indivisa) y por otro, la natural expectativa de división que tiene toda situación de copropiedad a través de la *adiudicatio* de la fórmula divisoria<sup>107</sup>. Así, el hecho de hipotecar una cuota, aunque se encuentra dentro de las facultades del comunero (siempre que no grave más de la porción que él tiene sobre la cosa), puede perjudicar a los otros conductos, pues al producirse la ruptura de la comunidad, todas las partes resultantes de la división continuarán gravadas con la hipoteca y no únicamente la del copropietario que constituyó la garantía. En la práctica, tal pretensión motivaría, sin duda, la ruptura de la comunidad existente mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*, pues si los conductos consintieran, no podrán rechazar procesalmente las acciones entabladas por el acreedor hipotecario respecto de la cuota asignada de la que son titulares, puesto que la prenda, aun en caso de transmisión de la cosa, permanece siempre ligada a la misma<sup>108</sup>.

Otra de las soluciones que se nos ofrecen, además del supuesto mencionado en D. 20.4.3.2 (*Pap. 11 resp.*) relativo a la constitución de una hipoteca a favor del condómino no pignorante y siempre que todos los conductos consientan la constitución del gravamen sobre la cosa común, es la traslación a la parte obtenida, tras la división, por el comunero que en su día hipotecó su cuota, la totalidad de la responsabilidad hipotecaria. Ello parecería lógico, puesto que, constante la comunidad, este condómino hipotecó su cuota y los efectos de este gravamen han terminado por afectar a los demás comuneros cuando llega el momento de dividir la cosa común. Esta posibilidad afectaría al ámbito de las relaciones internas entre los propios comuneros y se instrumentaría como un pacto o acuerdo social, pero sin posibilidad de oponerlo frente al acreedor hipotecario que, en calidad de tercero, pretenda la ejecución. Podría, en estos casos, arbitrase, como medida preventiva, una compensación económica para el caso de que la ejecución hipotecaria terminase por perjudicar a todos los antiguos conductos, que podría tener lugar mediante estipulaciones condicionales en las que el promitente sería el conducto que en su día pignoró su cuota y que cobrarían su operatividad si, efectivamente, se lleva a cabo la evicción en todas y cada una de las partes de la cosa resultante

LLO, *La proprietà nella sua estensione*, en *Studi Arangio-Ruiz* 4 (Milano 1952) 54 respecto a si los límites ideales del dominio coinciden con los materiales y si los primeros tienen carácter variable según las exigencias concretas. <sup>107</sup> KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1996) 380. También parece haberse admitido la división convencional, con efectos meramente obligatorios, en una serie de supuestos de los que se ocupa MURILLO VILLAR, *La división convencional* cit. 64 ss., con la bibliografía citada en este trabajo. La eficacia real exigiría la adición de negocios traslativos, siendo insuficiente el mero consenso de quienes pretenden dividir, que sería un simple *pactum divisionis* necesitado de la necesaria complementación para alcanzar eficacia real. En todo caso, resaltar, con el autor, que la base textual mayoritaria es de finales del siglo III d.C. <sup>108</sup> KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht* (Napoli 1982) 38 n. 227 en relación a la posible aplicación, en torno a D. 10.3.6.8 (Ulp. 19 *ad ed.*), de lo que se plantea en rela-

de la división. A esta responsabilidad interna se refiere el siguiente fragmento: D. 10.3.6.8 (Ulp. 19 *ad ed.*): *Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communi dividundo iudicio, sed ius pignoris creditori manebit, etiamsi adiudicatus fuerit: nam et si pars socio tradita fuisset, integrum maneret. Arbitrum autem communi dividundo hoc minoris partem estimare debere, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, Iulianus ait.*

Constituye éste uno de los textos que excepcionan el principio anteriormente referido, puesto que en él resulta posible a uno solo de los condueños constituir una garantía real sobre la totalidad del predio común. Apunta Van Warmelo que lo que justificaría que dos juristas contemporáneos como Ulpiano y Papiniano (en D. 20.4.3.2 Pap. 11 *resp.*) sostengan opiniones tan divergentes es considerar que en el pasaje se hace referencia a un caso de *societas omnium bonorum*, dentro de la cual el mayor control de la cosa correspondería a quien ha constituido la garantía y, por consiguiente, muy probablemente rigiera todavía la regla del antiguo *consortium ercto non cito*, que tenía lugar entre los *sui fratres* inmediatamente después del fallecimiento del *pater familias* sin necesidad de un acto expreso y solemne de constitución, sin necesidad de un acuerdo social<sup>109</sup> y conforme al cual cada miembro podía disponer de la cosa por entero en tanto en cuanto no mediase la oposición de los demás comuneros<sup>110</sup>, del mismo modo en que se operaba en el ejercicio de las magistraturas<sup>111</sup>. Más bien, la solución innovadora propuesta por Juliano en este caso de

ción a la transferencia del usufructo en D. 33.2.31 (Lab. 2 *post. Iav. epit.*).<sup>109</sup> PRINGSHEIM, *Stephanos zu D. 17.2.52.6*, en ZSS. 45 (1925) 492; RABEL, *Erbengemeinschaft* cit. 191; ALBERTARIO, *Appunti sul consorzio* cit. 230 s.; MASCHI, «Disertiones» cit. 2; SOLAZZI, «Societas» cit. 429; DE ZULUETA, *The new fragments* cit. 20 ss.; BESELER, *Lucubrationes Balticae*, en SDHI. 3 (1937) 386; ALBANESE, *La successione ereditaria* cit. 14; ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* (Napoli 1950) 8; KUNKEL, *Ein unbeachtetes Zeugnis* cit. 72; VAN WARMELO, *Aspects* cit. 192 s.; FREZZA, NNDI. 4 s.v. «Consortium» 246; MARKY, *Societate* cit. 50 s.; GUARINO, ED. 8 s.v. «Comunione» (*diritto romano*) 236 s.; BURDESE, ED. 13 s.v. «Divisione» (*diritto romano*) 412; TORRENT, «Consortium ercto non cito» cit. 479 ss.; BIANCHINI, *Studi sulla* cit. 6 ss. y 19; KASER, *Neue Literatur* cit. 282; D'ORS, «Societas» y «consortium» cit. 35; y TONDO, *Ancora sul consorzio domestico nella Roma antica*, en SDHI. 60 (1994) 602 ss.<sup>110</sup> Entre otros, como principio general, RICCOBONO, *Dalla «communio»* cit. 33; MONIER, *Les nouveaux fragments* cit. 24; COLLINET, *Les nouveaux fragments* cit. 15; LEVY, *Neue Bruchstücke* cit. 281; ARANGIO-RUIZ, *Il nuovo Gaio* cit. 601 s. y *La società* cit. 11 s.; DE ZULUETA, *The new fragments* cit. 24 y *Supplements* cit. 6; WIEACKER, «Societas» cit. 129 s. y *Hausgenossenschaft* cit. 14; ALBANESE, *La successione ereditaria* cit. 60; MARKY, *Societate* cit. 53 ss.; BIANCHINI, *Studi sulla* cit. 10; DE ROBERTIS, *Situazioni condominiali* cit. 118 n. 16; KASER, *Neue Literatur* cit. 305; y TALAMANCA, ED. 42 s.v. «Società» (*diritto romano*) 816.<sup>111</sup> FADDA, «Consortium», «collegia magistratum», «communio», en *Studi Brugi* (Palermo 1910) 143; BONFANTE, *Il «ius prohibendi»* cit. 385 s. y 420 ss.; BRANCA, *Il regime degli atti* cit. 248 s.; ARANGIO-RUIZ, *Les nouveaux fragments* cit. 80; DE ZULUETA, *The new fragments* cit. 25; LEVY, *Neue Bruchstücke* cit. 281; ALBERTARIO, *Appunti sul consorzio* cit. 231 y 237 s.; WIEACKER, *Hausgenossenschaft* cit. 15; MARKY, *Societate* cit. 55; BIONDI, NNDI. 3 s.v. «Comunione» (*diritto romano*) 856; TORRENT, «Consortium ercto non cito» cit. 494; y VE-

división judicial de la cosa común es distinta de la que hemos apuntado en el supuesto de división convencional<sup>112</sup>: quedándose el comunero no pignorante la totalidad de la cosa común, para desinteresarse al copropietario pignorante, debe el *arbiter communi dividundo* estimar el valor de la cuota de éste último con deducción del importe del crédito, de modo que, incumplida la obligación principal y pretendiendo el acreedor pignoraticio ejercer el *ius vendendi* sobre la garantía, podría optar el adjudicatario de la totalidad del bien por pagar el crédito insatisfecho, evitando la enajenación de la cuota pignorada, lo que habría generado, con consecuencia poco práctica, un nuevo condominio, ahora con el adjudicatario del remate<sup>113</sup>.

Una solución similar puede extraerse también del siguiente fragmento, puesto que resultan evidentes los inconvenientes de la subsistencia de un condominio en el que alguna de las cuotas ideales se halla hipotecada: C. 3.37.2.1 (222 d.C.): *Idem praeses provinciae de divisione vinearum inter te et creditorem fratris tui cognoscat et iubebit eum accepta pecunia, quanti statuerit partem fratris tui valere, eam partem quam de fratre tuo accepit tibi restituere aut aestimata tua parte ad creditorem fratris tui data pecunia quanti aestimaverit eam transferre.*

En efecto, estando hipotecada una cuota *pro indiviso* e instada la división de la cosa común, ésta puede ser adjudicada bien al comunero no pignorante, liberando el crédito mediante la *solutio*, bien al acreedor pignoraticio, que podrá desinteresarse al comunero no pignorante mediante el pago del valor de su cuota. De este modo, se reconoce la posibilidad del ejercicio de una *actio communi dividundo utilis* entre el acreedor pignoraticio y el condueño no pignorante, que puede concluir con la adjudicación de la cosa común por entero a uno u otro<sup>114</sup>.

LASCO, *La posición del obligado* cit. 24. Matiza sutilmente PEROZZI, *Un paragone* cit. 356 alguna diferencia puesto que «mentre ogni magistrato può giuridicamente far tutto sino a che il collega non si oppone, il socio non può giuridicamente far nulla sinchè l'altro socio non consente». En cambio, BONFANTE, *Il «ius prohibendi»* cit. 418 ss., tras una extensa exégesis a propósito de los caracteres del *ius prohibendi* en sede de condominio, no lo limita exclusivamente a los supuestos de ausencia del preventivo consenso expreso, puesto que el mismo puede deducirse tácitamente de un *pati* o un *non contradicere*; y tal *prohibere* no se proyecta respecto de toda clase de actos, sino de aquellos que exceden del uso normal. El parangón es calificado también por FREZZA, *L'istituzione* cit. 540 de «metodicamente impreciso» y por RABEL, *Erbengemeinschaft* cit. 194 como erróneo.<sup>112</sup> MURILLO, *Disposición jurídica de la cuota* cit. 63 s.<sup>113</sup> VANZETTI, *Il pegno* cit. 294 s.<sup>114</sup> BURDESE, ED. 13 s.v. «Divisione» (*diritto romano*) 413 y VANZETTI, *Il pegno* cit. 296, quien realiza en páginas siguientes amplia exégesis de D. 10.3.7.13 (Ulp. 20 *ad ed.*), que recoge un supuesto similar al del rescripto de Alejandro Severo, por cuanto tiene lugar un juicio divisorio entre acreedor pignoraticio y copropietario no pignorante sobre la base de una acción útil. Cfr. igualmente FERNÁNDEZ BARREIRO, *La «actio communi dividundo utilis»*, en *Estudios Santacruz Teijeiro* 1 (Valencia 1974) 279 s. y ANKUM, *La vent d'une part d'un fonds de terre commun dans le droit romain classique*, en BIDR. 83 (1980) 78 ss.; 86 ss.; 97 s., cuestionándose si, en realidad, en el pasaje se habría tratado originariamente de otra forma de garantía real (fiducia) en lugar del *pignus*, cuya referencia se reconocería como una interpolación, opinión defendida por

4. No existen en este supuesto limitaciones por razón de la concurrencia de varios sujetos sobre la cosa, pero quizá los problemas puedan venir en orden a la admisión de la idea de cuota ideal cuando no hay propiamente situación de condominio. Es cierto que el concepto de cuota se introduce para concretar idealmente los derechos que varias personas tienen sobre la cosa, pero ello no significa que no pueda introducirse esta categoría cuando no existe la concurrencia de varios sujetos o cuando se pretende la constitución de otros derechos reales distintos del dominio, como es la hipoteca, que hacen surgir potencialmente una expectativa futura de surgimiento de un condominio para el caso de que la obligación principal de la que depende la garantía resulte incumplida.

También es cierto que requisito esencial es que el derecho que así pretenda constituirse ha de ser, por naturaleza, susceptible de división, cosa que no sucede con el derecho de servidumbre, de modo que, siguiendo a Segrè, «nè il proprietario esclusivo può costituire una servitù a favore o a carico del suo fondo per una quota soltanto (*pro parte* o *pro parte domini*); nè può il comproprietario da solo costituire, e nemmeno acquistare, una servitù riguardo al fondo comune (*pro parte domini*)»<sup>115</sup>. También es esencial que la cuota se atribuya a un destinatario determinado o, al menos, determinable por la acción de un evento posterior como es la práctica del *ius distrabendi* sobre la garantía. Ello explica la solución de Modestino, quien impide que el dueño pleno pueda hacer *derelectio* de una cuota, deviniendo en tal caso *nullius*<sup>116</sup>, lo cual sólo puede explicarse por ser el abandono un acto jurídico imposible de concretar por cuotas<sup>117</sup>.

En cambio, en relación con la hipoteca, las dificultades de divisibilidad no surgen y, por tanto, ya Perozzi admitía esta posibilidad cuando decía que «una parte ideale può essere data in pegno così dal comproprietario che dal proprietario solitario; perchè il pegno si riduce ad un'eventuale alienazione»<sup>118</sup>. No nos parecen contradictorias las palabras del propio Perozzi: «la quota nasce così, quando nasce il rapporto di comproprietà»<sup>119</sup>, pues lo que quiere decir es que

BIONDI, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, en *Scritti giuridici 2* (Milano 1965) 702 ss.; GAUDEMET, *Étude* cit. 244 n. 4; y FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* cit. 56, pero que el propio ANKUM, en 87 s. rechaza. <sup>115</sup> SEGRÈ, *La comproprietà* cit. 26 s. <sup>116</sup> D. 41.7.3 (Mod. 6 diff.): *An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. Et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat*. Cfr. SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà* cit. 334 s.; BONFANTE, *Il «ius ad crescendi» nel condominio*, en *Scritti giuridici varii 3. Obbligazioni, comunione e possesso* (Torino 1921) 441 ss.; e IGLESIAS REDONDO, *Situaciones individuales* cit. 781. <sup>117</sup> Cfr. SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà* cit. 334 s. y 337. Como dice BONFANTE, *Il «ius ad crescendi»* cit. 444 «appartiene veramente alle situazioni inconcepibili il comportamento di chi, continuando a possedere e godere la cosa, voglia possederla e goderla salvo una quota o frazione astratta». <sup>118</sup> PEROZZI, *Istituzioni* cit. 810 n. 3. <sup>119</sup> PEROZZI, *Saggio critico* cit. 511. <sup>120</sup> CUÉLLAR, *Hipoteca* cit. 17. Entiende

el hecho de ser copropietario implica serlo en una cuota determinada, pero ello no impide que el pleno dueño pueda llevar a cabo actos de disposición sobre cuotas del objeto de su dominio, generando de este modo una eventual situación de copropiedad. Así, señala Cuéllar que el concepto de cuota «sólo tiene sentido en relación con una situación de comunidad (que no tiene que ser actual, sino que puede ser anterior o para el futuro)»<sup>120</sup>.

Comparto este pensamiento, pero tomando este mismo argumento, llegamos a la conclusión contraria: me parece admisible la hipoteca de cuota por el único dueño de una cosa, pues puede ser el primer pilar para que, en el futuro, se produzca una situación de comunidad sí, finalmente, el hipotecante no hace frente a la obligación garantizada y un tercero o el propio acreedor hipotecario por pacto comisorio adquiere, en la sentencia de remate, la cuota hipotecada. Tal solución me parece igualmente predicable tanto en Derecho Romano como en derecho actual y en el seno de la doctrina no ha sido cuestión pacífica<sup>121</sup>.

Ni siquiera se producen en este supuesto los problemas que planteaba la hipoteca de cuota de uno sólo de los condueños en Derecho Romano, pues no se irroga de esta figura perjuicio alguno para tercero. Cosa distinta es el interés económico que para el acreedor hipotecario pueda suponer una garantía de tal naturaleza.

Por ello, para admitir la posibilidad de constituir derechos por cuotas, se ha de atender a la propia naturaleza del derecho. Aquellos que consistan en un uso como el arrendamiento o la servidumbre, no pueden constituirse *pro parte* sin que se produzca una división material de la cosa sobre la que se han constituido (a modo de ejemplo, no puede pensarse que alguien sea arrendatario de un tercio de una vivienda)<sup>122</sup>. La hipoteca no constituye un uso, sino un derecho accesorio de garantía, que permite al acreedor hipotecario tener expectativas dominicales sobre la cosa dada en garantía o sobre una parte indivisa de la misma, generando en este caso, una comunidad no nacida del libre acuerdo de los que la integran y, por ello, probablemente destinada a subsistir brevemente en el tiempo por el carácter incidental que se infiere de la falta de voluntad constitutiva<sup>123</sup>.

el autor que, hipotecada una cuota por uno de los comuneros, si termina la situación de copropiedad, la hipoteca no se extiende a la totalidad del inmueble, sino que sigue gravando únicamente la cuota primitiva. Iguales consideraciones pueden extraerse cuando se produce la consolidación del pleno dominio tras la redención de la enfiteusis gravada con hipoteca. Cfr. SAAVEDRA, *Los derechos* cit. 45.

<sup>121</sup> Así, WINDSCHEID, *Lehrbuch* cit. 1019 n. 3 señala la divergencia de criterio entre Bremer, para quien al propietario único no resulta posible pignorar una cuota, frente a Hofmann y Exner. Es evidente que la cuestión se presta ciertamente a la especulación y al apriorismo, sin que el tenor de las fuentes pueda clarificar o arrojar luz al problema. También SEGRÈ, *Comproprietà* cit. 33 parece compartir nuestra opinión al señalar que «si può concedere il pegno parziale su una cosa, o su una quota del dominio unico ed esclusivo della cosa, o sulla quota appartenente al condomino». Idéntico criterio en 88 s. <sup>122</sup> D'ORS-BONET CORREA, *El problema de la división* cit. 70. <sup>123</sup> ARANGIO-RUIZ, «*Societas re contracta*» e «*communio incidens*», en *Studi Riccobono 4* (Palermo 1934)



5. Examinadas las facultades dispositivas que tiene el *dominus*, tanto sobre la cosa como sobre una parte ideal de la misma, es momento de profundizar en esta regla interpretativa, empleada frecuentemente en la práctica forense. Se trata de una adaptación castellana de diversas *regulae* presentes en las fuentes romanas, concretamente en los siguientes pasajes: D. 50.17.21 (Ulp. 27 *ad Sab.*): *Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere*; D. 50.17.110 pr. (Paul. 6 *ad ed.*): *In eo, quod plus sit, semper inest et minus*.

A pesar de las vacilaciones iniciales a la hora de considerar como principio general del derecho ambas *regulae*, su admisión ha sido acogida por la propia jurisprudencia moderna<sup>124</sup>. Muchas veces se le considera verdadero principio general del derecho, aunque en otras ocasiones, se le designa como regla interpretativa o argumento lógico *a fortiori*. En efecto, Kalinowski señala cómo «el *argumentum a maiore ad minus* consiste en tener por ordenado o permitido, de manera explícita, que se haga algo menor de lo que está ordenado o permitido *expressis verbis*»<sup>125</sup>, con la consecuencia de que se provoca con ello una interpretación extensiva del derecho, que es, en definitiva, la función que se confiere en un ordenamiento jurídico al instituto de la analogía. También Backhaus habla de un «*augenfällige Verwandtschaft*» entre el principio *in maiore minus inest* y la conexión lógica que proporciona la regla del *argumentum a maiore ad minus*<sup>126</sup>. En este sentido, señala que «*sicherlich trifft zu, daß, in maiore minus est eine besondere Form des Argumentierens a fortiori darstellt und seine Anwendung daher zur Entscheidungsfindung durch induktives Schließen zu rechnen ist*». En todo caso, aunque tal regla interpretativa alcanza su aplicación en el campo jurídico no es en él donde surge, sino en el seno de otras disciplinas como la matemática, la dialéctica o la retórica<sup>127</sup>.

Rechaza Chico<sup>128</sup> que este principio permita la hipoteca de una parte indivisa indeterminada de una finca, admitiendo, sin embargo, que pueda hipotecarse esta cuota cuando se haya producido su determinación anticipada. Esta distinción que hace el autor entre lo que es cuota indeterminada y cuota determinada me parece anómala y ajena al concepto mismo de cuota ideal, que únicamente puede concretarse aritméticamente mientras subsista la comunidad y no haya sido instada la división de la cosa, con la consiguiente adjudicación a cada copropietario de una parte material y concreta del bien anteriormente dividido, que viene a constituir ahora un bien distinto con entidad propia y diferenciada respecto de las demás partes resultantes de la división<sup>129</sup>. Conviene reproducir en este punto de nuevo las palabras de Quinto Mucio Escévola contenidas en: D. 50.16.25.1 (Paul. 21 *ad ed.*): *Partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse*.

363. <sup>124</sup> REINOSO, *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid 1988) 253 ss. <sup>125</sup> KALINOWSKI, citado por GARCÍA MAYNEZ, *Lógica del raciocinio jurídico* (México 1964) 160 nt. 11. <sup>126</sup> BACKHAUS, *In maiore minus est*, en ZSS. 100 (1983) 139 y 142. <sup>127</sup> STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims* (Edinburgh 1966) 123 y BACKHAUS, *In maiore minus inest* cit. 137 y 140 ss. <sup>128</sup> CHICO, *La calificación* cit. 92. <sup>129</sup> BEHREND, *Le due giurisprudenze* cit. 205.

Incluso, el concepto de *pars pro diviso* viene recogido en el siguiente pasaje, del que resulta que «il diritto di proprietà in quanto tale presuppone l'esistenza di un oggetto autonomo e nettamente individuato nella sua indipendenza da ogni altro»<sup>130</sup>: D. 8.4.6.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Si quis partem aedium tradet vel partem fundi, non potest servitutem imponere, quia per partes servitus imponi non potest, sed nec acquiri. Plane si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus. Quod et in aedibus potest dici, si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas dividerit, ut plerique faciunt: nam et hic pro duabus domibus accipi debet*.

Sí compartimos, por otro lado, las conclusiones de Chico: «la mitad indivisa de una finca... es un elemento jurídico apto para la garantía ... El incumplimiento del préstamo o crédito da lugar, en virtud de los mecanismos ejecutivos, a que salga a subasta no la totalidad de la finca, sino la mitad indivisa de ella y el rematante de la misma pasará a ocupar el lugar del antiguo condominio: el rematante adquirirá la categoría de comunero»<sup>131</sup>.

Critica Chico, asimismo, la admisión de la hipoteca sobre el usufructo efectuada por el dueño pleno de una finca, argumentando que debe ser anterior la propia constitución del derecho de usufructo, pero no veo inconveniente en que dicha constitución pueda surgir del trámite de la ejecución hipotecaria en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, sin olvidar las coacciones del Pretor para el deudor hipotecante que, con posterioridad, se negase a cumplir las formalidades exigidas por el *ius civile* para la constitución de tal derecho real. Con ello, se satisface el interés del dueño de constituir garantía por un valor inferior al del pleno dominio, y el del adjudicatario en la ejecución, convertido en usufructuario si no llega a cumplirse la obligación principal. Señala Chico que admitir la hipoteca del derecho de usufructo supondría también admitir la posibilidad de hipotecar otras facultades del *dominus* como son las de abusar, poseer, disponer, vindicar y otras. Compartimos con el autor que la admisión de algunas de estas modalidades puede llegar a ser surrealista y ello se ve claramente cuando se materializa la ejecución hipotecaria de tales garantías. Nos encontraríamos, así, que la sentencia permitiría al rematante abusar, poseer, disponer o vindicar y, por ello, la admisión o el rechazo debe explicarse caso por caso.

El derecho de abusar de la cosa carece de interés económico para el acreedor hipotecario y nulas expectativas de reembolso del crédito impagado le proporciona, aparte de que el abuso no deja de ser una «peculiar forma de uso», incompatible con el «verdadero uso» y que puede concluir en un verdadero acto de disposición, si ello entraña la desaparición de la cosa.

De igual modo, la defensa real del dominio en que consiste la vindicación no puede atribuirse a un tercero sin que éste adquiera paralelamente la condición de

<sup>130</sup> BISCARDI, *Sul regime della comproprietà in diritto attico*, en *Studi Paoli* (Firenze 1955) 116 nt. 5. <sup>131</sup> CHICO, *La calificación* cit. 92. He obviado, en la reproducción de la opinión del autor, aquellos aspectos que se refieren al ordenamiento hipotecario actual, pues por ellos no me encuentro condicionado a la búsqueda de una solución

dueño, pues no podemos desgajar los aspectos sustantivos y adjetivos de una misma relación jurídica real sin llegar al absurdo. De ahí la admisión de la *actio negatoria* entre condueños. Así resulta del brocardo extraído de Dino de Mugello: *actio in rem transfertur translato dominio*<sup>132</sup>. Sería como reconocer la existencia de acciones procesales hipotecadas y su ejecución conduciría al anómalo resultado de que la defensa procesal de la cosa correspondería a quien no es dueño de ella, aunque este resultado, en derecho español actual, queda amparado desde el momento en que cualquiera que afirme ser titular de una relación jurídico-real puede ejercitar una acción, esto es, cualquiera puede discutir procesalmente sobre los derechos que eventualmente puede tener sobre una cosa, lo cual es distinto del derecho a obtener una sentencia favorable, algo que, inevitablemente, debe conducirse al fondo de la relación material que sobre la cosa tenga el actor.

Las situaciones de hecho que sobre una cosa pueden tenerse, en tanto no lleven aparejada una titularidad jurídica, no pueden ser hipotecadas: sería ilógico permitir constituir derechos (como el de garantía) sobre situaciones de hecho como la posesión.

En cambio, nada se opone a la hipoteca de la facultad de disponer, que no es otra que la hipoteca de la nuda propiedad, siendo precisamente la ejecución hipotecaria la que convertiría al antiguo *dominus* en un simple usufructuario. Por idénticas razones, vemos perfectamente admisible la hipoteca del usufructo, siendo el propio título creador de tal derecho una modalidad de *ius distrabendi*, que no es incompatible con el carácter intransmisible de este derecho desde el momento de su nacimiento. No debemos olvidar que la función de la hipoteca es la de garantizar un crédito de cualquier naturaleza y cualquier elemento patrimonial es susceptible, en tanto lo permita su propia entidad económica y naturaleza jurídica, de ser hipotecado, dentro de una concepción dirigida a permitir la constitución de garantía sobre aquello que no sea susceptible de un traspaso posesorio. Y esta extensión de la naturaleza del objeto hipotecado se hace posible con la idea del *pignus conventum*.

Por tanto, el silencio que nuestro legislador guarda sobre la posibilidad de hipotecar una cuota por parte del pleno propietario puede ser perfectamente superado por la existencia del principio general del derecho «el que puede lo más puede lo menos». Su valor como regla interpretativa, de aplicación supletoria en defecto de ley o costumbre, entendemos que está fuera de toda duda, pues «son (estos principios) los únicos capaces de garantizar la respuesta jurídica a cualquier caso que se plantee»<sup>133</sup>.

ALEJANDRO VALIÑO

desde el Derecho Romano. <sup>132</sup> DINO DE MUGELLO, *Commentarius in regulas iuris pontificii* r. 36,20 (Lyon 1545), citado por MANS, *Los principios generales del derecho: repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de justicia* (Barcelona 1979) 162. <sup>133</sup> REINOSO, *España y el derecho romano actual*, en *Labeo* 32 (1986) 312.

## SOMMARIO DEL PRIMO FASCICOLO

Gennaio - Aprile 2002

REDAZIONALE	Labeo,	5
ANTONIO MANTELLO	Ancora sulle smanie 'romanistiche',	7
OSCAR PAPERI	Considerazioni sull'origine del «procurator ad litem»,	37

### PUNTI DI VISTA

ALEJANDRO VALIÑO	La facultad de hipotecar en el condominio romano,	72
LUCIO PARENTI	«Lex Publilia de sponsu» e «Lex Poetelia Papiria de nexis»: un'ipotesi di connessione,	104
FRANCISCO JAVIER CASINOS-MORA	«Auctoritas» in P.S. 2.17.1-3,	110

### LETTURE

LUIGI GAROFALO	La calunnia in Roma antica,	121
ARMANDO TORRENT	Sul diritto penale matrimoniale,	127
NUNZIA DONADIO	La produzione normativa dei tetrarchi,	131
CARLO BUONAURO	La responsabilità dei magistrati,	138
AUTORI VARI	Tagliacarte,	146

### CRONACHE

La provincia d'Asia tra istituzioni e politica (B. TISE), 152 – Il diritto: scoperta e creazione (M. SCOGNAMIGLIO), 155 – Tempora e mores: i libri universitari (V. GIUFFRÈ), 158 – Auto-identificazione: Roma e Cartagine (V. GIUFFRÈ), 159 – Asterischi, 159

### SCHEDARIO

Indice per soggetti delle pubblicazioni pervenute durante l'anno in corso, 161.