



## Trabajo Fin de Grado

*Communi dividundo* en el Código de Justiniano:  
C.3.37. Su paralelo en el Código Civil.

Autor

JORGE NAYAS CARDALLIAGUET

Director

D. JESÚS FRECHILLA IBÁÑEZ DE GARAYO

FACULTAD DE DERECHO  
2014

## ÍNDICE

	PÁGINAS
<b>I. - PROOEMIUM</b>	3
1. - CONCEPTO.....	3
2. - TEORÍAS EN TORNO AL CONDOMINIO.....	4
2.1. - Teoría de la división ideal de la cosa	
2.2. - Teoría de la división del derecho	
2.3. - Teoría de la indivisión del derecho y de la cosa	
2.4. - Teoría de la persona jurídica	
2.5. - Teoría de la propiedad de la colectividad	
2.6. - Teoría de la exclusión de la propiedad	
3. - ORIGEN.....	6
4. - EVOLUCIÓN.....	8
4.1. - Derecho arcaico	
4.2. - Derecho clásico	
4.3. - Derecho justinianeo	
5. - SUJETOS.....	15
5.1. - Copropietarios	
5.2. - Otros sujetos	
A). - <i>Proprietario bonitario</i>	
B). - <i>Vectigalista</i>	
C). - <i>Iusta causa possessor</i>	
D). - <i>Acreedor pignoraticio</i>	
E). - <i>Missio in possessionem ex secundo decreto</i>	
F). - <i>Titulares de derechos</i>	
G). - <i>Poseedores naturales</i>	
6. - FÓRMULA.....	19
6.1. - La Fórmula	
6.2. - <i>Demonstratio</i>	
6.3. - <i>Adiudicatio</i>	
6.4. - <i>Intentio</i>	
6.5. - <i>Condemnatio</i>	
7. - OBJETO.....	21
7.1. - División	
7.2. - Daños	

7.3. - Gastos	
7.4. - Frutos	
<b>II. - <i>COMMUNI DIVIDUNDO</i> EN EL CÓDIGO DE JUSTINIANO: C.3.37</b>	
1. - NOTAS GENERALES.....	24
2. - FACTORES CONTEXTUALES.....	25
2.1. - <i>Sedes materiae</i>	
2.2. - <i>Inscriptio</i>	
A). - <i>Firmantes</i>	
B). - <i>Destinatarios</i>	
2.3. - <i>Subscriptio</i>	
2.4. - Transmisión	
3. - C.3.37.1.....	28
4. - C.3.37.2.....	35
5. - C.3.37.3.....	43
6. - C.3.37.4.....	47
7. - C.3.37.5.....	55
<b>III. - LA “<i>ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO</i>” EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL</b>	
1. - PARALELISMO.....	57
<b>IV. - CONCLUSIONES</b>	
<b>V. - ABREVIATURAS</b>	
<b>VI. - BIBLIOGRAFÍA CITADA</b>	
	60
	62
	64
	65

## I. - PROOEMIUM

### 1. - CONCEPTO

Para comprender la *actio*, se hace necesario primero dar unas pequeñas pinceladas acerca de la institución del condominio.

“Il condominio o la comproprietà è il più travagliato istituto della teoria dei diritti reali nel suo regime positivo e nel suo concetto.”<sup>1</sup>

La palabra copropiedad es una palabra moderna, los romanos no tienen ninguna palabra para designar esa situación jurídica, simplemente hablan de *rem communem esse*, *rem communem habere*<sup>2</sup>, *rem plurium esse*.

Cada condómino tiene un derecho sobre la cosa que varía según en qué época nos situemos. Así mismo también cambian el contenido y finalidad de la *actio communi dividundo*<sup>3</sup> objeto de este trabajo.

---

<sup>1</sup> BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, Milán, 1968, Vol. 2, 3.

<sup>2</sup> VCI 649; VI 40; VIR 1.4, 830; HS 82.

<sup>3</sup> VCI 873, C.3.37; C.3.37.1; C.3.37.4.2; C.3.38; C.3.38.9; C.4.52.3; C.5.23.2; C.7.34.3 [2]; C.7. 40.1.1.d). VII 69: I.3.27.3; I.4.6.20; I.4.6.28: I.4.17.5.

VIR 1.4, 830-831; *Actio comuni dividundo*: D.10.3.25 Iul 12dig; D.2.1.11.2 Gayo 1ed prov; D.10.3.28 Pap 7quaest; D.6.1.5pr. Ulp 16ed; D.10.2.16.6 Ulp 19ed; D.10.3.23 Ulp 32ed (2); D.15.1.19.2 Ulp 29ed; D.44.7.37.1 Ulp 4ed; D.4.9.6.1 Pau 22ed; D.6.1.4 Pau 21ed (2); D.8.2.26 Pau 15sab; D.10.3.8.4 Pau 23ed; D.14.3.14 Pau 4plaut (3); D.26.1.4pr. Pau 8sab; D.39.3.11.2 Pau 49ed (2); Fórmula: EU.19.16 (HERNÁNDEZ TEJERO, F, *Reglas de Ulpiano*, Madrid 1946); *Iudicium communi dividundo*: D.10.1.10 Iul 51dig; D.10.3.5 Iul 2 ad urs. ferocem; D.10.3.24pr. Iul 8dig; D.43.20.4 Iul 41dig (*utile*); D.10.2.47pr. Pomp 21sab; D.10.3.20 Pomp 13sab; D.10.3.9 Afr 7quaest (*utile*); D.44.1.18 Afr 9quaest (*agere*); D.5.1.13 Gayo 7ed prov; D.7.1.6.1 Gayo 7ed prov; D.10.3.2pr. Gayo 7ed prov; D.10.3.2.1 Gayo 7ed prov; D.10.3.11 Gayo 7ed prov (*utile*); D.15.1.27.8 Gayo 9 ed prov; D.17.2.34 Gai 10ed prov (*agere*); D.39.2.32 Gai 28 ed prov (2); D.41.1.45 Gai 7 ed prov; D.45.3.28.1 Gai 3verb (*agere*); D.41.3.17 Marcellus 17dig; D.10.3.30 Scaeui 1resp (*agit*); D.3.3.15.1 Ulp 8ed; D.7.1.13.3 Ulp 18sab (*quasi*); D.9.4.8 Ulp 37ed (3); D.10.2.55 Ulp 2ed (*agatur*); D.10.3.3pr. Ulp 30sab; D.10.3.4.1 Ulp 19ed (*agit*); D.10.3.4.3 Ulp 19ed (2); D.10.3.4.4 Ulp 19ed; D.10.3.6pr. Ulp 19ed (*utile*); D.10.3.6.1 Ulp 19ed; D.10.3.6.2 Ulp 19ed (3); D.10.3.6.3 Ulp 19ed; D.10.3.6.7 Ulp 19ed; D.10.3.6.8 Ulp 19ed (2); D.10.3.6.9 Ulp 19ed; D.10.3.7pr. Ulp 20ed; D.10.3.7.2 Ulp 20ed; D.10.3.7.3 Ulp 20ed (*utile*); D.10.3.7.6 Ulp 20ed (*utile*); D.10.3.7.10 Ulp 20ed (*agitur*); D.10.3.7.13 Ulp 20ed; D.10.3.12 Ulp 71ed (*agendum*); D.10.3.13 Ulp 75ed; D.10.3.23 Ulp 32ed; D.13.1.12.1 Ulp 38ed (2); D.14.3.13.2 Ulp 28ed; D.19.1.13.17 Vlp 32ed; D.39.1.3.1 Ulp 52ed; D.39.2.15.19 Ulp 53ed; D.42.4.3pr. Ulp 59ed; D.43.18.1.8 Ulp 70ed (*utile*); D.3.5.39 (40) Pau 10sab; D.9.4.17pr. Pau 22ed; D.9.4.19pr. Pau 22ed; D.10.3.1 Pau 23ed (2); D.10.3.8.1 Pau 23ed; D.10.3.10.1 Pau 23ed; D.10.3.10.2 Pau 23ed; D.10.3.14.1 Pau 3 plaut (*agetur*); D.10.3.14.1 Pau 3 plaut (*bonae fidei*); D.10.3.19pr. Pau 6sab (2); D.10.3.19.4 Pau 6sab (3); D.10.3.29pr. Pau 2quaest; D.10.3.29pr. Pau 2quaest (*utile*); D.14.3.14 Pau 4plaut; D.17.2.17pr. Pav 6sab; D.17.2.65.13 Pav 32ed; D.44.7.46 Pau 7plaut; D.45.3.32 Pau 9 plaut (*utili agi*); FV.47.a (*legitimo*) D'ORS-CASTRESANA, *Fragmentos Vaticanos*, Madrid 1988; D.4.7.12 Marci 14 inst (3; *si agere velit*); D.10.3.17 Mod 9reg; *Actione vel iudicio: idem et in communi dividundo agere*: D.10.2.21 Pau 23ed; *Communi dividundo agere*: D.9.4.41 Iul 2 ad urs. ferocem; D.10.1.9 Iul 8dig; D.10.2.52pr. Iul 2 ad urs. ferocem; D.10.2.52.3 Iul 2 ad urs. ferocem; D.10.3.24.1 Iul 8dig (2); D.44.2.8 Iul 51dig; D.11.2.1 Pomp 13sab; D.21.2.34.1 Pomp 27sab; D.47.2.62(61)pr Afr 8quaest; D.17.2.34 Gai 10ed prov; G.4.42; D.49.17.18.2 Maecenatus 1 fideic; D.23.3.78.4 Trif 11disp; D.6.1.5.1 Ulp 16ed; D.9.4.8 Ulp 37ed; D.10.2.20.4 Ulp 19ed; D.10.3.4.2 Ulp 19ed; D.10.3.6.9 Ulp 19ed; D.17.2.43 Ulp 28ed; D.19.1.13.17 Vlp 32ed; D.6.1.4 Pau 21ed; D.10.2.44pr. Pau 6sab; D.10.2.44.1 Pau 6sab; D.10.2.44.4 Pau 6sab; D.10.2.48 Pau 12sab;

## 2. - TEORÍAS EN TORNO AL CONDOMINIO

No es propio de la mentalidad romana crear teorías conceptuales para explicar las situaciones jurídicas en las que se desenvuelven, simplemente toman en consideración los problemas que van surgiendo en el desarrollo de la vida cotidiana y les dan solución práctica<sup>4</sup>.

Puede resumirse las teorías modernas que tratan de explicar el condominio de la siguiente manera<sup>5</sup>:

### 2.1. - Teoría de la división ideal de la cosa

Se entiende que existe un concurso de varios derechos de propiedad y de varios titulares. Este derecho de propiedad no recae sobre toda la cosa, sino que tiene por objeto una parte de la misma. No una parte material o corporal, sino una parte ideal o intelectual.

La *pars* es precisamente el objeto del derecho que poseen los condóminos.

### 2.2. - Teoría de la división del derecho

Algunos autores hablan aquí de división del mismo derecho de propiedad, otros, de división del contenido de este derecho. Lo fundamental de esta teoría es que el derecho de propiedad aparece fragmentado entre los diferentes condóminos, en otras palabras, sobre la cosa recaen varios derechos de propiedad. El objeto de estos derechos es la cosa en sí misma.

### 2.3. - Teoría de la indivisión del derecho y de la cosa

Esta teoría afirma que la propiedad entera e indivisa, recae sobre cada uno de los condóminos. Existe un solo derecho de propiedad del que son titulares todos los condóminos, por lo tanto se hace necesario que el ejercicio de este derecho por parte de cada condómino esté limitado por la concurrencia de los demás condóminos. (*ius prohibendi*, consenso).

---

D.10.3.8.1 Pau 23ed; D.10.3.14.3 Pau 3 plaut; D.10.3.15 Pau 5 plaut; D.10.3.19.2 Pau 6sab; D.10.3.29.1 Pau 2quaest; D.39.3.11.2 Pau 49ed; D.17.2.38.1 Pav 6sab; D.11.7.2.1 Ulp 25ed; *Experiri*: D.7.9.10 Pau 40ed (2); *Praestare damnum*: D.19.2.35.1 Afr 8qvaest (*teneri*); D.11.3.9pr Ulp 23ed; *Arbiter*: D.10.3.26 Alf 2dig; D.33.2.31 Labeo 2post; D.33.3.4 Iav 9epist; D.10.3.6.8 Ulp 19ed; D.39.1.3.2 Ulp 52ed; D.10.3.19.1 Pau 6sab; D.39.3.11.1 Pau 49ed; D.10.2.30 Mod 6resp; *Iudex*: D.10.3.3.1 Ulp 30sab; D.7.9.10 Pau 40ed; D.3.3.42.6 Pau 8ed (*agatur*); D.10.3.8.2 Pau 23ed; D.10.3.19.3 Pau 6sab. MOMMSEN, Th, *Digesta Iustiniani Augusti*, Berlín, 1962.

HS 155.

<sup>4</sup> DAZA, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 2001, p. 223. citando a BONFANTE. VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1988, p. 306 n2.

<sup>5</sup> BONFANTE, *Corso* 5-10; DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones*, 223; VOLTERRA, *Istituzioni* 306n2 (citando BONFANTE).

Según BONFANTE, es esta teoría la que cuenta con un mayor número de seguidores influyentes, (WINDSCHEID, STEINLECHNER, EISELE, BRINZ, CZYHLARZ, JHERING). Se la conoce como “Teoría de propiedad única e integral”, si bien es cierto que existen divergencias a la hora de determinar cómo se distribuye las cuotas entre los condóminos. Es esta la teoría considerada más correcta.

#### 2.4. - Teoría de la persona jurídica

Opina BONFANTE que esta teoría no se corresponde de ningún modo con la mentalidad romana. Según esta teoría el objeto del condominio sería una persona jurídica a quien pertenece el derecho de propiedad sobre toda la cosa.

#### 2.5. - Teoría de la propiedad de la colectividad

Son los condóminos en su conjunto quienes poseen el derecho de propiedad sobre la cosa, además cada condómino poseería también un derecho sobre la misma pero limitado. En cambio LUZZATTO niega la existencia de este último derecho de cada condómino. La cuota simplemente expresa la participación de cada condómino en la colectividad (que es la que posee el derecho).

#### 2.6. - Teoría de la exclusión de la propiedad

PEROZZI<sup>6</sup> afirma que en el condominio es cierto que existen una serie de poderes que tienen los condóminos sobre la cosa (por ejemplo al goce de la misma), pero éstos son distintos al derecho de propiedad, que aparece aquí excluido. Los defensores de esta teoría consideran que la propiedad en Roma tiene carácter exclusivo.

“Questa esposizione sommaria delle dottrine già per sé stessa dimostra tra quali scogli si navighi nel nostro istituto e in che territorii nebulosi e dai confini incerti si perda la speculazione”<sup>7</sup>.

BONFANTE es poco partidario de enrevesadas construcciones teóricas para explicar la institución del condominio. Los romanos tampoco se entretenían en esto.

---

<sup>6</sup> PEROZZI, S, *Istituzioni di Diritto romano* Vol. 1 §99 745 n1.

<sup>7</sup> BONFANTE, *Corso* p10.

## 3. - ORIGEN

Conocemos el origen de esta *actio* a través de las *Institutiones* de GAYO<sup>8</sup>.

## G.4.17.a

*Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. Eaque res talis fere erat. Qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILA SESTERTIORUM DARE OPORTERE AIO: ID POSTULO AIAS AN NEGES. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, TE PRAETOR IUDICEM SIVE ARBITRUM POSTULO UTI DES. Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. Item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. Idem fecit lex Licinna, si de aliqua re communi dividenda ageretur. Itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur*

Se litigaba mediante la Acción de Ley por petición de juez si la Ley facultaba a utilizar esta categoría, como hace la Ley de las XII TABLAS cuando se reclama lo que se debe en virtud de una estipulación. Se procedía de esta manera: el demandante manifestaba: AFIRMO QUE ME DEBES DAR 10.000 SESTERCIOS, EN VIRTUD DE UNA PROMESA SOLEMNE. TE INSTO A QUE DIGAS SI ES O NO CIERTO. El adversario replicaba que no era verdad; y el actor decía a su vez: PUESTO QUE LO NIEGAS, A TI, PRETOR, TE RUEGO QUE NOMBRES UN JUEZ O UN ÁRBITRO. Así, pues, en esta clase de acción podía uno oponerse sin aventurarse a una pena. Previó también la misma Ley que para dividir la herencia se acudiese a esta petición de juez. Lo mismo hizo la Ley Licinia cuando se pretendiera dividir una cosa en común. Por consiguiente, tan pronto se planteaba la causa por la que se litigaba, se pedía de inmediato la designación de un árbitro

Para la decisión de las controversias en el ámbito de la *Legis actio per iudicis arbitriva postulationem* se designaba un Juez o un Árbitro. Se discute cuándo se daba uno u otro. Es posible que se nombrara juez en los casos de *sponsio*; se nombraría árbitro para los juicios divisorios (*finium regundorum*, *familiae [h]erciscundae*, *communi dividundo*). En estos últimos no hay propiamente una auténtica controversia entre dos partes, en que una tenga la razón y la otra, no. El árbitro debía tener un amplio margen discrecional para asignar a cada uno lo que le correspondiera en la división. De ahí que se pueda suponer, con algún fundamento, que fuera éste el caso originario para el que surgió este *modus agendi*. En esta acción de Ley era necesario expresar la causa.

Los juicios divisorios tienen su origen en las XII TABLAS; el relativo a la división de la cosa común fue regulado con posterioridad por una *Lex Licinia* de fecha incierta<sup>9</sup> con base en un texto de MARCIANO<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Papiro de Antinoe (1933) que completa el Palimpsesto de Verona. Se ha afirmado que las XII TABLAS hicieron ingresar las *obligationes* en la esfera del *Ius*, puesto que serían ajenas al antiguo *Ius Quiritum*. Se trataba de un *modus agendi* mucho más progresivo y que presentaba notables ventajas frente al de la *Legis actio sacramento*. Esta acción de Ley se aplicaba, entre otros, a los siguientes casos: 1) A los casos en que había una promesa solemne (*Sponsio/Stipulatio*) de pagar cantidad de dinero (T.2.1b; T.6.2). 2) Al supuesto de división de la herencia (*Familiae [h]erciscundae*, T.5.10). 3) Para llevar a cabo la división de la cosa que los copropietarios tenían en común (*Communi dividundo*). 4) También por esta acción se dirimían las controversias sobre los límites de los fundos (*Finium regundorum*, T.7.4); se entiende que estas controversias no podrían surgir sobre los *agri limitati* (que habían fijado sus límites por el rito religioso, poco conocido, de la *limitatio*, que entrañaba, posiblemente, la consagración de los límites y del espacio intermedio entre las fincas, el *iter limitare*, al dios *Terminus*), sino sólo sobre los *agri arcifinii*, que no habían sido objeto de la *limitatio*. 5) Es discutible si se utilizaba para la demolición de las obras realizadas en el fundo superior, obras que llevaban a desalojar diferente cantidad de agua en los fundos inferiores que la que sería desalojada de forma natural (*Pluviae arcendae* T.7.8). 6) También se utilizaba para estimar en dinero el valor de un objeto (*certa res*) o de un *incertum* (*Arbitrium litis aestimandae*).

<sup>9</sup> D.4.7.12. ROTONDI G. *Leges publicae populi romani*, Hildesheim 1962, 481. HAENEL, G, *Corpus legum ab imperatoribus romanis ante iustinianum latarum* Lipsia 1857, 39 la fecha el 27aC y la atribuye a los cónsules MARCO

#### D.4.7.12 Marci 14 inst.

*Si quis iudicii communi diuidundo euitandi causa rem alienauerit, ex lege licinia ei interdicitur, ne communi diuidundo iudicio experiatur: uerbi gratia ut potentior emptor per licitationem uilius eam accipiat et per hoc iterum ipse recipiat. Sed ipse quidem qui partem alienauerit communi diuidundo iudicio si agere uelit, non audietur: is uero qui emit si experiri uelit, ex illa parte edicti uetatur, qua cauetur, ne qua alienatio iudicij mutandi causa fiat*

Si para evitar el juicio de división de una cosa común hubiere alguien enajenado dicha cosa, se le prohíbe por la Ley Licinia que reclame por la acción de división de lo común; por ejemplo, para que un comprador más poderoso la adquiera por licitación a más bajo precio, y por este medio la vuelva a recobrar él mismo. Pero, a la verdad, el mismo que hubiere enajenado una parte si quisiese ejercitar la acción de división de lo común, no será oido. Mas, al que la compró, si quisiera ejercitar la acción, se le veda en virtud de aquella parte del Edicto en que se dispone que no se haga enajenación alguna con el objeto de introducir variación en el juicio

Los romanos no entendían el condominio como una situación permanente y por ello permitían que en cualquier momento se pudiese dividir ejercitando bien la *actio communi dividundo* bien la *actio familiae (h)erciscundae* (esta última para el caso de consorcio familiar)<sup>11</sup>.

Así se reconoce en numerosas fuentes, como en C.3.37.5.

A estas dos acciones se equipara también la *actio finium regundorum*, para delimitar fincas contiguas sobre cuyos límites existe controversia.

De estas tres acciones, la más antigua es la *actio finium regundorum*, posteriormente se creó la *actio familiae (h)erciscundae* y por último la *actio communi dividundo*. Cada acción tenía un objeto distinto, cada una servía para dividir un tipo de comunidad diferente<sup>12</sup>.

Tal y como indica FERNÁNDEZ BARREIRO, la *actio communi dividundo* y la *actio familiae (h)erciscundae*, sustituyeron a la *legis actio per iucidis arbitriva postulationem* para dividir la cosa común<sup>13</sup>.

---

LICINIO CRASO FRUGI y LUCIO CALPURNO PISÓN. Para VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte* 1 1892 806n5 se trata de un capítulo de la *Lex Licinia de sodaliciis* en cuanto que en D.4.7.12 la división se refería al patrimonio común de la *sodalitas*.

<sup>10</sup> DE ROBERTIS, F, *Situazioni condominiali e disponibilità dell'intiero: il richiamo alla «lex Licinia»* in D.4.7.12 *Studi Grosso*, 5 1972 113-136.

<sup>11</sup> D'ORS *Derecho privado romano*, Pamplona, 1981, §184 p246."Es natural que este régimen de comunidad *pro indiviso* pueda resultar difícil de sobrellevar, y por eso el condominio es esencialmente divisible: cada titular puede solicitar en cualquier momento la acción divisoria (*a. communi dividundo* o *a. familiae (h)erciscundae*), para poner fin a la situación de copropiedad."; FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *Fundamentos de Derecho privado romano*, Madrid, 2011, §35, 201: "... este régimen jurídico solidario de la situación de copropiedad está en relación con la solidaridad moral que preside la vida misma de la relación de copropiedad y, en consecuencia, su posible quiebra exige el reconocimiento a cada condómino del derecho a pedir en cualquier momento la cesación de la comunidad..."; según JÖRS-KUNKEL *Derecho privado romano*, Barcelona-Madrid, 1937, §67: "... el concepto de la propiedad mancomunada, característico del derecho germano (véase la nota 7) fue extraño al pensamiento romano, y otro tanto ocurrió con el de la propiedad dividida.". Nota 7: En esto estriba la diferencia de la copropiedad romana con la propiedad mancomunada (*Eigentum zur gesamten Hand*), en la cual los copropietarios no pueden disponer sobre su parte ni pedir la división. Cfs. BGB artículos 719 y 1442.

<sup>12</sup> MAYNZ, K., *Curso de derecho romano*, Valencia, 1982, §278, 538.

<sup>13</sup> FREZZA, P, *Actio communi dividundo*, RISG 1, 1931, 6; FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *Fundamentos* §35, 204; SAMPER, F, *Derecho romano*, Santander 1983, 157.

PANERO<sup>14</sup> resume la evolución de la *actio finium regundorum* a lo largo de todo el Derecho romano, perfectamente equiparable a la evolución de la *a. c. d.*

#### 4. - EVOLUCIÓN<sup>15</sup>

##### 4.1. - Derecho arcaico

La primeras situaciones de condominio, se daban en el conjunto formado por los hermanos que heredan bienes del padre, donde todos son propietarios de todo de forma solidaria (*consortium inter fratres*). De esta manera si uno de los condóminos manumitía un esclavo común, éste se hacía libre, o si vendía bienes del patrimonio común, éstos pasaban a ser propiedad del comprador en su plenitud<sup>16</sup>.

El origen de la comunidad podía ser voluntario o incidental (*communio incidens*)<sup>17</sup>. En G.2.72<sup>18</sup> se recoge un claro ejemplo de comunidad incidental.

Como limitación a esa amplísima capacidad para disponer de toda la cosa, existe como limitación el veto de los demás condóminos.

<sup>14</sup> PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia, 370 n.56 “Su origen se remonta a las XII TABLAS y su evolución puede resumirse así: a) en el procedimiento de las *legis actiones* se ejercitaba a través de la *legis actio per iudicis arbitrio postulationem*; b) en el procedimiento formulario, la fórmula contiene la correspondiente *adiudicatio* y c) con JUSTINIANO tiene carácter de acción mixta - *tam in rem quam in personam -*”.

<sup>15</sup> BERGER, A, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen*, Weimar 1912 26-93.

<sup>16</sup> G.3.154.a: *Est autem aliud genus societatis proprium ciuium Romanorum. olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diuso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem diuidere est: unde caedere et secare [et diuidere] dicimus* (Sin embargo, hay otra clase de sociedad propia de los ciudadanos romanos. Pues antiguamente, cuando el *pater* familias moría, había entre sus herederos una cierta sociedad legítima y natural a la vez, que se llamaba *[h]ercto non cito*, esto es, de dominio no dividido, pues *[h]erctum* es el dominio, y de ahí que se llame *[h]erus* al propietario; y *ciere* es dividir, de donde decimos *caedere* por cortar [y dividir]). G.3.154b: *Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. in hac autem societate fratrum ceterorumue, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, [unus] quod uel unus ex sociis communem seruum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat* (También otras personas que querían tener esta clase de sociedad podían conseguirlo ante el *Pretor* mediante cierta actuación determinada por la Ley. Era peculiar en esta sociedad de hermanos o de otras personas que a semejanza de los hermanos constituían la sociedad, que al manumitir uno de los socios al esclavo común, lo hacía libre y procuraba a todos un liberto. También cuando uno realizaba la *mancipatio* de una cosa común la hacía propiedad de quien la recibía por virtud de la *mancipatio*).

<sup>17</sup> GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire de Droit romain*, París, 1929, Vol 3.2 667.

<sup>18</sup> *At si in medio flvmine insyla nata sit, haec eorum omnivm communis est, qvi ab vtraqve parte flvminis prope ripam praedia possident; si vero non sit in medio flvmine, ad eos pertinet, qvi ab ea parte, qvae proxima est, ivxta ripam praedia habent* (Pero si surge una isla en medio del río, ésta es común a todos los que tienen predios a uno y otro lado del río junto a la orilla; si, por el contrario, no surge en medio del río, pertenece a aquellos que tienen predios junto a la orilla en el lado que esté más próximo).

#### 4.2. - Derecho clásico

La mentalidad romana en la época clásica difiere mucho de esta concepción inicial del condominio. Así, en esta etapa, existe un único derecho de propiedad sobre la cosa que recae sobre todos los condóminos<sup>19</sup>, si bien éstos tienen la titularidad plena sobre una parte ideal del mismo, la cual pueden enajenar o gravar; en definitiva, pueden disponer de ella tanto jurídica como materialmente de forma libre<sup>20</sup>. “La participación se fija por cuotas, es decir, por porciones ideales definidas, de que cada cual puede libremente disponer”<sup>21</sup>.

Esa parte ideal no se puede materializar en una parte concreta de la cosa hasta que no se haya realizado la división, como se desprende de D.20.6.7.4<sup>22</sup>. Cuando un condeño hipoteca su parte y, posteriormente se divide la cosa, al no poderse determinar materialmente, qué era lo que le pertenecía y en consecuencia podía hipotecar la hipoteca gravará la mitad de lo obtenido por cada uno.

Con relación a su cuota, los condóminos podían obtener los frutos de la cosa<sup>23</sup> (es lo que se conoce como disposición material), que se repartían en función de la cuota que cada condómino poseía. La cuota también servía para determinar en qué cuantía debía contribuir cada condómino a la hora de afrontar los gastos comunes (mantenimiento, mejora). Si uno de los condóminos renuncia a su cuota, ésta automáticamente acrece a los demás condóminos, vestigio de esa consideración inicial de que en el condominio todos son dueños de todo. Este *ius ad crescendi* por renuncia de la cuota se mantiene a lo largo de todas las etapas del Derecho romano.

<sup>19</sup> DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones*, (siguiendo a BONFANTE). Ésta es la concepción del condominio según la teoría de la indivisión del derecho y de la cosa. FREZZA, P, *Actio communii dividundo*, 5.

<sup>20</sup> D'ORS *Derecho privado romano* §184 p245. FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *Fundamentos*, §35, 202. IGLESIAS, J, *Derecho romano. Historia e Instituciones*, Barcelona 1993, §63 p277. PANERO, R, *Derecho romano* 372.

<sup>21</sup> D.17.2.68pr. Gai 10ed prov: *Nemo ex sociis ^ sociis^ plvs parte sva potest alienare, etsi totorvm bonorvm socii sint* (Ninguno de los socios puede enajenar más que su parte, aunque sean socios de todos los bienes). C.3.38.4 D/M 290dC. SOHM, R, *Instituciones de Derecho privado romano. Historia y sistema*, Madrid 1928, 410.

<sup>22</sup> D.20.6.7.4 Gai 1.s. form hyp: *Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiuiso dederit hypothecae, diuisione facta cum socio non utique eam partem creditor obligatam esse, quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiuiso pro parte dimidia manebit obligata* (Ha de tenerse en cuenta que si alguien hubiere dado en hipoteca parte indivisa de una cosa común, hecha la división con el socio, no queda obligada al acreedor solamente aquella parte que obtuvo el que dio en prenda, sino que la parte indivisa de ambos permanecerá obligada por la mitad).

<sup>23</sup> D.22.1.25pr. Iul 7dig: *Qui scit fundum sibi cum alio communem esse, fructus, quos ex eo perceperit inuitio uel ignorante socio, non maiore ex parte suos facit quam ex qua dominus praedii est: nec refert, ipse an socius an uterque eos seuerit, quia omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur: et quemadmodum, si totum fundum alienum quis sciens possideat, nulla ex parte fructus suos faciet, quoquo modo sati fuerint, ita qui communem fundum possidet, non faciet suos fructus pro ea parte, qua fundus ad socium eius pertinebit* (El que sabe que tiene un fundo en común con otro, no hace suyos los frutos, que de él hubiere percibido contra la voluntad de su socio o ignorándolo éste, en una parte mayor que aquella en que es dueño del predio. Y no importa que él mismo, o su socio, o ambos, los hayan sembrado, porque todo fruto se percibe, no por derecho de la semilla, sino por derecho del suelo, y así como si alguno poseyera a sabiendas todo un fundo ajeno no hará suyos los frutos en ninguna porción, de cualquier modo que hubieren sido sembrados, así el que posee un fundo en común, no hará suyos los frutos en aquella parte en que el fundo pertenezca a su socio). La adquisición de los frutos se efectúa por *separatio* al igual que en la propiedad singular lo haría un dueño en exclusiva de un fundo; un ejemplo de por qué las teorías que excluyen la propiedad en el condominio (PEROZZI) carecen de base sólida.

Así mismo cada condómino podía ejercitar la *reivindicatio* sobre su cuota tanto si el alcance de ésta le era conocida como si la ignoraba<sup>24</sup>.

No podía, uno sólo, realizar actos que afectaran a la totalidad del derecho de propiedad, es decir, que excedieran de su cuota. De esta manera, no podía manumitir un esclavo común (si lo hacía se entendía que estaba renunciando a su cuota y ésta acrecía a los demás condóminos [*ius ad crescendi*]), como tampoco podían enajenar o gravar la cosa en su totalidad (constituir una prenda<sup>25</sup> o una servidumbre). Para la validez de estos actos se requiere el consentimiento de todos los condóminos<sup>26</sup>.

En lo referente al uso de la cosa, cada condómino podía usarla como si se tratase de un único propietario, ya que el uso es siempre solidario<sup>27</sup>, sin más límites que los propios de la naturaleza de la misma. Y deben garantizar el *usus* del resto de los comuneros. (*Diligentia quam suis rebus*).

El *ius prohibendi*<sup>28</sup>, piedra angular sobre la que gira el condominio en la etapa clásica, permitía que cualquiera de los demás condóminos impidiese a otro la realización de obras en la cosa sin el consentimiento de los demás, impedía en definitiva actos de abuso. Es frecuente la comparación del *ius prohibendi* con la *intercessio*, propia de algunas Magistraturas<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> G.4.54: *Illud satis appareat in incertis formulis plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur, sed QUIDQUID PARET aduersarium DARE FACERE OPORTERE intendatur, nemo potest plus intendere. idem iuris est, et si in rem incertae partis actio data sit, uelut talis: QUANTAM PARTEM PARET IN EO FUNDO, QUO DE AGITUR, actoris ESSE. quod genus actionis in paucissimis causis dari solet* (Es manifiesto que no cabe petición excesiva de las fórmulas inciertas, puesto que se excluye al no pedirse una cantidad cierta, sino TODO LO QUE el adversario DEBA DAR O HACER. La misma doctrina es aplicable cuando se trata de una acción real por parte incierta, como ésta: LA PARTE QUE EN ESE SFUNDO EN CUESTIÓN RESULTE PERTENECER AL ACTOR. Este tipo de acción se da en poquísimos casos).

<sup>25</sup> C.3.37.2pr.

<sup>26</sup> D'ORS *Derecho privado romano* §184, 245.

<sup>27</sup> DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones*, 225.

<sup>28</sup> D.8.5.11 Marce 6dig: *An unus ex sociis in communi loco inuitis ceteris iure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint ius sibi prohibendi esse uel illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, non possit cum eo ita experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. 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 uelit.* (Se pregunta, si uno de los socios podrá edificar con derecho en un paraje común contra la voluntad de los demás, esto es, si, prohibiéndose por los socios, podrá litigar con ellos, sosteniendo que tiene el derecho de edificar; y si los socios podrán reclamar contra él, diciendo que ellos tienen el derecho de prohibírselo, o que él no tiene el derecho de edificar; y si ya se hubiese edificado, si podrán litigar con él diciendo de este modo, no tienes derecho para tener lo así edificado. Y con más razón puede decirse que el socio tiene derecho más bien para prohibirlo que para hacerlo, porque, como he dicho, es lo más cierto, que el que intenta hacerlo se apropiá en cierto modo un derecho también ajeno, si como único dueño quisiera usar a su arbitrio de un derecho común.).

<sup>29</sup> ARANGIO-RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano*, Buenos Aires, 1986, §4 p. 254. VOLTERRA, E, *Ist.* §6, 312.; DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones*, 222; KASER, M, *Römisches Privatrecht*, Munich, 1971 Vol 1 §99, 411: "Jeder von ihnen hat jedoch, ähnlich den kollegialen Magistraten, ein Vetorecht (*ius prohibendi*), vermöge dessen er die Massname durch Selbsthilfe vereiteln kann"; BONFANTE, P *Istituzioni di Diritto romano*, Milan, 1987 §95 248.

Para hacer efectivo este *ius prohibendi*, no queda claro qué mecanismos tenían a disposición los condóminos, KASER<sup>30</sup> argumenta que en época clásica podía valerse de su fuerza privada<sup>31</sup> (JUSTINIANO impide esto posibilitando el ejercicio del *ius prohibendi* a través de la *actio communi dividundo*), SAMPER<sup>32</sup> opina que no sería adecuado el *interdictum quod vi aut clam*, ya que en este caso el que construye es un condómino, tampoco el *interdictum demolitorium*, se inclina a pensar que los condóminos celebraban un *pactum* previo para regular la administración de la cosa, y en virtud del incumplimiento de este pacto por algún condómino se sustentaba su *ius prohibendi*.

Para la división del condominio se empleaba la *actio communi dividundo*, y, gracias a ella, el condeño conseguía la transformación de su cuota en un derecho de propiedad individual<sup>33</sup>. Junto a esta división del derecho, en el juicio se dirimía también la posible división de la cosa<sup>34</sup>, existiendo multitud de soluciones posibles.

a. - Por un lado, podía el árbitro dividir también la cosa (en el caso de que esto fuera posible) y adjudicar a cada condómino una parte de la misma, en función de la cuota que éstos poseían<sup>35</sup>.

b. - Por otra parte, se podía adjudicar toda la cosa a un solo condómino debiendo éste indemnizar a los demás también en función de su cuota<sup>36</sup>.

c. - Además, (como una variante de la solución precedente) se podía entregar toda la cosa a un solo condeño y constituir un derecho de servidumbre u otro derecho real un solo de uno o varios de los restantes.

#### D.10.3.6.10 Ulp 19ed

*Officio iudicis etiam talis adiudicatio fieri potest, ut alteri fundum, alteri usum fructum adiudicet* Por ministerio puede hacerse también una adjudicación tal que a uno se adjudique un fundo, y a otro el usufructo

d. - Incluso podía dictaminar vender la cosa en subasta pública y entregar la cantidad obtenida a los condóminos<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> KASER, M, *Derecho privado romano*, Madrid, 1982, 109.

<sup>31</sup> BONFANTE, *Corso*, 40, 42, 45.

<sup>32</sup> SAMPER, *Derecho romano*, 156.

<sup>33</sup> DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones*, 228. FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *Fundamentos*, §35, 204. VOLTERRA *Ist.* 309.

<sup>34</sup> D'ORS *Derecho privado romano* §187, 248. FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *Fundamentos*, §35 p 204. GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire* 669, SAMPER, *Derecho romano*, 157,158.

<sup>35</sup> C.3.37.1.1 Antonino 213dC.

<sup>36</sup> C.3.37.1pr Antonino 213dC; C.3.37.2.1 Alex. 222dC; C.3.37.3.1 Alex. 224dC.

## D.23.3.78.4 Trif 11 disp

*Si fundus communis in dotem datus erit et socius egerit cum marito communi diuidundo (...) extraneo addictus is ^ si^ fundus fuerit...*

Si se hubiere dado en dote un fundo común, y el copropietario ejercitare contra el marido la acción de división de cosa común (...) el fundo hubiere sido adjudicado a un extraño...

También con la *actio communi dividundo*, en el momento de la división, se compensa las *praestationes*<sup>38</sup> pendientes que, vigente el condominio, hubieren podido surgir entre los condóminos. Pero, y ésta es la diferencia fundamental con la *actio communi dividundo* justinianea, siempre conducía a la división de la cosa común<sup>39</sup>.

## D.10.3.4.3 Ulp 19ed

*Sicut autem ipsius rei divisio venit in communii dividendo iudicio, ita etiam praestationes veniunt: et ideo si quis impensas fecerit, consequatur. Sed si non cum ipso socio agat, sed cum herede socii, labore recte existimat impensas et fructus a defuncto perceptos venire. Plane fructus ante percepti, quam res communis esset, vel sumptus ante facti in communii dividendo iudicium non veniunt.*

Mas así como en el juicio de división de cosa común viene comprendida la división de la misma cosa, así también se comprenden las prestaciones; y, por esto, si alguno hubiere hecho gastos, los obtendrá. Pero si no intentara la acción contra el mismo socio, sino contra el heredero del socio, con razón opina [ANTISTIO] LABEÓN que se comprenden los gastos y los frutos percibidos por el difunto. Mas los frutos percibidos antes que la cosa fuese común, o los gastos hechos antes, no se comprenden en el juicio de división de cosa común

En esta etapa, si los condóminos querían reclamarse las obligaciones recíprocas pendientes pero no deseaban dividir la cosa común, debían emplear la *actio* correspondiente a la relación jurídica que hubiere originado el condominio. Por ejemplo si se trataba de una *societas* debían emplear la *actio pro socio*, o para reclamar gastos que el condómino hubiere hecho para mejorar la cosa, la *actio negotiorum gestorum*<sup>40</sup>.

Es fundamental resaltar que la división de la cosa no perjudicaba a terceros que hubieren adquirido a su favor derechos sobre la misma.

## D.10.3.6.8 Ulp 19ed:

*Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, venit quidem in communii dividendo iudicio, sed ives pignoris creditor manebit, etiamsi adivicatus fverit: nam et si pars socio tradita fuisse, integrum maneret. arbitrum autem communii dividendo hoc minoris partem a estimare debere, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, Iulianus ait.*

Si un fundo nos fuera común, pero por mí hubiera sido dado en prenda, viene ciertamente comprendido en el juicio de división de cosa común, pero le quedará al acreedor el derecho de prenda, aun si hubiere sido adjudicado; porque también le quedaría íntegro, si al socio se le hubiese entregado su parte. Pero dice [SALVIO] JULIANO que el árbitro de la división de la cosa común debe estimar en menos la parte por esto, porque en virtud de lo pactado puede el acreedor vender aquella cosa.

<sup>37</sup> D.10.3.7.13 Ulp 20ed; D.10.3.19.3 Pau 6sab; D.4.7.12 Marci 14 inst; C.3.37.1pr Antonino 213dC; C.3.37.3.1 alex. 224dC; DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones*, 228; MAYNZ, *Curso*, §278, 540; D'ORS *Derecho privado romano*, §187, 249; IGLESIAS, *Derecho romano*, §63, 278; PANERO, *Derecho romano*, 373.

<sup>38</sup> Gastos de mantenimiento en la cosa que uno de ellos realiza y por los que tiene derecho a que el resto de los condóminos colaboren con su parte; daños producidos en la cosa y frutos percibidos de más. VOLTERRA, *Ist*, 309; FREZZA, P, *Actio communi dividundo*, 12, 37; BERGER, A, *Teilungsklagen*, 101-111.

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *Fundamentos*, §35 p 205. SAMPER, *Derecho romano*, 158.

<sup>40</sup> D.10.3.19.2 Pav 6sab: *Si per evndem locum via nobis debeatur et in eam impensa facta sit, dvrivs ait Pomp communi dividendo vel pro socio agi posse: quae enim communio ivris separatim intellegi potest? sed negotiorum gestorum agendum* (Si por un mismo lugar se nos debiera camino, y en éste se hubiera hecho algún gasto, dice POMPONIO que es duro que pueda intentarse la acción de división de cosa común, o la de sociedad; porque, ¿qué comunidad de un derecho puede entenderse separadamente? Pero se ejercitará la acción de gestión de negocios).

Menciona MAYNZ<sup>41</sup>, otros modos de extinción del condominio (no siempre tiene que acabar éste por el ejercicio de la *actio communi dividundo*); por ejemplo, los condóminos pueden dividir la cosa amistosamente, acordando las compensaciones necesarias, esto tiene la misma validez que si se dividiese judicialmente; pueden también, de común acuerdo, enajenar la cosa a un tercero y repartirse el dinero o incluso poner a subasta pública la cosa y que sean varios compradores los que pujen.

#### 4.3. - Derecho justiniano

En esta etapa vuelve a cambiar la concepción acerca de la institución del condominio. Desaparece el *ius prohibendi*, sustituyéndose ahora por el *consensus* entre los condóminos<sup>42</sup>. JUSTINIANO, como menciona KASER, para no poner en peligro la seguridad del Estado, al permitirse a través del *ius prohibendi*, que un condómino pueda evitar actuaciones de los demás incluso usando la fuerza privada, amplía el espectro de la *actio communi dividundo* para que a través de ésta se impida los actos que realiza un condómino sin el consentimiento del resto, o para evitar las consecuencias cuando los actos ya se han producido<sup>43</sup>.

Será el *iudex* quien determine si el acto favorece o no al conjunto del condominio: si es un acto beneficioso se mantendrá, si no lo es mandará destruir la obra. La falta de oposición hace perder el derecho a la destrucción de la obra, en este caso sólo se tiene derecho a un resarcimiento económico<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> MAYNZ, K *Curso*, §278 536-537.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *Fundamentos*, §35 p203. JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, §67. KASER, M, *Derecho privado romano*, 109.

<sup>43</sup> D.8.2.26 Pau 15sab: *In re communi nemo dominorum iure seruitutis neque facere quicquam inuitu altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat (nulli enim res sua seruit): itaque propter immensas contentiones plerumque res ad diuisionem peruenit. sed per communi diuidundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli* (Ninguno de los dueños puede contra la voluntad del otro hacer cosa alguna por derecho de servidumbre en la propiedad común, ni prohibir que el otro la haga; porque a nadie le presta servidumbre su propia cosa. Y, así, por causa de grandes contiendas llega a dividirse las más de las veces la cosa; pero por la acción de división de lo común consigue el socio que no se haga la obra, o que derribe la obra que hizo, si es que a toda la sociedad conviene que se derribe la obra). D.39.1.3.1 Ulp 52ed: *Si in loco communi quid fiat, nuntiatio locum habebit aduersus uicinum. plane si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius opus nouum ei nuntiare, sed eum prohibeo communi diuidundo iudicio uel per praetorem* (Si se hiciera algo en un lugar común, la denuncia tendrá lugar contra el vecino [= condómino]. Pero si uno de los consocios hiciera la obra en un lugar común, yo, como socio, no puedo denunciarle la obra nueva, pero se la prohibiré con la acción de división de cosa común, o por medio del Pretor). D.39.1.3.2 Ulp 52ed: *Quod si socius meus in communi insula opus nouum faciat et ego propriam habeam, cui nocetur, an opus nouum nuntiare ei possim? et putat labeo non posse nuntiare, quia possum eum alia ratione prohibere aedificare, hoc est uel per praetorem uel per arbitrum communi diuidundo: quae sententia uera est* (Mas si un socio mío hiciera una obra nueva en una casa común, y yo tuviera otra propia, a la cual se perjudicara, ¿podré denunciarle la obra nueva? Y opina LABEÓN, que no puedo denunciársela, porque puedo prohibirle de otra manera que edifique, esto es, o por medio del Pretor, o por medio del árbitro de división de cosa común; cuya opinión es verdadera).

<sup>44</sup> D.10.3.28: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam inuitu altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. sed etsi in communi*

Una característica peculiar sobre la concepción del condominio en esta época, donde se aprecia las reminiscencias de la antigua propiedad solidaria del condominio, donde todos eran dueños de todo y podían disponer de la cosa como tal, es el denominado *favor libertatis*, mediante el cual, si un condómino manumitía un esclavo común, en vez de entenderse que estaba renunciando a su cuota, acreciendo la de los demás condóminos, el esclavo se hacía libre válidamente (al igual que ocurría en Derecho arcaico) pero el manumitente debía indemnizar al resto de los condueños por la pérdida del esclavo<sup>45</sup>.

Respecto a la acción divisoria se amplía su espectro de aplicación y ahora, bajo el procedimiento de la *cognitio extraordinem* puede emplearse para reclamar las *praestationes*<sup>46</sup> sin que se divida la cosa. Se considera una acción mixta<sup>47</sup>. Para MAYNZ se trata, sin embargo, de una acción exclusivamente personal<sup>48</sup>.

JUSTINIANO, en sus *Institutiones*, se refiere a la naturaleza mixta de esta *actio*, porque tiene vinculación tanto con derechos reales como obligaciones personales que surgen entre los condóminos.

---

*prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, [cum prohibere poterat], hoc praetermisit: {[et ideo] per communi diuidundo actionem damnum sarciri [poterit]}. [sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem]. quod [si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur].* (Dice SABINO que ninguno de los dueños puede hacer con derecho cosa alguna en la que es común, contra la voluntad del otro. Por lo cual, es evidente que hay derecho para prohibirlo; porque es sabido que en igualdad de circunstancias es mejor la condición del que prohíbe. Pero aunque en una cosa común puede prohibirse a un socio por su consocio que haga alguna cosa, sin embargo, no puede obligárselo a que destruya la obra hecha, si cuando prohíbirla dejó de hacerlo; y por lo tanto, podrá resarcirse el daño por medio de la acción de división de cosa común. Mas si prestó su consentimiento al que la hacía, no tiene acción ni aun por el daño. Pero si en ausencia del socio hizo alguna cosa en perjuicio de él, en este caso es obligado a demolerla.). VOLTERRA, E, *Ist. §6* 310-311. BONFANTE, P *Corso* 35.

<sup>45</sup> SAMPER, F, *Derecho romano* 155, entre otros.

<sup>46</sup> D.10.3.26 Alfenvs 2dig: *Commnis servvs cvm apvd altervm esset, crvs fregit in opere: qvaerebatvr, alter dominvs qvid cvm eo, penes qvem fvisset, ageret. respondi, si qvid cvlpa illivs magis qvam casv res commnis damni cepisset, per arbitrvm commni dividvndo posse recipere* (Hallándose en poder de uno de sus dueños un esclavo común, se rompió una pierna trabajando; se preguntaba, ¿qué acción ejercitaría el otro dueño contra aquel en cuyo poder hubiese estado? Respondí que si ciertamente hubiese recibido el daño la cosa común más bien por culpa de aquél, que por casualidad, podía recuperarlo por medio de árbitro en el juicio de división de cosa común). Claro ejemplo de la concepción de la *a. c. d. justiniane*, que permite reclamar daños causados a la cosa común por los condueños. Para el ejercicio de otras acciones entre los condóminos, BERGER, A, *Teilungsklagen*, 221.241; EIN, *Le azioni dei condonini* BIDR 39 1931 73-294.

<sup>47</sup> Entre otros IGLESIAS, J, *Derecho romano* §63 278.

<sup>48</sup> MAYNZ *Curso* §278 p 546. “Mas como la propiedad es un derecho real, se ha pensado que una acción que producía el efecto de atribuir a una parte el derecho de propiedad debía tener un carácter real; y como el carácter personal de estas acciones era incontestable, de ahí, el carácter mixto. Un examen más detenido demuestra, no obstante, de una manera irresistible que nuestras acciones son por su naturaleza exclusivamente personales. Lo son, en primer lugar, por su causa y por su origen, porque están fundadas en relaciones obligatorias que existen entre los comuneros; en segundo lugar, lo son por su dirección, pues se dan contra una persona que está siempre determinada previamente por el lazo obligatorio de la comunidad. Por fin, son personales por el objeto a que se encaminan. Lo que las partes persiguen en estos juicios es, en efecto, no el mantenimiento de su derecho, sino por el contrario, la cesación de las relaciones de derecho existentes”.

#### I.4.6.20

*Quaedam actiones mixtam causam optinere uidentur tam in rem quam in personam. Qualis est familiæ eriscundæ actio, quæ competit coheredibus de diuidenda hereditate: item communi diuidundo, quæ inter eos redditur inter quos aliquid commune ex quacumque causa est, ut id diuidatur: item finium regundorum, quæ inter eos agitur qui confines agros habent. In quibus tribus iudiciis permittitur iudici rem alicui ex litigatibus ex bono et aequo adiudicare et, si unius pars praegrauari uidebitur, eum inuicem certa pecunia alteri condemnare*

Ciertas acciones parecen tener una naturaleza mixta, tanto real como personal. Tal es la acción *familiæ (h)eriscundæ*, que compete a los coherederos para la división de la herencia; también la *communi dividundo*, que se da a aquellos entre quienes algo es común, para que esto se divida; e igualmente la *finium regundorum*, por la que se procede entre los que tienen campos colindantes. En cuyos tres juicios es permitido al juez adjudicar, según lo bueno y lo justo, alguna cosa a uno de los litigantes; y si la parte de uno pareciera ser excesiva, condenar a su vez a éste en cierta cantidad para el otro

Incluso se admite la *actio communi dividundo* para reclamar obligaciones una vez ya ha sido dividida la cosa pero quedan cuestiones sin resolver en las relaciones internas de los antiguos condóminos; en este caso estaremos ante la *actio communi dividundo* en vía útil<sup>49</sup>; D.10.3.6.1 o D.10.3.11 (en este último caso debemos entender que la cosa común se ha perdido porque se ha destruido)<sup>50</sup>.

### 5. - SUJETOS

#### 5.1. - Copropietarios

Los sujetos que pueden ejercitar válidamente esta acción son los condóminos<sup>51</sup>, titulares del derecho de propiedad sobre la cosa, sin importar cuál sea el origen de dicha comunidad.

#### D.10.3.2pr. Gayo 7ed prou

*Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est communi diuidundo iudicio...*

Mas nada importa que la cosa sea común a algunos, con sociedad, o sin sociedad, porque en uno y otro caso ha lugar al juicio de división de una cosa común...

No es necesario que el juicio de división de cosa común se solicite por todos los condóminos<sup>52</sup> sino sólo por alguno o algunos de ellos.

<sup>49</sup> DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones*,, FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *Fundamentos*, §35, 205. IGLESIAS, *Derecho romano*, §63, 278. MAYNZ §278, 542. SAMPER, *Derecho romano*, 160-161.

<sup>50</sup> D.10.3.6.1 Ulp 19ed: *Qvare et si fyndvm titivs alienaverit, licet hic commvnii dividvndo ivdicio locvs non sit, qvia a commvnione discessvm est, vtili tamen locvm fytvrym, qvod datvr de praestationibvs, qvotiens commvnis esse desiit* (Por lo cual, también si Ticio hubiere enajenado el fundo, aunque en este caso no haya lugar al juicio de división de cosa común, porque hubo separación de la comunidad, habrá, sin embargo, lugar a la acción útil, que se da sobre las prestaciones, siempre que dejó de ser común). D.10.3.11 Gayo 7ed prov: *In svmma admonendi svmvs, qvod, si post interitvum rei commvnis is, cvi aliqvad ex commvnione praestari oportet, eo nomine agere velit, commvnii dividvndo ivdicivm vtile datvr: velvt si actor impensas aliqvas in rem commvnem fecit, sive socivs eivs solvs aliqvad ex ea re lvcratvs est, velvt operas servi mercedesve, hoc ivdicio eorvm omnivm ratio habetvr* (En suma, debemos estar advertidos de que si después de la pérdida de una cosa común, aquel a quien deba pagarse algo por razón de la comunidad, quisiera reclamar por esta causa, se da la acción útil de división de cosa común, por ejemplo, si el actor hizo algunos gastos en la cosa común, o si su socio lucró él solo algo por virtud de aquella cosa, como las obras, o los salarios del esclavo, se tiene cuenta de todas estas cosas en este juicio).

<sup>51</sup> D.10.3.19.1 Pau 6sab: *De uestibulo communi binarum aedium arbiter communi diuidundo inuito utrolibet dari non debet* (Contra la voluntad de cualquiera de los dueños, no debe nombrarse árbitro para la división de cosa común, respecto al vestíbulo común de dos casas). Todos los textos de C.3.37 tienen como sujetos copropietarios.

<sup>52</sup> D.10.3.29.1 Pau 2quaest: *Pomponius scripsit posci iudicem posse a quolibet sociorum* (Escribió POMPONIO que por cualquiera de los socios puede pedirse juez).

## D.10.3.8pr. Pav 23ed

*Et si non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his diuidere desiderant, hoc iudicium inter eos accipi potest* También si no todos los que tienen una cosa en común, sino algunos de ellos, desean dividirla, puede aceptarse entre ellos este juicio

No obstante tal y como opina SAMPER<sup>53</sup>, a pesar de no ser necesario el acuerdo de todos para proponer la *actio communi dividundo*, sí se necesita el acuerdo de todos para formalizar la *litis contestatio*; “Si algún comunero se resiste *in iure* al ejercicio de la acción divisoria por parte de otro, la solución ha de haber sido semejante a los casos de *indefensio* en acciones reales, con la correspondiente secuela de *missiones in possessionem* o acciones exhibitorias”<sup>54</sup>.

Según SOHM, esta acción es imprescriptible<sup>55</sup>, MAYNZ niega, sin embargo, esa imprescriptibilidad<sup>56</sup>, o al menos la niega para el caso en el que el condómino reclame *prestaciones* pendientes a los demás.

## 5.2. - Otros sujetos

No son los únicos legitimados para ello<sup>57</sup>.

A). - *Propietario bonitario*

En opinión de ALBERTARIO, en Derecho clásico también se concede ésta al propietario bonitario<sup>58</sup>

## D.10.3.7.2 Ulp 20ed

*Qui in rem Publicianam habent, etiam communi diuidundo iudicium possunt exercere* Los que tienen la acción Publiciana sobre una cosa pueden ejercitar también la acción de división de cosa común

B). - *Vectigalista*

Así mismo, se concede al propietario de un *ager vectigalis*.

<sup>53</sup> SAMPER, F *Derecho romano*, 157.

<sup>54</sup> D.6.1.4 Pau 21ed.

<sup>55</sup> SOHM, R., *Instituciones de derecho privado romano* 411. “En su calidad de acciones de división son imprescriptibles; constituyendo, además, procesos de los llamados “dobles”, en que ambas partes desempeñan papel activo y pasivo y resultan obligados a un tiempo, por la *adiudicatio* o la *condemnatio*, a hacer o entregar cuanto sea preciso para llevar a término la división.”. D.10.3.2.1 Gayo 7ed prov: *In tribus duplicitibus iudiciis familiae ericiscundae, communis dividendo, finivm regvndorum qvaeritvr, qvis actor intellegatvr, qvia par cavaea omnivm videtvr: sed magis placvit evm videri actorem, qvi ad iudicivm provocasset* (Se pregunta quién se entenderá actor en los tres juicios dobles, de partición de herencia; de división de cosa común y de deslinde, porque parece igual la condición de todos; pero pareció preferible que sea considerado actor el que hubiese provocado para el juicio).

<sup>56</sup> MAYNZ, *Curso* §278, 547: “Se ha pretendido que las acciones divisorias eran imprescriptibles. Esto es un error. El derecho de pedir la división subsiste, a la verdad, siempre, cualquiera que sea el tiempo durante el cual la comunidad ha existido. Pero la acción de partición, es decir, la persecución de los derechos y obligaciones que resultan de la comunidad, es prescriptible como toda otra acción cualquiera. Solamente que, como en las demás acciones, la prescripción no empieza a correr sino desde el momento en que la acción ha nacido.”.

<sup>57</sup> ALBERTARIO, E., *Studi di diritto romano* 4, Milán, 1946, 167-186; FREZZA, P, *Actio communi dividundo*, 28.

<sup>58</sup> Jamás tuvo la consideración de condominio la relación existente entre el propietario *ex iure Quiritium* y el propietario bonitario.

#### D.10.3.7pr. Ulp 20ed

*Communi diuidundo iudicium locum habet et in uestigiali agro. uestigialis ager an regionibus diudi possit, uidendum: magis autem debet iudex abstinere huiusmodi diuisione: alioquin praestatio uestigialis confundetur* El juicio de división de cosa común tiene lugar aun respecto de un campo tributario, se ha de ver si el campo tributario puede dividirse en porciones; pero preferentemente debe el juez abstenerse de semejante división, porque de otro modo se introduciría confusión en la prestación del tributo

#### C). - *Iusta causa possessor*

Además, al poseedor, siempre y cuando tenga una justa causa, se le concederá la *actio communi dividundo utilis*<sup>59</sup>, aunque no es posible su ejercicio entre poseedores con una causa *possidendi* injusta.

#### D.10.3.7.3 Ulp 20ed

*Ex qvibvsdam avtem cavsis vindicatio cessat, si tamen iusta causa est possidendi, vtile commvni dividvndo competit, vt pvt si ex cavsa indebiti solvti res possideatvr*

Mas por ciertas causas deja de tener lugar la vindicación; pero si hay justa causa de poseer, compete la acción útil de división de cosa común, como por ejemplo, si se poseyera una cosa por causa de haberse pagado lo indebido

#### D.10.3.7.4 Ulp 20ed

*Inter praedones autem hoc iudicium locum non habet, nec si precario possideant locum habebit nec si clam, quia iniusta est possessio ista precaria uero iusta quidem, sed quae non pergit ad iudicium uigorem*

Mas esta acción no tiene lugar entre poseedores de mala fe, ni tampoco tendrá lugar si poseyeran en precario, ni si clandestinamente, porque esta posesión es injusta; mas la precaria es justa ciertamente, pero no tiene fuerza para este juicio

FERNÁNDEZ BARREIRO<sup>60</sup> discrepa de esta postura de ALBERTARIO<sup>61</sup> y afirma que la equiparación del *ager vectigalis* y la propiedad bonitaria al *dominium*, no es acertada. En su opinión a estos últimos se concedía la acción de división de la cosa común en vía útil, y no la *a. c. d.* directa. Creo más acertada la postura de FERNÁNDEZ BARREIRO, pues la *a. c. d.* directa debe pertenecer en exclusiva a los verdaderos propietarios de la cosa.

Sirviéndonos del ejemplo del propietario bonitario, a éste se le concedía por parte del Pretor la *actio Publiciana* la cual es afín y paralela a la *reivindicatio* que tiene el *dominus ex iure*

<sup>59</sup> ALBERTARIO, E., *Studi* 4, 170; FREZZA, P, *Actio communi dividundo*, 28.

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A., La “*actio communi dividundo utilis*”, en Estudios Santacruz 1, Valencia 1974, 276. “Al no mencionarse aquí la *actio communi dividundo utilis*, LENEL pensó, en un primer momento, que los supuestos de ese texto corresponderían a la *actio communi dividundo* directa, ya que nada se opondría en su fórmula que aquellos fueran asimilados a ella, por referirse sólo genéricamente a “*communi dividundo*”; el mismo ALBERTARIO admite también esta extensión, estimando que UPLIANO había equiparado al *dominium* el *ager vectigalis* y el *in bonis habere*. Esta idea no parece, en modo alguno, probable, como el propio LENEL vio más tarde, en efecto, si UPLIANO tratara en D.10.3.7pr-1 de la *actio communi dividundo* directa, lo lógico sería que aludiera a los supuestos del *ager vectigalis* y el *in bonis habere* en aquella sede, y no en el libro XX; la situación de sus comentarios en este lugar hace pensar que se trataba de supuestos introducidos en el Edicto bajo la rúbrica de la *actio communi dividundo utilis* de creación pretoria; pero, además, el *oportere* de la *actio communi dividundo* directa sería incompatible con aquellos supuestos no-civiles. En consecuencia, tanto el *ager vectigalis* como el *in bonis habere* deben considerarse situaciones posesorias a las que el Pretor extendió el régimen de la *actio comuni dividundo* como *utilis*, del mismo modo que sucedía con la *actio familiae erciscundae*, tratándose del *vectigalista* y del *bonorum possessor*, entre otros supuestos.”

<sup>61</sup> ALBERTARIO, E., *Studi* 4, 168; FREZZA, P, *Actio communi dividundo*, 28. “Quest'azione compete ai comproprietari. [...] Oltre i comproprietari, oltre più concessionari di un *ager vectigalis*, possono esercitare l'*actio communi dividundo* i possessori di buona fede di una cosa che è, come i Romani dicono, *in bonis*: cioè quelli che le seuole chiamano i *domini bonitarii*.”

*Quiritium*; es lógico pensar que no se le va a conceder una *a. c. d.* directa, como si fuese un verdadero *dominus*, sino en vía útil atendiendo a esta diferenciación en el trato dado a uno y a otro.

#### D). - *Acreedor pignoraticio*

También se concede legitimación para ejercitar esta acción en vía útil a quienes reciban una cosa en prenda.

##### D.10.3.7.6 Ulp 20ed

*Si duo sint qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse utile* Si fueran dos los que en prenda recibieron una cosa, es muy justo que *communi diuidundo iudicium dari* se dé la acción útil de división de cosa común

#### E). - *Missio in possessionem ex secundo decreto*

Además, se concede esta acción al poseedor bajo la figura de la *missio in possessionem ex secundo decreto* (por cuanto e en la *missio in possessionem ex primo decreto* se es un mero detentador de la cosa, no poseedor).

##### D.10.3.4.4 Ulp 19ed

*Eapropter scribit Iul, si missi in possessionem damni infecti simus et ante, quam possidere iuberemur, ego insulam fulsero, sumptum istum communi diuidundo iudicio consequi me non posse.*

Por esto escribe [SALVIO] JULIANO que si hubiéramos sido puestos en posesión por daño que amenaza, y antes que se nos mandara poseer, yo hubiere reparado la casa, no puedo conseguir este gasto por el juicio de división de cosa común.

##### D.10.3.5 Ivl 2 ad vrs. Ferocem.

*Sed si res non defendetur et ideo iussi sumus a praetore eas aedes possidere et ex hoc dominium earum nanciseremur, respondit proculus communi diuidundo iudicio partem eius impensae me seruaturum esse.*

Pero si la cosa no fuera defendida, y por ello se nos mandó por el Pretor que poseyéramos aquellas casas, y en virtud de esto adquiriésemos su dominio, respondió PROCULO que yo recobraré parte de aquellos gastos por el juicio de división de cosa común.

#### F). - *Titulares de derechos*

En el Derecho justiniano, esta acción es válida tanto para la división de cosas como de derechos, y así se refleja al concederse en vía útil al usufructuario (cotitularidad de derechos).

##### D.10.3.7.7 Ulp 20ed:

*Sed et si de usu fructu sit inter duos controvrsia, dari* Pero también debe darse si entre dos hubiera controversia sobre el *usufructo*

En D.10.3.7.10<sup>62</sup>, se permite ejercitar la *actio communi dividundo utilis* en caso de cotitularidad de derechos (en este caso un usufructo), y vemos también que las soluciones por

<sup>62</sup> D.10.3.7.10 Ulp 20ed: *Cvm de vsv frvctv commvni dividvndo ivdicivm agitvr, ivdex officivm svvm ita diriget, vt vel regionibvs eis vti frvi permittat: vel locet vsvm frvctvm vni ex illis: vel tertiae personae, vt hi pensiones sine vlla controvrsia percipiant: vel si res mobiles sint, etiam sic poterit, vt inter eos conveniat caveantqve per tempora se vsvros et frvitvros, hoc est vt apvd singvlos mvta vice certo tempore sit vsvs frvctvs.* (Cuando respecto del usufructo se intenta la acción de división de cosa común, el juez encaminará su intervención de modo que o les permita usufructuar

las que podía optar el juez son muy similares a las que se daban en caso de comunidad sobre bienes. (Dividir el usufructo en porciones, adjudicárselo a uno sólo de los condóminos compensando al resto, otorgarlo a un tercero, repartirlo alternativamente).

### G). - Poseedores naturales

Quedan excluidos los colonos y los poseedores naturales:

#### D.10.3.7.11 Ulp 20ed:

*Neque colonis neque eis qui depositum suscepunt hoc iudicium competit, quamvis naturaliter possideant* Esta acción no compete a los colonos, ni a los que recibieron un depósito, aunque posean naturalmente

### 6. - FÓRMULA<sup>63</sup>

#### 6.1. - La Fórmula

8. - ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO (p 331, n 297) D. Justinianeo: civil, mixta, bona fidei		
<b>NOMBRAMIENTO</b>	<i>Titius iudex esto</i>	Ticio, sé juez
<b>DEMONSTRATIO</b>	<i>QUOD Lucius Titius Caius Seius de COMMUNI (georum?) DIVIDUNDO, et si quid in communi damni datum factumve sit, sive quid eo nomine, aut absit eorum cui, aut ad eorum quem pervenerit, iudicem sibi dari postulaverunt</i>	PUESTO QUE Lucio Ticio y Cayo Seyo han pedido que les fuese nombrado un juez para la DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN y por el daño eventualmente causado a la cosa común y por la pérdida eventualmente acaecida o por los beneficios eventualmente percibidos por cualquiera de ellos, con tal título
<b>ADIUDICATIO</b>	<i>QUANTUM... ADIUDICARI OPORTET iude... ADIUDICATO</i>	tú, juez, ADJUDICA CUANTO DEBA SER ADJUDICADO
<i>INTENTIO in ius concepta incerta (actio mixta: in rem e in personam; bona fidei)</i>	<i>QUIDQUID ob eam rem alterum alteri PRAESTARET OPORTET</i>	con atención a TODO LO QUE resulte que, por tal causa, cada uno DEBE DAR A FAVOR DEL OTRO
<b>CLÁUSULA DE LA BUENA FE</b>	<i>EX FIDE BONA eius</i>	SEGÚN LA BUENA FE
<i>CONDENATIO incerta infinita (sine taxatione)</i>	<i>iudex, alterum alteri CONDEMNATO, SI NON PARET ABSOLVITO</i>	tú, juez, CONDENA a lo que convenga que cada uno de ellos deba dar un solo del otro; SI NO RESULTA, ABSUELVE

FREZZA analiza la fórmula de la *actio communi dividundo* y considera que, independientemente de argumentaciones discrepantes sobre si se considera un juicio voluntario o contencioso, (me decanto más por la primera opción, puesto que en numerosas fuentes se habla de éste como de un juicio en el que no existe controversia.

"Nel giudizio divisorio non si domanda al giudice che si decida in merito ad un dilemma propostogli ma che divida, che compia cioè con la sua autorità quel negozio giuridico che le parti avrebbero anche potuto compiere per queste vie".

---

de ciertas porciones, o dé en arrendamiento el usufructo a uno de ellos, o a tercera persona, para que ellos perciban pensiones sin ninguna controversia, o si fueran bienes muebles, podrá también disponer de modo que entre ellos se haga convenio, y den caución de que usufructuarán temporalmente, esto es, que cada uno tendrá el usufructo alternativamente, cierto tiempo.).

<sup>63</sup> LENEL EP § 81 210-211, donde se ocupa de la *actio communi dividundo directa*; § 81 212-213, donde trata de la *actio communi dividundo utilis*; RUDORFF EP § 72, 86; MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padua 1999, 61; BRUNS, *Fontes* 211; FREZZA, *Actio communi dividundo*, 3-56.

En este juicio no hay litigiosidad<sup>64</sup>, no hay posturas enfrentadas. No se absuelve ni condena a nadie, sino que simplemente se divide.

Al ser una fórmula que no aparece en las fuentes, LENEL aprovecha la gran similitud que tiene con la *actio familiae (h)erciscundae*, y la reconstruye basándose en el similitud de ambas<sup>65</sup>. FREZZA y LENEL discrepan en la reconstrucción de la fórmula.

#### 6.2. - *Demonstratio*

En la *demonstratio* se incluye la petición que se realiza al juez, es decir, que divida la cosa y que, adicionalmente, en el caso que proceda, se compensen las *praestationes* pendientes entre los condóminos.

Como se puede ver, se deja al juez plena libertad para resolver la cuestión en el sentido que deseé. Ya que las partes se someten a la voluntad del juez para que éste divida, la fórmula (sobre todo en la *adiudicatio* y la *condemnatio*), ha de otorgar al juez la amplitud necesaria para que pueda resolver de una manera adecuada.

#### 6.3. - *Adiudicatio*<sup>66</sup>

Adjudica cuanto deba ser adjudicado: permite la multitud de soluciones dadas a la división y comentadas anteriormente. A través de esta parte de la fórmula el juez atribuye a cada uno de los copropietarios la propiedad de las partes<sup>67</sup>

#### 6.4. - *Intentio*

Diferencia con el resto de juicios, en la *Intentio* no se da una alternativa al juez. Algunos autores niegan la cláusula de buena fe en los juicios divisorios, otros, en cambio, los consideran juicios de buena fe<sup>68</sup>. En sus orígenes, según FREZZA, faltaba la *Intentio*.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> FREZZA, P, *Actio communi dividundo*, 4; ARANGIO-RUIZ, *Instituciones*, 256.

<sup>65</sup> FREZZA, P, *Actio communi dividundo*, 17.

<sup>66</sup> Para el desarrollo histórico de esta parte de la fórmula, FREZZA, P, *Actio communi dividundo*, 21-35; BERGER, A, *Teilungsklagen*, 93-100.

<sup>67</sup> FREZZA, P, *Actio communi dividundo*, 14; 23.

<sup>68</sup> D.10.3.4.2 Ulp 19ed.

<sup>69</sup> FREZZA, P, *Actio communi dividundo*, 16; 18. No es imposible que, en sus orígenes, la fórmula no fuera de buena fe y, en cambio, sí lo fuese con posterioridad.

#### I.4.6.28<sup>70</sup>

*Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt hae: ex empto, uendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi diuidundo, praescriptis uerbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. quamuis enim usque adhuc incertum erat, siue inter bonae fidei iudicia connumeranda sit siue non, nostra tamen Constitutio aperte eam esse bonae fidei dispositit*

Mas unas acciones son de buena fe y otras de estricto derecho. De buena fe son éstas: la de compra, de venta, de arrendamiento, de gestión de negocios, de mandato, de depósito, de sociedad, de tutela, de comodato, de prenda, de partición de herencia, de división de bienes comunes, de *praescriptis verbis* [por lo convenido de palabra] que se da por lo estimado, la que compete por la permuta, y la petición de herencia; pues aunque hasta ahora era incierto si la petición de herencia debía o no ser comprendida entre las acciones de buena fe, sin embargo, una *Constitutio* nuestra dispuso terminantemente que fuera de buena fe

#### D.10.3.14.1 Pau 3 plaut:

*...quod quidem magis puto, quia bonae fidei iudicium est communi diuidundo...* ...lo que ciertamente creo más acertado, porque el juicio de división de cosa común es juicio de buena fe...

#### 6.5. - *Condemnatio*<sup>71</sup>

ARANGIO-RUIZ argumenta que no existía *condemnatio* como tal, y con la fórmula sólo se dividía la cosa. Según él las compensaciones por las obligaciones pendientes se realizaban por el juez gracias a costumbres jurisprudenciales<sup>72</sup>.

FREZZA<sup>73</sup> sostiene que la cláusula condenatoria existe desde los orígenes de la fórmula: "A me sembra tuttavia di diver affermare, con L'AUDIBERT ed il BERGER, che la clausola condemnatoria sia esistita nella formula dei guidicî divisorii fin alle loro origini".

### 7. - OBJETO

La *actio communi dividundo* tenía varias finalidades<sup>74</sup>, las cuales variaban en función de la época en la que nos encontramos.

“La giurisprudenza romana, dunque, per allargare il campo delle pretese che possono farsi valere nei guidizi divisorii, sforza la natura della *condemnatio*, che in tali guidizi aveva in origine, come la *adiudicatio*, effetti puramente costitutivi dando al giudice la facoltà di servirsi di essa per uno scopo puramente dichiarativo, per sancire cioè la eventuale responsabilità di un condividente, verso gli altri, dovuta a fatti di varia natura, classificabili sotto una delle tre categorie: *damna - impensae - fructus*”.<sup>75</sup>

<sup>70</sup> G.4.62.

<sup>71</sup> Para el desarrollo histórico de esta parte de la fórmula, FREZZA, P, *Actio communi dividundo*, 35-56.

<sup>72</sup> ARANGIO-RUIZ, *Instituciones*, 257

<sup>73</sup> FREZZA, P, *Actio communi dividundo*, 13.

<sup>74</sup>; D.10.3.6.2 Ulp 19ed; También tiene en cuenta accesiones y disminuciones; D.10.3.6.5 Ulp 19ed; D.10.3.6.12 Ulp 19ed; D.10.3.7.3 Ulp 20ed; D.10.3.11 Gayo 7ed prov; D.10.3.25 Iul 12dig; C.3.37.4.2.

<sup>75</sup> FREZZA, P, *Actio communi dividundo*, 37.

## 7.1. - División

Esta *actio* tenía por objeto fundamental la división de la cosa común<sup>76</sup> (distinta al *consortium inter fratres*, el cual se dividía con su propia *actio*) mientras persista la situación de copropiedad.

### D.10.3.1 Pau 23ed

*Communi dividendo iudicium ideo necessarivm fvit, qvod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communivm rerum divisionem. denique cessat communis dividendo iudicium, si res communis non sit.*

El juicio de división de cosa común fue necesario por esto, porque la acción de sociedad corresponde más bien a las mutuas prestaciones personales que a la división de las cosas comunes. Y, finalmente, deja de tener lugar el juicio de división de la cosa común, si la cosa no fuera común.

Si fueran varias las cosas comunes, el juicio de división se refiere a todas salvo que expresamente se excluyera alguna de ellas<sup>77</sup>.

### D.10.3.13 Ulp 75ed

*In iudicium communis dividendo omnes res ueniunt, nisi si quid fuerit ex communis consensu exceptum nominatim, ne ueniat.* En el juicio de división de cosa común vienen comprendidas todas las cosas, a no ser que por común consentimiento se hubiere exceptuado expresamente alguna, para que no se comprenda

## 7.2. - Daños

Servía para reclamar los daños producidos en la cosa común<sup>78</sup> (en la etapa clásica esto se realizaba en el momento de la división de la cosa; en la etapa justinianea era posible reclamar los daños producidos por la cosa con esta acción sin dividir la cosa).

### D.10.3.3pr Ulp 30sab

*In communis dividendo iudicio nihil peruenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum [factum] est siue quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum peruenit ex re communis.*

Al juicio de división de cosa común no va nada además de la división de las mismas cosas, que sean comunes; y si en éstas se causó o hizo algún daño, o si por este motivo faltara algo a alguno de los socios, o fue a su poder por virtud de la cosa común

Se responde, además de por los daños, por la pérdida de la cosa por culpa de alguno de los condóminos<sup>79</sup>.

### D.10.3.20 Pomp 13sab

*Si is, cum quo fundum communem habes, ad delictum non respondit et ob id motu iudicis uilla diruta est aut arbusta succisa sunt, praestabitur tibi detrimentum iudicio communis dividendo: quidquid enim culpa socii amissum est, eo iudicio continetur.*

Si aquel con quien tienes un fundo en común, no respondió al llamamiento para el ejército, y por esto fue demolida de orden del juez la casa de campo, o fueron cortados los árboles, te responderá a ti del detimento por la acción de división de cosa común; porque cualquiera cosa que se perdió por culpa de un socio, se comprende en este juicio

<sup>76</sup> D.10.3.3pr. Ulp 30sab; D.10.3.4.3 Ulp 19ed; C.3.38.9 D/M 294dC.

<sup>77</sup> D.10.3.4.2 Ulp 19ed.

<sup>78</sup> D.10.3.3pr. Ulp 30sab; D.10.3.8.2 Pau 23ed; D.10.3.26 Alfenus 2dig; C.3.38.3 D/M 290dC; BERGER, A, *Teilungsklagen*, 111-135.

<sup>79</sup> D.10.3.11 Gayo 7ed prov.

### 7.3. - Gastos

Así mismo, también tenía como objeto reclamar los gastos pendientes<sup>80</sup> entre los condóminos (realizados durante la situación de comunidad; son excluidos los gastos realizados en la cosa antes de que ésta se hiciese común; D.10.3.4.3 Ulp 19ed), mediante la *a. c. d.*, posibilidad que surge en el Derecho justiniano.

#### D.10.3.22 Pomp 33sab

*Si meo et vicini nomine parietem aedificem vel repetitvrys ab eo pro parte impensam vel donationis gratia, commvnis fiet paries.* Si en mi nombre y en el del vecino edificase yo una pared, puedo reclamar de él el gasto según su parte, o por vía de donación la pared se hará común

### 7.4. - Frutos

También se podía reclamar los frutos<sup>81</sup> debidos entre los condueños. Se excluye los frutos (y los gastos) percibidos antes del nacimiento de la comunidad.

#### D.10.3.4.3 Ulp 19ed

*... impensas et frvctvs a defvnceto perceptos venire. Plane frvctvs ante percepti, qvam res commvnis esset, vel svmpctvs ante facti in commvnii dividvndo ivdicivm non venivnt.* ... se comprende los gastos y los frutos percibidos por el difunto. Mas los frutos percibidos antes que la cosa fuese común, o los gastos hechos antes, no se comprenden en el juicio de división de cosa común

<sup>80</sup> D.10.3.4.3 Ulp 19ed; D.10.3.5 Iul 2 ad urs. ferocem; D.10.3.6pr. Ulp 19ed, en vía útil; D.10.3.6.3 Ulp 19ed; D.10.3.11 Gayo 7ed prov; D.10.3.14.1 Pau 3 plaut; D.10.3.22 Pomp 33sab; D.10.3.29pr. Pau 2quaest; BERGER, A, *Teilungsklagen*, 135-188.

<sup>81</sup> D.10.3.4.3 Ulp 19ed; D.10.3.6pr. Ulp 19ed, en vía útil; D.10.3.23 Ulp 32ed; BERGER, A, *Teilungsklagen*, 188-198.

## II. - *COMMUNI DIVIDUNDO EN EL CÓDIGO DE JUSTINIANO: C.3.37*

### 1. - NOTAS GENERALES

Antes de entrar en el análisis individualizado de cada uno de los textos, conviene realizar una breve explicación aclaratoria sobre los mismos y cómo han llegado hasta nosotros.

Tras la caída de la República y la asunción del poder por parte de AUGUSTO (27aC), se dio paso a una nueva etapa política en Roma, el Principado<sup>82</sup>. En esta nueva etapa, caracterizada por una mayor concentración de poderes en la figura del *Princeps*, comienza a dictarse las *Constitutiones Imperiales*<sup>83</sup>.

El *Princeps* participa en todos los aspectos de la esfera política, incluido el Derecho y la administración de justicia, y lo hace a través de las *Constitutiones Imperiales*, que se refieren a infinidad de materias heterogéneas.

Las diversas *Constitutiones* han llegado hasta nosotros esencialmente a través del *Codex Gregorianus*<sup>84</sup>, del *Codex Hermogenianus*<sup>85</sup>, del *Codex Theodosianus*<sup>86</sup>, y del *Codex Iustinianus*<sup>87</sup> 534dC, de forma incompleta y en reducido número, ya que se ha perdido la mayor parte de ellas.

<sup>82</sup> Véase cualquier manual de Historia de Roma.

<sup>83</sup> Se conoce cuatro tipos de *Constitutiones*: *Edicta*, generalmente eran disposiciones donde se establecían mandatos, prohibiciones o se regulaban materias diversas. *Mandata*, contenían órdenes e instrucciones dirigidas a Magistrados y Funcionarios imperiales. *Decreta*, eran sentencias judiciales dictadas en el procedimiento de la *cognitio extraordinem*, en ocasiones se limitaban a aplicar el derecho vigente, otras veces, tuvieron carácter innovador. *Rescripta*, recogían respuestas dadas por el *Princeps* a consultas que le realizaban Magistrados, Funcionarios o particulares sobre diversas controversias. Aquéllas recibían el nombre de *Epistulae*, *Relationes*, *Consultationes* o *Suggestiones* (se archivaba el original en el departamento *ab epistulis* de la Cancillería imperial y la respuesta se remitía en un documento distinto) éstas se denominaba *Libelli*, *Preces*, *Supplicationes*, *Subscriptiones* (se archivaba una copia en el departamento *a libellis* de la Cancillería imperial y la respuesta se añadía en el documento original, a continuación de la consulta). Podían tratar sobre consultas reales o ficticias. En cualquier caso, se exigía que no se hubiera iniciado un litigio y la verdad de los hechos alegados.

<sup>84</sup> El *Codex Gregorianus*, redactado en tiempo de DIOCLECIANO, y debido a un jurista anónimo (*GREGORIUS* o *GREGORIANUS*) contiene *Constitutiones* de la época clásica (a partir de ADRIANO, C.6.23.1), esencialmente rescriptos, y se conserva muy poco de él. Constaba de XV ó XVI Libros, dedicados en su mayoría al Derecho privado, aunque es posible que en el Libro XIV se contuviera Derecho penal y que se hubiera dedicado una parte al Derecho administrativo (al menos, al local). SCHERILLO, G, en NNDI, *Codex Gregorianus*, (con bibliografía), 379-380; ARANGIO-RUIZ, V, *Historia del Derecho romano*, Reus 1980, 429; GUARINO, A, *Storia del Diritto romano*, Nápoles 1990 §262, 544; IGLESIAS, *Derecho romano*, 60ss; 379-380; CASTILLEJO, J, *Historia del Derecho romano*, Madrid 2004, 470; CHURRUCA, J-MENTXAKA, R, *Introducción histórica al Derecho romano*, Bilbao 2007, 222; DE FRANCISCI, P, *Síntesis histórica del Derecho Romano*, Madrid 1954, 676-678; KUNKEL, W, *Historia del Derecho romano*, Barcelona 1985, 165.

<sup>85</sup> Redactado como un complemento del *Codex Gregorianus*, recoge fundamentalmente *Constitutiones* de DIOCLECIANO y MAXIMIANO (rescriptos en su mayoría) a VALENTINIANO I, y también debido a un jurista anónimo (HERMÓGENES o HERMOGENIANO, tal vez el autor del *Epitome iuris*, en 6 Libros) constaba de un único Libro, con un elevado número de Títulos y con un gran número de *Constitutiones* en cada Título. SCHERILLO, G, en NNDI, *Codex Hermogenianus*, (con bibliografía) 380.381; ARANGIO-RUIZ, *Historia*, 430; CASTILLEJO, J, *Historia del Derecho romano*, 470; CHURRUCA, J-

Para el estudio de la *actio communi dividundo* en el *Codex Iustinianus*, hay que acudir al Libro III, en cuyo Título XXXVII, *Communi dividundo*, se recogen 5 *Constitutiones*. Se trata de 5 *Rescripta*, ya que son diferentes respuestas dadas por diversos Emperadores<sup>88</sup> a consultas realizadas por particulares.

## 2. - FACTORES CONTEXTUALES

### 2.1. - *Sedes materiae*<sup>89</sup>

JUSTINIANO se ocupa de la división de la cosa común en el Libro X del Digesto (D.10.3, *Comuni dividundo*) tras la Fijación de límites (D.10.1, *Finium regundorum*), y la División del patrimonio hereditario (D.10.2, *Familiae erciscundae*) y antes de ocuparse de la Acción de exhibición (D.10.4, *Ad exhibendum*).

Del manera similar, el Emperador se ocupa de la división de la cosa común en el Libro III del Código (C.3.37, *Communi dividundo*), con algunas modificaciones formales, junto con la División del patrimonio hereditario (C.3.36, *Familiae erciscundae*) y con la Fijación de límites (C.3.39, *Finium regundorum*, que, en el Código, en lugar de preceder sigue a las anteriores); además, intercala un Título con disposiciones comunes a la División del patrimonio hereditario y a la División de la cosa común (C.3.38, *Communia utriusque iudicij tam familiae erciscundae quam communi dividundo*).

---

MENTXAKA, R, *Introducción histórica*, 222; DE FRANCISCI, P, *Síntesis histórica*, Madrid 1954, 677-678; GUARINO, A, *Storia* §262, 544; IGLESIAS, *Derecho romano*, 60ss. 380; KUNKEL, W, *Historia*, 165.

<sup>86</sup> Elaborado entre los años 435dC-438dC (después de un primer intento fallido en el año 429dC), es la primera codificación de *Leges* oficial (ordenada por el EMPERADOR Teodosio II; los Códigos Gregoriano y Hermogeniano fueron fruto de la iniciativa privada). Se halla dividido en XVI Libros de los cuales se dedica al Derecho privado los Libros II-IV y parte del V. Contiene esencialmente *Leges generales* (a diferencia de los Códigos precedentes, que contenían esencialmente rescriptos). SCHERILLO, G, en NNDI, *Codex Theodosianus*, (con bibliografía) 383-384; ARANGIO-RUIZ, *Historia*, 430-434; CASTILLEJO, J, *Historia del Derecho romano*, 470; CHURRUCA, J-MENTXAKA, R, *Introducción histórica*, 222-223; DE FRANCISCI, P, *Síntesis histórica*, 678-682; GUARINO, A, *Storia* §263, 545-547; IGLESIAS, *Derecho romano*, 61ss; 383-384; KUNKEL, W, *Historia*, 165-166.

<sup>87</sup> Fue objeto de 2 versiones. La primera, 528dC-529dC, se conoce con el nombre de *Codex Vetus*. Quedó obsoleta tras la elaboración del Digesto y la *Institutiones* (530-533dC) y por ello se hizo precisa una segunda edición (*Codex repetitae paelectionis* o, simplemente, Código de JUSTINIANO). Dividido en XII Libros, éstos, a su vez, se hallan divididos en Títulos (756) en los que (a semejanza de los Códigos precedentes), éstos van precedidos de una Rúbrica y en ellos las *Constitutiones* (en total, 4.652) se siguen en orden cronológico, precedidas de una *Inscriptio* (en la que aparecen el nombre del Emperador o Emperadores que dictan la *Constitutio* y el destinatario o destinatarios de la misma), y seguidas de una *Subscriptio* (con la Fecha y, en ocasiones, el Lugar en que fueron publicadas). SCHERILLO, G, en NNDI, *Codex Iustinianus*, (con bibliografía), 381-383; ARANGIO-RUIZ, *Historia*, 454-455; 467-468; CASTILLEJO, J, *Historia del Derecho romano*, 478; 486-487; CHURRUCA, J-MENTXAKA, R, *Introducción histórica*, 239-340; DE FRANCISCI, P, *Síntesis histórica*, 697-698; 704-705; KUNKEL, W, *Historia*, 172-173; 175-176.

<sup>88</sup> GUARINO, A, *Storia*, §272, 557-558; §277, 566-567; IGLESIAS, *Derecho romano*, 68ss; se debe reseñar que los Emperadores contaban con un equipo que realizaba este tipo de tareas.

<sup>89</sup> No existe un título específico en los *Instituta* de JUSTINIANO, en las que sólo encontramos 3 alusiones específicas a la acción división de la cosa común: I.3.27.3, I.4.6.20, I.4.17.5. AMBROSINO, R, *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti* (= VI) Milán 1942, 40.

2.2. - *Inscriptio*A). - *Firmantes*

Las 5 *Constitutiones*, que se siguen (como en el resto de los Títulos del Código) en orden cronológico, abarcan un período de casi un Siglo (desde el 213dC hasta el 305dC).

Los Emperadores que las dictaron fueron ANTONINO CARACALLA (211dC-218dC; C.3.37.1, fechada en el año 213dC); ALEJANDRO SEVERO (C.3.37.2, del 222dC, y C.3.37.3, del 224dC) y DIOCLECIANO y MAXIMIANO (C.3.37.4-5, ambas fechadas en el año 294dC).

B). - *Destinatarios*

Los consultantes son todos ellos particulares (no se trata de órganos de la *Civitas*): LUCIANO (destinatario de C.3.37.1), AVITO (un soldado, destinatario de C.3.37.2), VERECUNDIANO (C.3.37.3), HERODA (tal vez una mujer, C.3.37.4) y SECUNDINO (C.3.37.5).

2.3. - *Subscriptio*

Los 5 textos conservan íntegra la *subscriptio* en la que se hace alusión a la fecha; sólo la primera, además, se refiere al lugar en que fue dictada. Así, C.3.37.1, fue dictada en Roma el 1 de Marzo del año 213dC (siendo cónsules ANTONINO CARACALLA junto con BALBINO). C.3.37.2 fue publicada el 12 de Septiembre del año 222dC siendo cónsules el Emperador ALEJANDRO SEVERO junto con MARCELO. C.3.37.3 se publicó el 5 de Mayo del año 224dC, bajo el consulado de JULIANO y CRISPINO. Los dos textos con los que se cierra el título, aunque precisan el día de su publicación (C.3.37.4, el 6 de Febrero; C.3.37.5, el 25 de Agosto), no precisan el año (fueron publicadas entre los años 294dC y 305dC).

## 2.4. - Transmisión

Las tres primeras *Constitutiones* (C.3.37.1-3, fechadas entre los años 213dC y 224dC) fueron posiblemente extraídas por los Compiladores de JUSTINIANO del Código Gregoriano, que, elaborado posiblemente entre los años 291dC-292dC, recogía esencialmente Rescriptos. Las dos últimas, pertenecientes a DIOCLECIANO y MAXIMIANO (fechadas entre los años 294dC-305dC) fueron, posiblemente, extraídas por los Compiladores justinianeos del Código Hermogeniano.

No son imposibles vías intermedias de transmisión las que llevaran estos textos (o alguno de ellos), en última instancia, al *Codex repetitae paelectionis*: pudieron haber sido tomados por los Compiladores directamente de los Archivos imperiales; o bien, directamente del *Codex Gregorianus*, sin haber sido incluidos en el *Codex Vetus*; o, tras haber llegado al *Codex Vetus*, sin

pagar el peaje del Código Gregoriano, pudieron, por obra de los Compiladores, haber ido a parar al *Codex Iustiniani*. Lo más fácil es, sin embargo, que los textos se hayan detenido en todas las estaciones del camino de transmisión: de los Archivos de la cancillería habrían pasado a formar parte del *Codex Gregorianus* (o *Codex Hermogenianus*) de aquí, al *Codex Vetus*; y, por fin, del *Codex Vetus* habrían sido tomados por los Compiladores justinianeos para la segunda redacción del *Codex Iustiniani*.

## 3. - C.3.37.1

## 3.1. - Transcripción

## C.3.37.1 Ant. 213dC

*Imp. Antoninus A. Luciano*

(pr): *Frater tuus si solam portionem praedii ad se pertinenterem distraxit, uenditionem reuocari non oportet, sed aduersus eum, cum quo tibi idem praedium commune esse coepit, communi diuidundo iudicio consiste: ea actione aut uniuersum praedium, si licitatione uiceris, exsoluta socio parte pretii obtinebis aut pretii portionem, si aliis meliorem condicionem attulerit, consequeris.*

(1): *Quod si diuisio praedii sine cuiusquam iniuria commode fieri poterit, portionem suis finibus tibi adiudicatam possidebis: hoc uidelicet custodiendo, ut post litis contestationem nemo nec partem suam ceteris eiusdem rei dominis non consentientibus alienare possit.*

<pp. K. Mart. Romae antonino a. Iii et balbino cons.> [213dC]

**El Emperador ANTONINO, Augusto, a LUCIANO**

Si tu hermano enajenó la sola porción de un predio que le pertenecía, no conviene que se revoque la venta, pero comparece en el juicio de división de cosa común contra aquél con quien comenzó a ser de común el mismo predio; y con esta acción obtendrás o todo el predio, si hubieres vencido en la licitación, pagada al consocio su parte del precio, o conseguirás una porción del precio, si otro hubiere presentado una proposición mejor. Pero si cómodamente se pudiere hacer sin perjuicio de nadie la división del predio, poseerás con sus linderos la porción que se te adjudicó; observándose, a la verdad, esto, que después de la *litis contestatio* nadie pueda enajenar nada, ni aun su parte, no consintiéndolo los demás dueños de la misma cosa.

Publicada en Roma las Calendas de Marzo, bajo el 4º Consulado de ANTONINO, Augusto, y el de BALBINO [213dC]

## 3.2. - Factores contextuales

A). - *Sedes materiae*

Son 5 los textos que integran el Título XXXVII, *Communi dividundo*, del Libro III del Código de JUSTINIANO, todos ellos ordenados cronológicamente. La *Constitutio* que nos ocupa es la primera en el tiempo relativa a esta materia y, por ello, con ella se da inicio al Título.

B). - *Inscriptio*a). - *Firmantes*

El texto es firmado por el Emperador ANTONINO CARACALLA (211dC-217dC), en el tercer año de su gobierno.

b). - *Destinatario*

Se trata de un particular anónimo, *LUCIANUS*<sup>90</sup> o *LUCINIANUS*<sup>91</sup>, quien elevó una consulta al Emperador.

C). - *Subscriptio*

El texto fue publicado el día 1 de Marzo del año 213dC bajo el Consulado del propio Emperador, ANTONINO CARACALLA, y de BALBINO<sup>92</sup>, en la capital del Imperio, en donde, posiblemente, se hallaba el Emperador.

<sup>90</sup> Así en el *Codex bibliothecae Universitatis Pistoriensis*; en el *Codex bibliothecae Universitatis Vaticanae*; y en el *Codex bibliothecae Universitatis Lipsiensis Paulinae*, 883.

<sup>91</sup> Así en *Codex bibliothecae publicae quondam Capituli Bambergensis*; GC, C.3.37, 390.

<sup>92</sup> Se trata de DÉCIMO CELIO CALVINO BALBINO (165dC-238dC), quien, entre MAXIMINO TRACIO y GORDIANO III (tras la muerte de GORDIANO I y GORDIANO II), fue elegido Emperador junto con PUPIENO (MARCO CLODIO PUPIENO MÁXIMO), en cuyo cargo se mantendría 99 días. Era hijo de BALBO CORNELIO TEÓFANES quien, según la HISTORIA AUGUSTA, adquirió la ciudadanía por medio de CNEO POMPEYO MAGNO (IaC); sha.balb.7.3. Tal vez se trate de LUCIO

D). - *Clase de Constitutio*

Se trata, posiblemente, de un Rescripto (*libellus*)<sup>93</sup>:

- a). - En primer lugar, por la fecha de su publicación. Fue publicado en el año 213dC y, con toda probabilidad, fue incluido en el *Codex Gregorianus*, que contenía *Constitutiones* al menos desde ADRIANO hasta el año 292dC, especialmente, Rescriptos.
- b). - En segundo lugar, porque el destinatario es LUCIANO (o LUCINIANO), posiblemente un anónimo particular, puesto que, a continuación del nombre en la *inscriptio* no aparece alusión a función pública alguna.
- c). - En tercer lugar, por las alusiones directas del texto; así, en C.3.37.1pr: *Frater tuus* (tu hermano) *tibi* (a ti), *viceris* (vencieras), *obtinebis* (obtendrás), *consequeris* (conseguirás); en C.3.37.1.1: *tibi* (a ti), *possidebis* (poseerás).

E). - *Acontecimientos históricos*

a). - *Acceso al poder*

MARCO AURELIO ANTONINO SEPTIMIO BASIANO CARACALLA<sup>94</sup>, (211dC-217dC) era hijo de SEPTIMIO SEVERO. Fue proclamado César por su padre a la edad de 8 años y a los 10,

---

CORNELIO BALBO, quien obtuvo la ciudadanía romana por sus servicios en la época de CNEO POMPEYO MAGNO, bajo cuyas órdenes combatió en Hispania; su personalidad nos es también conocida gracias al *pro Balbo* de CICERÓN. BALBO fue adoptado posteriormente por TEÓFANES DE MITILENE, quien acompañó a POMPEYO en sus campañas contra MITRIDATES, de ahí el *cognomen* TEÓFANES, con que se lo menciona en el pasaje. Ahora bien, JULIO CAPITOLINO, según se desprende de las palabras que siguen, parece haber confundido ambos individuos, pues el famoso escritor de Historia es TEÓFANES DE MITILENE y no BALBO. La HISTORIA AUGUSTA no da detalles del *Cursus honorum* de BALBO; se limita a decir que fue Cónsul en 2 ocasiones y que fue “innumerables” veces gobernador de Provincias. Tal vez el primero de sus consulados (a la edad de 38 años) lo compartiera con ANTONINO CARACALLA; sha.balb.7.1.

<sup>93</sup> VCI 190. En cuanto que el consultante es un particular y no un órgano de la *Civitas*, la respuesta del Emperador debió de ser tramitada por el departamento *a libellis* de la Cancillería imperial y, por lo tanto, habría adoptado la forma de *libellus* (habiéndose dado la respuesta en el mismo documento en el que se realizaba la consulta, a continuación de ésta, y habiendo sido archivada una copia de la consulta y de la respuesta).

<sup>94</sup> Hijo de SEPTIMIO SEVERO, Emperador entre los años 193dC-211dC, inaugurador de la dinastía de los Severos (193dC-235dC, que concluiría con ALEJANDRO SEVERO), que accedió al poder tras la muerte de DOMICIANO (hijo de MARCO AURELIO). Su nombre completo era MARCO AURELIO ANTONINO SEPTIMIO BASIANO CARACALLA. Las fuentes fundamentales que nos transmiten información sobre la vida de este Emperador son, HERODIANO, *Historia del Imperio romano después de Marco Aurelio*, en 8 Libros, Biblioteca clásica Gredos, Madrid 1985, hdn.4.1-13; la obra de HERODIANO se inicia con la muerte de MARCO AURELIO (Marzo del 180dC) y concluye con la muerte de GORDIANO I y GORDIANO II (primeros de Julio del 238dC); HISTORIA AUGUSTA, *Vida de Caracalla*, sha.car. 286-299 en la que es AELIO ESPARCIANO quien asume la biografía del Emperador; *Vida de Geta*, sha.get. 300-307 (ambas biografías firmadas por Elio ESPARCIANO, el cual también subscribe la de SEPTIMIO SEVERO); DIÓN CASIO, *Historia romana*, 80 Libros; la información sobre CARACALLA se contiene en los Libros 78-79 (DC.78-79); EUTROPIO, *Breviario*, 8.19-20; 22 (= Eutr.brev.) AURELIO VÍCTOR, *Libro de los Césares*, 20.25-21.6 (= AV.ces.; ambas obras, publicadas conjuntamente en la Biblioteca clásica Gredos, Madrid 2008). EARNEST, C, *Roman history/ Dio's*. Cambridge, Harvard 1954-1961; y el Libro I de la *Nueva Historia* de ZÓSIMO, en el que la información resulta excesivamente concisa, zos.1.9. ROLDÁN-BLÁZQUEZ-CASTILLO, *Historia de Roma II El Imperio romano*, Madrid 1989, 251-255; KOVALIOV, S.I, *Historia de Roma*, Madrid 1989, 717-720; BERTOLINI, F, *Historia de Roma*, Madrid 1999, 548-552.

Augusto<sup>95</sup>. Los escritores clásicos hablan de él como un hombre bueno en su infancia, que tras alcanzar el poder imperial se torna despiadado.

SEPTIMIO SEVERO, muerto en Febrero del 211, había designado sus hijos, CARACALLA (de 23 años) y GETA (de 22) como sus sucesores y, para mantener la concordia entre ambos, había nombrado a PAPINIANO como Prefecto del pretorio (el año 205dC), persona de su confianza, con la finalidad de que limara las asperezas existentes entre ambos hermanos<sup>96</sup>.

b). - *Constitutio Antoniniana 212dC*

Dentro de las aportaciones de CARACALLA se debe destacar la *Constitutio Antoniniana*<sup>97</sup>, publicada en forma de Edicto en el año 212dC (el año precedente al del texto que nos ocupa), por la que se concedía la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, a excepción de los dediticios. En la Compilación justiniana sólo se encuentra una brevíssima alusión de ULPIANO a la misma.

---

<sup>95</sup> AV.ces.20.25.

<sup>96</sup> sha.car.8.3.

<sup>97</sup> *Omnibus..., peregrini qui in orbe sunt civitatem Romanorum concedo, omni genere civitatum manente, praeter dediticios* (o *dediticias*) (= concedo a todos los peregrinos que se hallan en el orbe romano, la ciudadanía romana, subsistiendo los actuales estatutos de las ciudades, excepto los de los dediticios [o de las ciudades dediticias]). Algunas fuentes silencian la *Constitutio* (así, la HISTORIA AUGUSTA) mientras otras que la citan no aportan grandes detalles. Fue hallada en el conocido como “Papiro Giessen 40”, junto con otras 2 *Constitutiones* del Emperador ANTONINO CARACALLA y publicado por vez primera en 1910 por MEYER, P.M. Las mutilaciones, las lagunas del texto y su confusa redacción han suscitado una importante serie de problemas, además de diversos intentos de reconstrucción (a modo de ejemplo. Los **Motivos** que la provocaron son discutidos: **Religiosos**; **Fiscales** (DION CASIO, DC.77.9.5, de motivaciones fiscales, inspiradas en el deseo de extender el número de personas a quienes pudiera exigirse el impuesto sucesorio llamado *vicesima hereditarium*, 5% del valor de la herencia; además, al haber más ciudadanos, más serían los obligados por el *tributum capitinis*, tributo individual que correspondía a todo ciudadano); **Políticos** (justificación política del asesinato de su propio hermano, GETA); **Militares** (con la finalidad de tener más contingente humano en atención a la organización y constitución del ejército); pero, probablemente, la razón esencial no es sino la exigencia de la **Adaptación a la realidad**: con CARACALLA se culmina el proceso de romanización que venía produciéndose, que consistía en la ampliación de la base social del Imperio, iniciada por CÉSAR y desarrollada por CLAUDIO, VESPASIANO, ADRIANO y SEPTIMIO SEVERO (KOVALIOV, S.I, *Historia de Roma*, 718; ROLDÁN-BLÁZQUEZ-CASTILLO, *Historia de Roma*, 252), que se intensificó en la época de los SEVEROS, y que constituía un fenómeno ya irreversible; por ello puede decirse que la *Constitutio Antoniniana* 212dC no fue la causa de la romanización del imperio, sino el efecto de una romanización ya avanzada. Los nuevos ciudadanos, como era normal en las concesiones de ciudadanía, tomaron el nombre gentilicio del Emperador que la había otorgado; son los *AURELI*, de los que tenemos numerosos testimonios en inscripciones y en papiros; el nombre de CARACALLA era *MARCUS AURELIUS SEVERUS VALERIUS ANTONINUS BASIANUS CARACALLA* (*caracalla* es una casaca de origen galo que dio renombre a este Emperador por haber repartido muchos entre la plebe y mandado que se le presentase con ellos; también fueron llamadas antoninianas, AV.ces.21.1). Por lo que a su **Carácter** se refiere, tuvo carácter general, pero no total: diversos grupos de población quedaron fuera de dicha concesión: **Dediticios** (extranjeros recién sometidos por las armas que habían opuesto encarnizada resistencia al Imperio romano, rendidos incondicionalmente); **Dediticios Aelianos** (Libertos de la *Lex Aelia Sentia* 4dC, que hicieron cosas infamantes; esta categoría de libertos subsistió hasta JUSTINIANO, quien la suprimió, I.1.5.3; **Peregrini nullius civitatis** (quienes pertenecían a comunidades a las que Roma no concedió la subsistencia de su organización política, aun cuando funcionase de hecho); **Latini Iuniani** (esclavos manumitidos de manera no solemne; categoría abolida, también, por JUSTINIANO); **Peregrini** (personas que hubieran llegado a esta situación como consecuencia de una sanción penal; esta situación también fue suprimida por JUSTINIANO, C7.6.1; C7.15.2; **Barbari** (extranjeros pacíficos, que habitaban dentro del imperio); también, tal vez, **Campesinos no organizados en civitates**. TORRENT, A, *La Constitutio Antoniniana*, Madrid, 2012; WOLF, Harmut, Die *Constitutio Antoniniana* und *Papyrus Gissensis* 40 I, Colonia, 1976; ROLDÁN-BLÁZQUEZ-CASTILLO, *Historia de Roma*, 252; KOVALIOV, S.I, *Historia de Roma*, 718-719.

#### D.1.5.17 Ulp 22ed

*In orbe romano qui sunt ex constitutione imperatoris antonini* Los que están en el orbe romano se hicieron Ciudadanos romanos por  
*cives romani effecti sunt* una *Constitutio* del Emperador ANTONINO [CARACALLA]

##### c). - Política interior

Trató de congraciarse con el Senado (al que menospreciaba, dada la naturaleza eminentemente militar del Emperador), revocando el destierro impuesto a los senadores exiliados por SEPTIMIO SEVERO.

Fue tolerante con las religiones extranjeras y favoreció el culto a divinidades orientales a las que dedicó algunos templos<sup>98</sup>.

En el ámbito de la Urbe, embelleció Roma con diversas construcciones<sup>99</sup>.

Asesorado por Juristas de la talla de PAPINIANO, su tarea como legislador fue intensa. En el Código de JUSTINIANO se conserva un total de 271 textos, de los cuales 34 son de dudosa atribución<sup>100</sup>.

Dio muerte, entre otros muchos, a su propio hermano GETA<sup>101</sup> (en presencia de su propia madre, *IULIA DOMNA*<sup>102</sup>, 2<sup>a</sup> esposa de SEPTIMIO SEVERO), y, con posterioridad, a EMILIO PAPINIANO<sup>103</sup>.

#### sha.car.4.2

*sha.car.4.1: Dein in conspectu eius Papinianus securi percussus a militibus et occisus est. Quo facto percussori dixit : "Gladio te exequi oportuit meum iussum."*

Poco después [EMILIO] PAPINIANO fue golpeado con un hacha en presencia del mismo príncipe por unos soldados y luego fue asesinado. Y, tras la ejecución, dijo al asesino: "Debías haber cumplido mi orden dándole muerte con la espada".

##### d). - Economía

Incrementó los impuestos existentes (la *annona*,<sup>104</sup> que gravaba los ciudadanos; la *capitatio*,<sup>105</sup> que gravaba los campesinos dediticios; incrementó al 10% al impuesto que gravaba

<sup>98</sup> Por ejemplo, a la diosa Isis; sha.car.9.10.

<sup>99</sup> Con las Termas Antoninianas, Eutr.brev.24.1; AV.ces.21.4; sha.car.9.4; un Pórtico dedicado a su padre, sha.car.9.6; la Via Nueva, AV.ces.24.1; sha.car.9.9.

<sup>100</sup> MAYR, R, *Vocabularium Codicis Iustiniani* (=VCI), *Pars latina*, Hildesheim, 1965, 138-139. Los textos de dudosa autenticidad son los siguientes: C.2.3.6; C.2.11.7-10; C.2.12.6-12; C.3.13.1; C.3.28.9-12; C.3.32.2; C.3.34.3-4; C.4.5.1-2; C.4.15.2; C.5.6.1; C.5.18.4; C.5.21.3; C.5.58.3; C.5.72.1; C.6.54.4; C.7.2.4; C.7.4.2; C.8.25.2; C.9.1.2 y C.9.18.1.

<sup>101</sup> Hermanastro según la HISTORIA AUGUSTA, sha.car.10.1; su madre sería, según AELIO ESPARCIANO, PACIANA MARCIANA; AV.ces..20.32.

<sup>102</sup> El 27 de Febrero del año 212dC; hdn.4.4.3; sha.car.3.3; sha.get.6.1. Según EUTROPIO, Eutr.brev.24.2, AV.ces.21.3, y la HISTORIA AUGUSTA, JULIA DOMNA era madrastra de CARACALLA; el Emperador se casaría, más adelante con ella, sha.car.10.4.

<sup>103</sup> Todas las fuentes están de acuerdo en que la muerte de PAPINIANO siguió la de GETA, salvo zos.1.9if. sha.car.8.5-7, aporta un versión sobre la muerte del eximio Jurista para, a continuación, desmentirla; otro tanto se hace en AV.ces.23.33.

<sup>104</sup> La *annona*, es decir, el acopio y el transporte de víveres para las tropas se usaba para proporcionar ayuda a la ciudad de Roma y para la provisión de los ejércitos. La *annona* es (entre otras cosas), una impuesto en productos naturales, esencialmente, trigo (D.48.12; C.10.16); la *annona militaris* eran provisiones proporcionadas por los habitantes de las Provincias al ejército romano (C.12.37); en un principio esta aportación tuvo carácter extraordinario, pero en el Dominado en un impuesto ordinario; GARCÍA GARRIDO, M.J, *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Madrid, 1990, sv, 37; TORRENT, A, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, sv, 111.

la manumisión de los esclavos) y creó impuestos nuevos (*aureum coronarium*)<sup>106</sup>. Acuñó una nueva moneda de plata, el *antoniniano*. Fue generoso en sus donativos con los soldados, a los que, además, incrementó el sueldo.

#### e). - *Política exterior*

Llevó a cabo campañas militares en Germania, Retia y en Oriente. En el invierno del año en que se publica C.3.37.1, CARACALLA se encontraba en Roma. Este mismo año, o el año 214dC, mantuvo una alianza con ARTABANO V, que controlaba Media y Adiabene territorios vecinos de las fronteras romanas orientales.

Poco después estabilizó la frontera en el Danubio y se dirigió a Oriente, habiendo planeado la conquista de Armenia, pasando por Ilión (Troya)<sup>107</sup>, Alejandría<sup>108</sup>. La disculpa para intervenir en Armenia la encontró CARACALLA al rebelarse contra VOLOGESES V (rey de Armenia) su hermano ARTABANO V<sup>109</sup>

#### f). - *Muerte*

Fue asesinado<sup>110</sup> por un centurión<sup>111</sup> en un complot ideado por el Senado y MACRINO<sup>112</sup> a la edad de 43 años tras gobernar durante 6<sup>113</sup>.

<sup>105</sup> Impuesto fijado *per capita*. La *Capitatio* es el reparto o distribución de tributos o tasas por cabezas (C.11.49); la *Capitatio animalium*, el reparto o distribución de impuestos por cabezas de animales (CTh.11.20.6pr); la *Capitatio humana*, el mismo reparto entre las clases sociales inferiores: esclavos y colonos adscritos a la tierra (CTh. 11.20.6; C.11.52.1); la *Capitatio plebeia*, impuesta a la plebe de la ciudad, gravaba, esencialmente, las fincas urbanas (las rústicas estaban sometidas a otros gravámenes; CTh.12.1.36; D.50.4.18; 29; C.11.49); toda persona en edad laboral se encuentra sometida a este impuesto (con algunas excepciones, como las viudas, menores e incapacitados) que se generalizaría a partir de DIOCLECIANO (C.11.49); la *Capitatio terrena* gravaba sobre los fundos urbanos, teniendo en cuenta más su productividad que su mera extensión (se tenía en cuenta a la hora de fijar este tributo el valor de esclavos y animales adscritos a los mismos); GUTIÉRREZ-ALVIZ, F, *Diccionario*, sv, 92; GARCÍA GARRIDO, M.J, TORRENT, A, *Diccionario*, sv, 147-148. *Diccionario*, sv, 59.

<sup>106</sup> En los primeros días del Imperio varias comunidades, agradecidas al Emperador por una razón u otra, le habían presentado coronas de oro como muestra de aprecio. Más tarde, los Emperadores exigieron esas mismas coronas que se convirtieron en una importante fuente de ingresos para las arcas del Imperio. En los primeros años del Siglo III dC se había tasado a las ciudades de Provincia un abastecimiento regular de coronas y, además, debían producir, como impuestos adicionales, otras coronas para ocasiones especiales, como victorias militares; se convirtió en una importante fuente de ingresos extraordinarios para el Imperio (C.1.9.17; C.10.76); BRAUER Jr. George C, *The age of the soldier emperors. Imperial Roma, A.D. 244-284*. New Jersey, 1975, 7; GARCÍA GARRIDO, M.J, *Diccionario*, sv, 59; GUTIÉRREZ-ALVIZ, F, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 1982, sv, 75.

<sup>107</sup> hdn.4.8.4-6.

<sup>108</sup> hdn.4.8.6-8, en donde propició la matanza de Alejandría (Septiembre del año 215dC), a la que se refiere HERODIANO como “atroz carnicería”, en esencia, por haber ridiculizado en el pasado al Emperador, y por haber sido partidarios los alejandrinos de su hermano GETA; sha.car.6.2-3, que habla de una gran matanza (*magnam caedem*).

<sup>109</sup> 215dC.

<sup>110</sup> El 6 de Abril del año 217dC.

<sup>111</sup> JULIO MARCIAL; hdn.4.13. DC.78.5.4; sha.car.6.7-8; sha.car.7.2.

<sup>112</sup> hdn.4.12-13; sha.car.11.2.

<sup>113</sup> sha.car.9.1: *Bassianvs vixit annis quadraginta tribvs. Imperavit annis sex. pvblico fvnere elatvs es* (BASIANO [CARACALLA] vivió 43 años. Fue Emperador 6 años. Fue sepultado con un funeral público); Eutr.brev.24.2, “... a los 6 años y 2 meses cuando apenas contaba 43 años”.

### 3.3. - Transmisión

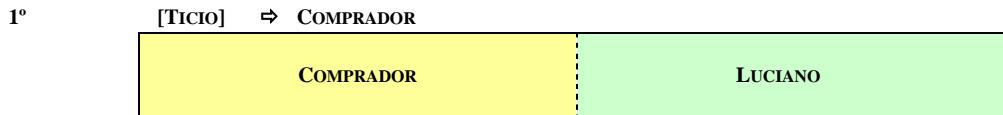
Como ya se ha señalado, el camino más probable (aunque no deben ser descartadas vías intermedias) por el que el texto ha llegado a nosotros puede haber sido el siguiente: incluido en el Código Gregoriano, fue, a su vez, incluido en el *Codex Vetus* y de ahí pasó al *Codex Iustiniani*<sup>114</sup>.

ARCHIVOS ➔ CÓDIGO GREGORIANO ➔ *CODEX VETUS* ➔ CÓDIGO DE JUSTINIANO

### 3.4. - Supuesto de hecho (predio)

Llamemos TICIO al hermano de LUCIANO. Ticio y Luciano son 2 hermanos que poseen en común una finca.

#### A). - C.3.37.1pr



Ticio vende la cuota que ostenta en el condominio a un tercero adquirente (Comprador), pasando éste a ser nuevo condómino de LUCIANO. La venta es válida<sup>115</sup>. En el juicio de división de la cosa común deberá comparecer el hermano enajenante junto con el comprador<sup>116</sup>.

Possiblemente, en este primer párrafo se aborda el supuesto en que el fundo sea indivisible<sup>117</sup>, por ello se adjudica en su totalidad a uno u otro de los condóminos (a aquél de los 2 que ofrezca un precio mayor por la finca), realizando las oportunas compensaciones.

Según el contenido, al ejercitar la *actio communi dividundo* pueden ocurrir dos cosas:

- Que LUCIANO se quede con la totalidad del predio, indemnizando al Comprador.
- Que el Comprador se quede con la totalidad del fundo indemnizando a LUCIANO.

Otras soluciones que se menciona en las fuentes, y que ya han sido comentadas, aunque aquí no aparecen son:

- Entregar la finca a un tercero y repartir el dinero recibido entre los comuneros.
- Litarla en subasta pública.
- Adjudicarla a uno de los condueños y otorgar al otro un derecho de servidumbre u otra clase de derecho real sobre la cosa<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> Para las alteraciones en el texto, IIC 69.

<sup>115</sup> C.3.37.3pr alex 224dC.

<sup>116</sup> En sintonía con la concepción romana de la estructura del condominio clásico, dividido en cuotas ideales de las cuales cada condómino es titular en exclusiva y puede disponer libremente de ellas.

<sup>117</sup> C.3.37.2.1 alex 222dC; C.3.37.3.1 alex 224dC.

## B). - C.3.37.1.1

1º	[TICIO] $\Rightarrow$ COMPRADOR	LUCIANO
	COMPRADOR	LUCIANO

En este segundo supuesto se aborda la posibilidad de que el fundo sea perfectamente divisible, por lo tanto se adjudicará una parte a cada uno, delimitándose cada una de ellas (a falta de acuerdo, probablemente esto se haría mediante la *actio finium regundorum*).

Tras la *litis contestatio*, se produce una congelación de la situación jurídica; de esta manera los condóminos no pueden enajenar, sin acuerdo previo, ni siquiera sus cuotas, hasta que no se llegue a una sentencia.

A la hora de realizar la división, tal y como se entendía en las fuentes, el juez deberá tratar siempre de conseguir la solución menos gravosa para todos.

## D.10.3.3.1 Ulp 30sab:

*Si quid ipsi sine dolo malo inter se pepigerunt, id in primis et familiae erciscundae et communi diuidundo iudex seruare debet.*

Si ellos mismos pactaron entre sí sin dolo malo alguna cosa, debe observarla, ante todo, el juez, así de la partición de herencia, como de la división de cosa común

## D.10.3.21 Ulp 30sab:

*Iudicem in praediis diuidundis quod omnibus utilissimum est uel quod malint litigatores sequi conuenit.*

Conviene que en la división de predios se atenga el juez a lo que sea más útil para todos, o a lo que prefieran los litigantes

<sup>118</sup> D.10.3.6.10.

#### 4. - C.3.37.2

##### 4.1. - Transcripción

###### C.3.37.2 Alex. 222dC

*Imp. Alexander A. Avito militi*

*(pr): Si probatum fuerit praesidi prouinciae fratrem tuum uineas communes pignori dedisse, cum partem tuam, quam in uineis habes<sup>10</sup>, creditori obligare non potuerit, praeses prouinciae restitui tibi eam iubebit cum fructibus, quos creditor de parte tua percepit.*

*(1): Idem praeses prouinciae de diuisione uinearum inter te et creditorem fratris tui cognoscet et iubebit eum accepta pecunia, quanti statuerit partem fratris tui ualere, eam partem quam de fratre tuo accepit tibi restituere aut aestimata tua parte ad creditorem fratris tui data pecunia quanti aestimauerit eam transferre.*

*<a 222 pp. II id. Sept. Alex. A. Cons.>*

**El Emperador ALEJANDRO, Augusto, a AVITO, militar**

Si se le hubiere probado al Presidente de la Provincia que tu hermano dio en prenda viñas comunes, como quiera que no pudo obligar a favor de un acreedor la parte que tienes en las viñas, mandará el Presidente de la Provincia que se te restituya con los frutos, que el acreedor percibió de tu porción.

El mismo Presidente de la Provincia conocerá de la división de las viñas entre tú y el acreedor de tu hermano, y mandará que él te restituya, habiendo recibido el dinero de cuanto hubiere determinado que vale la parte de tu hermano, aquella parte que recibió de tu hermano, o, estimada tu parte, transferirla al acreedor de tu hermano, habiéndose dado el dinero de aquello en que la hubiere estimado.

Publicada a 2 de los Idus de Septiembre, bajo el 2º Consulado de ALEJANDRO, Augusto, y el de MARCELO [222dC]

##### 4.2. - Factores contextuales

###### A). - *Sedes materiae*

Este texto, el segundo de C.3.37, es precedido por la *Constitutio* de CARACALLA y es seguido por otra *Constitutio* del propio ALEJANDRO SEVERO<sup>119</sup>.

###### B). - *Inscriptio*

###### a). - *Firmantes*

El texto lo subscribe el Emperador ALEJANDRO SEVERO (222dC-235dC), apenas 6 meses tras su acceso al poder.

###### b). - *Destinatario*

Quien elevó la consulta al Emperador es un particular anónimo llamado *AVITUS*, que es un soldado.

###### C). - *Subscriptio*

La *Constitutio* fue publicada a 2 de los Idus de Septiembre en el año en que fueron Cónsules el propio Emperador junto con MARCELO (esto es, el 12 de Septiembre del año 222dC). Como en el texto precedente y en los que siguen, no se hace referencia al lugar en que fue dictada<sup>120</sup>.

<sup>119</sup> Por ello, cuanto digamos en esta sede se refiere, esencialmente, también a C.3.37.3.

<sup>120</sup> Con toda probabilidad el Emperador se encontraba en Roma, en donde es posible que residiera de manera ininterrumpida hasta el año 231dC, momento en el que abandonaría la capital al desatarse las hostilidades de los persas (ARTAJERJES).

D). - *Clase de Constitutio*

Se trata, posiblemente, de un Rescripto (*libellus*)<sup>121</sup>:

- a). - En primer lugar, por la fecha de su publicación. Fue publicado en el año 222C y, con toda probabilidad, fue incluido en el *Codex Gregorianus*, que contenía *Constitutiones* al menos desde ADRIANO hasta el año 292dC, especialmente, Rescriptos.
- b). - En segundo lugar, porque el destinatario es AVITO. Su condición de soldado hace ver que se trata de un particular; además, a continuación del nombre en la *inscriptio* no aparece alusión a función pública alguna.
- c). - En tercer lugar, por las alusiones directas del texto; así, en C.3.37.2pr: *Fratrem tuum* (tu hermano) *tuam* (tuya), *habes* (tienes), *tibi* (a ti), *tua* (tuya); en C.3.37.2.1: *te* (tú), *fratris tui* (tu hermano, 3 veces); *Fratre tuo* (tu hermano) *tibi* (a ti), *tua parte* (tu parte).

E). - *Acontecimientos históricos*a). - *Acceso al poder 212dC*

MARCO AURELIO ALEJANDRO SEVERO<sup>122</sup> (222dC-228dC) era hijo de JULIA MAMEA<sup>123</sup> y de GESIO MARCIANO. Accedió al poder el año 222dC<sup>124</sup> con apenas 16 años de edad<sup>125</sup>. Contrajo 2 matrimonios<sup>126</sup>. Tanto la HISTORIA AUGUSTA como HERODIANO alaban su carácter<sup>127</sup> y sus costumbres<sup>128</sup>.

<sup>121</sup> VCI 201. En cuanto que el consultante es un particular y no un órgano de la *Civitas*, la respuesta del Emperador debió de ser tramitada por el departamento *a libellis* de la Cancillería imperial y, por lo tanto, habría adoptado la forma de *libellus* (habiéndose dado la respuesta en el mismo documento en el que se realizaba la consulta, a continuación de ésta, y habiendo sido archivada una copia de la consulta y de la respuesta).

<sup>122</sup> ROLDÁN-BLÁZQUEZ-CASTILLO, *Historia de Roma*, 260-265; KOVALIOV, S.I., *Historia de Roma*, 721-726; BERTOLINI, F., *Historia de Roma*, 557-563. Las principales fuentes están constituidas por sha.alex.; hdn.6; AV.ces.23.3-24; eutr.brev.8.23.

<sup>123</sup> El comienzo del Siglo IIIdC es rico, en el ámbito de la casa imperial, en mujeres influyentes y de fuerte carácter. JULIA MAMEA era hermana de JULIA SOEMIS (madre de HELIOGÁBALO; ALEJANDRO SEVERO y HELIOGÁBALO eran primos carnales); ambas eran hijas de JULIA MESA (quien, a su vez, era hermana de JULIA DOMNA, la esposa de SEPTIMIO SEVERO); si ésta ejerció una influencia notable en el gobierno de SEPTIMIO SEVERO, JULIA SOEMIS gobernó en lugar de su hijo (HELIOGÁBALO), JULIA MESA (su abuela) y JULIA MAMEA lo hicieron en lugar del propio ALEJANDRO SEVERO (aquélla, en los primeros años, hasta su muerte en torno al año 225dC, hdn.6.5; ésta, en los últimos). hdn.6.1; hdn.6.9.8; JULIA MESA murió entre Noviembre del 224dC y la primera mitad del 226dC. Para el férreo control que MAMEA ejercía sobre ALEJANDRO SEVERO, hdn.6.1.10; hdn.6.5.8-9, en donde evita que, en la lucha contra ARTAJERJES penetrara el ejército romano en territorio persa, propiciando, de este modo, el contrataque enemigo; hdn.6.8.3, en donde dice que “ALEJANDRO (...) estaba a los órdenes de su madre. Así, la administración dependía de la voluntad y el parecer de una mujer y el Emperador se mostraba remiso y cobarde en la guerra”; hdn.6.8.5, en donde los soldados lo tratan de “miedoso muchachito esclavo de su madre”.

<sup>124</sup> El 13 de Marzo del año 222dC.

<sup>125</sup> La HISTORIA AUGUSTA se refiere al Emperador como un adolescente: sha.alex.12.3 “muy joven”, eutr.brev.23; “joven”, AV.ces.24.2 Nombrado César por las legiones y Augusto por el Senado, eutr.brev.23; según AV.ces.23.3, fue designado César por la nobleza; más tarde, es designado Augusto con el consentimiento de los soldados AV.ces.24.1.

<sup>126</sup> Su primera esposa se llamaba MEMIA, sha.alex.20.3; la segunda, CNEA SEYA HERENIA SALUSTIA BARBIA ORBIANA, de una familia de la aristocracia antonina, hija de LUCIO SEYO; según HERODIANO (hdn.6.1.9-10) MAMEA, celosa, hizo ejecutar el padre de BARBIA y a ella la desterró a Libia, contra la voluntad de ALEJANDRO SEVERO.

b). - *Política interior*

Fue favorable al Senado<sup>129</sup>. Creó un consejo de regencia<sup>130</sup> hasta alcanzar la mayoría de edad; del *consilium principis*<sup>131</sup> formaban parte 70 miembros (entre ellos, 20 juristas; entre éstos, UPLIANO y PAULO)<sup>132</sup>. El año 229dC fue cónsul el historiador DION CASIO, autor de una *Historia romana* en 80 Libros.

Como hiciera CARACALLA (y otros muchos antes que él), embelleció la Ciudad de Roma, restaurando edificios<sup>133</sup> y con nuevas edificaciones<sup>134</sup> aunque su actividad urbanística no se limitó a la Urbe<sup>135</sup>.

Vinculado a Oriente, e influenciado por la actividad y la conducta de su primo HELIOGÁBALO, rindió culto a los dioses orientales, pero en Roma practicó la religión propia de

---

<sup>127</sup> hdn.6.1.6-7; 9; 6.9.8.

<sup>128</sup> Tanto públicas (sha.alex.15-17; sha.alex.19-20; sha.alex. 21-23, etc.) como privadas (sha.alex.18; sha.alex.24; sha.alex.29.2; sha.alex.40-42; etc.); sha.alex.29.2; sha.alex.26.1. Era una persona culta. Leía autores griegos (principalmente PLATÓN) y romanos (CICERÓN, HORACIO).sha.alex.30.1; sha.alex.30.2.

<sup>129</sup> sha.alex.21.3. Los Prefectos del Pretorio, nombrados desde AUGUSTO de entre los integrantes del orden ecuestre, fueron extraídos de entre los senadores, y designados con la aprobación del Senado, lo cual no dejaba de tener sentido, por cuanto su competencia se extendía al Senado, sha.alex.21.5; además, aceptaba los *Praefecti Urbis* que habían sido nombrados por el Senado, y consultaba con el Senado la designación de nuevos senadores. Encomendó el gobierno de las Provincias (ejercido hasta entonces por los *legati*), a miembros del orden ecuestre, siempre de acuerdo con el Senado, sha.alex.24.1. Nombró los denominados *Quaestores candidati principis*, nombrados por el Emperador sin formalidad alguna, sha.alex.43.3. Creó los *Curatores regionum*, elegidos entre los ex cónsules, y, bajo la supervisión del *Praefectus Urbi*, 14 *Curatores Urbis* (uno para cada uno de los 14 distritos en los que AUGUSTO dividió Roma), con funciones jurisdiccionales; sha.alex.33.1. La novedad es que ALEJANDRO SEVERO elige estos 14 *Curatores* del estamento senatorial, de entre los ex-cónsules. Limitó los procesos por *crimen maiestatis* y, en general, redujo los procesos criminales, sha.alex.21.1.

<sup>130</sup> Integrado por 16 senadores, bajo la presidencia de UPLIANO (retirado a la vida privada tras el asesinato de EMILIO PAPINIANO por CARACALLA); hdn6.2.

<sup>131</sup> sha.alex.15.6; hdn.6.4.

<sup>132</sup> sha.alex.16.1. UPLIANO había sido nombrado Prefecto del Pretorio por HELIOGÁBALO; ALEJANDRO SEVERO lo mantuvo en este puesto y, además, revocó el destierro de PAULO, AV.ces.24.6.

<sup>133</sup> sha.alex.25.3.

<sup>134</sup> sha.alex.22.4 AV.ces.24.5; Inició la construcción de la Basílica Alejandrina, pero no pudo ver su finalización sha.alex.26.7. Construyó un acueducto, que llevaba su nombre, el *Aqua Alejandrina*, que llevaba agua a las termas de NERÓN, sha.alex.25.4. Concluyó las termas de CARACALLA, a las que añadió unos pórticos; sha.alex.25.6. Restauró algunos edificios (por ejemplo, el Coliseo, o los templos de Isis y Serapis), sha.alex.26.8. Adornó la ciudad con innumerables estatuas, sha.alex.25.8; las estatuas que representaban las personalidades más ilustres fueron trasladadas al Foro de TRAJANO, sha.alex.26.4. También honró su madre construyendo edificaciones, sha.alex.26.9. AV.ces.24.5 y eutr.brev.23, se hacen eco de la piedad para con su madre.

<sup>135</sup> En las Provincias llevó a cabo reparaciones (de termas, calzadas, puentes y acueductos) y nuevas construcciones. sha.alex.26.10: *fecit et alia in Baiano opera magnifica in honorem adfinium suorum et stagna stupenda admisso mari* (Levantó, además, en Bayas otros edificios magníficos en honor de sus parientes y unos estanques que causaban admiración porque se proveían de agua del mar). sha.alex.26.11: *pontes quos Traianos fecerat instaurauit paene in omnibus locis, aliquos etiam nouos fecit, sed instauratis nomen Traiani reseruauit* (Restauró en casi todos los lugares los puentes que TRAJANO había levantado y construyó algunos de nueva planta; pero mantuvo el nombre de TRAJANO en aquellos que solamente había restaurado). sha.alex.21.1: *Condemnationes perraras esse iussit, at quae factae fuerant non indulxit. uectigalia ciuitatibus ad proprias fabricas deputauit* (Asignó a las ciudades rentas estatales para la construcción de sus propios edificios). sha.alex.44.8: *multis ciuitatibus, quae post terrae motus deformes erant, sumptus ad instaurationem operum et publicorum et priuatorum ex uectigalibus dedit* (Tuvo la intención de restaurar el teatro de MARCELO. Entregó dinero de los impuestos para reparar los edificios públicos y privados a muchas ciudades, que estaban desfiguradas como consecuencia de los terremotos).

la *Civitas*<sup>136</sup>. Su actitud hacia judíos y cristianos fue de franca tolerancia<sup>137</sup>, llegando a mantener relaciones con ORÍGENES en los años finales de su gobierno<sup>138</sup>.

c). - *Administración de Justicia y Legislación*

Participó personalmente en la administración de Justicia<sup>139</sup> y su tarea legisladora, respaldado por la excelente preparación y con el buen hacer de personalidades como ULPIANO y PAULO fue intensa. Fue respetuoso con la legislación<sup>140</sup>. En el Código de JUSTINIANO se conserva un total de 456 *Constitutiones* de las cuales 14 son de dudosa atribución<sup>141</sup>. Hizo que se pagara salario a gramáticos, retóricos, médicos, mecánicos, harúspices y arquitectos que se dedicaban a la docencia<sup>142</sup>.

En el ámbito de la organización militar, cuidó especialmente de las condiciones de los soldados y del destino de los veteranos<sup>143</sup>, lo que no suponía que se relajara la disciplina<sup>144</sup>. Las relaciones con el estamento militar fueron de mutua suspicacia: los soldados no se identificaban con un Emperador-General poco marcial, y ALEJANDRO SEVERO los temía. La falta de campañas alimentó el descontento de las tropas que acabaron por amotinarse<sup>145</sup>. Reclutó soldados de todo el Orbe romano, incluidos godos y germanos<sup>146</sup>.

Restauró la *confarreatio*, institución de Derecho privado agonizante, que había sido suprimida por HELIOGÁBALO<sup>147</sup>.

d). - *Economía*

Favoreció tanto la agricultura<sup>148</sup> y la ganadería<sup>149</sup> como el comercio<sup>150</sup>. Creó algunos impuestos nuevos<sup>151</sup> y redujo el interés de los préstamos con interés<sup>152</sup>. Dejó de acuñar los

<sup>136</sup> sha.alex.22.5; AV.ces.21.4

<sup>137</sup> sha.alex.22.4; sha.alex.45.7. Según ELIO LAMPRIDIO, el biógrafo de ALEJANDRO SEVERO en la HISTORIA AUGUSTA, incluso tenía una estatua de CRISTO y otra de ABRAHAM en su larario, sha.alex.29.2; sha.alex.43.6; sha.alex.43.7. La tolerancia para con el cristianismo se plasma en la siguiente anécdota, sha.alex.49.6. Adoptó incluso máximas propias del cristianismo, sha.alex.51.7; sha.alex.51.8: “*Quod tibi fieri non uis, alteri ne feceris*”.

<sup>138</sup> 232dC, en Antioquía.

<sup>139</sup> hdn.6.1.6.

<sup>140</sup> sha.alex.44.6.

<sup>141</sup> VCI 135-138.

<sup>142</sup> sha.alex.44.4. No olvidemos que el salario resultaba humillante para las clases altas, por cuanto connotaba la realización de una actividad manual, de la que se encargaban las clases bajas. Algunas profesiones (médicos, comadronas, Juristas), por el desempeño de su actividad no recibían salario, sino honorarios.

<sup>143</sup> sha.alex. 21.6; 23.1; 31.4. Fue el primer Emperador que estableció veteranos (*castellani*) en los límites del Imperio.

<sup>144</sup> sha.alex.52.2; sha.alex.53.1; sha.alex.52.3.

<sup>145</sup> sha.alex.53.8 (en Antioquía, en la campaña contra los persas); sha.alex.59.4 (referido a las legiones que se dirigen contra los germanos); hdn.6.4.7, en Siria y Egipto, cuando ALEJANDRO se dispone a enfrentarse a ARTAJERJES (ARDASHIR). Surgirán algunos usurpadores, entre otros, ELIO LAMPRIDIO (citando la autoridad de MARIO MÁXIMO, AURELIO VERO, ESTACIO VALENTE, SEPTIMINO, ACOLIO, ENCOPIO) se refiere a OVINIO CAMILO (sha.alex.48). Hubo sublevaciones en Siria, Egipto, Mauritania Tingitana (sofocada por FURIO CELSO), Iliria (apagada por VALERIO MACRINO), Isauria y Armenia (aplastadas por JUNIO PALMATO), sha.alex.58.1.

<sup>146</sup> hdn.8.1.3; hdn.8.2.1.

<sup>147</sup> sha.alex.22.3.

antoninianos (creados por CARACALLA); durante su gobierno circularon 3 monedas de bronce y reguló la circulación de la moneda substituyendo las monedas de oro de HELIOGÁBALO por los aureos de época de CARACALLA<sup>153</sup>.

e). - *Política exterior*

En el exterior, ALEJANDRO SEVERO tuvo, al final de su gobierno, 2 frentes.

a. - *Persia. Los sasánidas*

En Oriente, en Persia, surgió la dinastía de los sasánidas. ARTAJERJES (o ARDASHIR)<sup>154</sup>, nieto de SASAN (que da origen y nombre a la dinastía), reunió las tribus de Persia y desafió a ARTABANO V (perteneciente a la dinastía de los Arsácidas). Tras diversas batallas (3, entre los años 222dC-227dC) y tras tomar Ctesifonte (226dC), acabó por derrotarlo el 227dC. Con la muerte de ARTABANO V<sup>155</sup> se extinguía la dinastía de los Arsácidas. ARTAJERJES pretendía reconstruir el antiguo imperio de los aqueménidas; el año 230dC, cruzó el Éufrates<sup>156</sup>, (con los ojos puestos en Armenia, Siria y Capadocia)<sup>157</sup>. ALEJANDRO SEVERO intentó solucionar el conflicto a través de la diplomacia<sup>158</sup>, pero ARTAJERJES no sólo no hizo caso, sino que respondió de manera insolente<sup>159</sup>. ALEJANDRO SEVERO, acompañado de su madre, JULIA MAMEA, se dirigió a Palmira pero su ejército fue presa de la epidemia. Los años 232dC-233dC el Emperador trató de rehacer su ejército. Por fin, entablado el combate<sup>160</sup>, el ejército romano conquistó parte del territorio perdido. ALEJANDRO SEVERO y JULIA MAMEA retornaron ese mismo año a Roma.

<sup>148</sup> Ejerciendo, por ejemplo, de prestamista con los pequeños propietarios a los que prestaba su dinero al interés del 4%, y concediéndoles tierras, esclavos, animales y aperos de labranza, con la finalidad de reactivar la explotación de la tierra; sha.alex.21.2..

<sup>149</sup> Limitando la matanza de ganado vacuno y porcino.

<sup>150</sup> Concediendo exenciones y privilegios a los que comerciaban con la Urbe, sha.alex.22.1. Impulsó la comercialización de los talleres imperiales que elaboraban púrpura con la finalidad de incrementar los ingresos del Estado, sha.alex.40.6.

<sup>151</sup> sha.alex.24.5.

<sup>152</sup> sha.alex.26.2.

<sup>153</sup> sha.alex.39.9.

<sup>154</sup> JERJES en AV.ces.24.2 y eutr.brev.23.

<sup>155</sup> hdn.6.2.1.

<sup>156</sup> hdn.6.2.1.

<sup>157</sup> DION CASIO y HERODIANO son relativamente parcos al dar noticia de esta campaña. El ejército salió de Roma al comenzar el año 231dC. Para la información general sobre esta campaña, hdn. 6.2-7.

<sup>158</sup> hdn.6.2.3; hdn.6.4.4, en donde ALEJANDRO SEVERO envía una segunda embajada cuando ya se ha puesto en camino desde Roma, 231dC; a esta embajada responde de manera insolente ARTAJERJES (ARDASHIR) enviando otra de 400 hombres haciendo reclamaciones territoriales descabelladas (Siria, Asia, Jonia, Capadocia, todos los pueblos separados por el Egeo y el Ponto). ALEJANDRO SEVERO apresó primero y liberó después los 400 embajadores prohibiéndoles volver a su casa.

<sup>159</sup> hdn.6.4.5

<sup>160</sup> Verano del año 232dC. La batalla, tras la victoria inicial, acaba, a la postre en desastre para el ejército romano; hdn.6.5.10. El resultado final de la guerra (incierto en realidad) fue considerado un éxito por los romanos.

### b. - *Occidente: Germania*<sup>161</sup>

Las inquietudes en Oriente de las tropas romanas dejaron la frontera germana desguarnecida lo que fue aprovechado por los germanos para atravesar el Rin y el Danubio<sup>162</sup>. El año 234, ALEJANDRO SEVERO y JULIA MAMEA, se dirigieron a la Galia con un ejército heterogéneo<sup>163</sup>. El Emperador volvió a intentar solucionar el conflicto por vías pacíficas<sup>164</sup>, pero el ejército se amotinó y nombró Emperador a MAXIMINO EL TRACIO<sup>165</sup>.

f). - *Muerte*

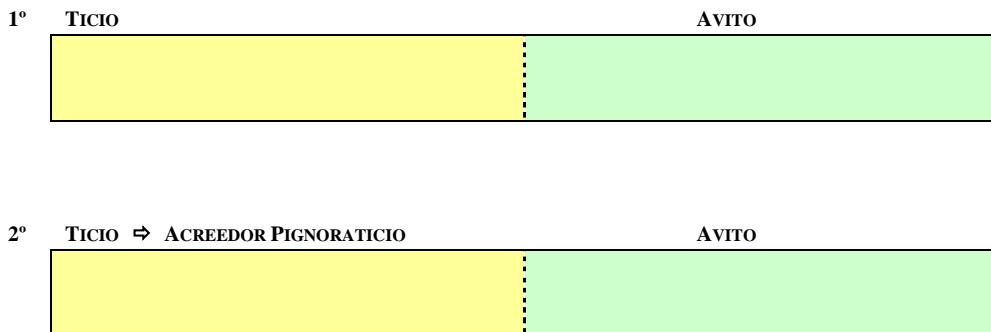
ALEJANDRO SEVERO y JULIA MAMEA (aquél, acusado de cobarde; ésta, por su avaricia y su ingerencia en el gobierno<sup>166</sup>) fueron asesinados<sup>167</sup> a mediados de marzo del 235dC, el joven Emperador a la edad de 29 años, tras gobernar 13 años<sup>168</sup>.

### 4.3. - Transmisión

Possiblemente, como ya se ha dicho, el texto ha llegado a nosotros habiendo pasado de los Archivos de la Cancillería imperial al Código Gregoriano, de éste, al *Codex Vetus* y, por fin, de éste, al *Codex Iustinianii*<sup>169</sup>.

**ARCHIVOS** ➔ **CÓDIGO GREGORIANO** ➔ **CODEX VETUS** ➔ **CÓDIGO DE JUSTINIANO**

#### 4.4. - Supuesto de hecho (viñas)



<sup>161</sup> sha.alex.59; hdn.6.7.2-10. Eran los comienzos del año 233dC

<sup>162</sup> hdn.6.7.2-7. Puesto en camino, ALEJANDRO SEVERO cruzará el Rin el verano del año 233dC.

<sup>163</sup> Integrado por moros, osroenos (arqueros orientales), partos; hdn.6.3.2.

<sup>164</sup> hdn.6.7.9, intentando evitar la guerra comprando su voluntad con oro.

<sup>165</sup> hdn.6.7.9, intentando evitar la guerra comprando su voluntad con oro; hdn.6.8.4-5. Su nombre completo era CAYO JULIO VERO MAXIMINO.

<sup>166</sup> sha.alex.59.8; hdn.6.1.8; hdn.6.9.4; hdn.6.8.5, en donde los soldados tratan a MAMEA de “roñosa viejecita”; hdn 6.9.8

<sup>167</sup> sha alex 59 6-8· hdn 6 8 7-

<sup>168</sup> sha.alex.60.1: *Imperauit annis XIII diebus UIII. uixit annis XXVIII mensibus III diebus VII* (Gobernó durante 13 años y 8 días. Vivió 29 años, 3 meses y 7 días).

<sup>169</sup> Para las alteraciones en el texto, IIC 69.

A).- C.3.37.2pr

Ticio (el hermano de AVITO) da en prenda la totalidad de las viñas comunes. Ningún condómino puede disponer jurídica ni materialmente de la totalidad del bien común sin el consentimiento de los demás comuneros. Por lo tanto se debe devolver a AVITO su parte y los frutos que el ACREDOR hubiese percibido de ella.

En otra *Constitutio*<sup>170</sup>, ésta de CARACALLA, se dice exactamente lo mismo.

C.8.20

*SI COMMUNIS RES PIGNORATA SIT*

*Imp. Antoninus Venusto*

*Frater tuus, sicut uobis inuitis portionem uobis competentem obligare non potuit, ita suam dando obligationem creditoris quae sit. Unde intellegis nullum praeiudicium dominio uestro contractum eius facere potuisse.*

*<a 214 accepta xiiii k. Dec. Messalla et sabino consss. >*

**DE SI SE HUBIERA DADO EN PREnda UNA COSA COMÚN**

**El Emperador ANTONINO (CARACALLA) a VENUSTO**

Así como tu hermano no pudo obligar contra vuestra voluntad la porción que os compete, así también contrajo obligación para su acreedor dando la suya. Por donde ves que su contrato no pudo causar perjuicio alguno a vuestro dominio.

Dada a 14 de las Calendas de Diciembre bajo el consulado de Mesala y Sabino (214dC)

Por cuanto ningún condómino puede disponer jurídicamente más allá de su cuota (incluyéndose la constitución de un *pignus*), el Gobernador manda al Acreedor pignoraticio, que ya está poseyendo, que restituya a AVITO su parte de las viñas con los frutos que le corresponderían por las cuotas ya delimitadas.

B).- C.3.37.2.1

2º	[TICIO] ⇒ ACREDOR PIGNORATICO	AVITO

En este segundo supuesto se alude a la posibilidad de ejercitar la *actio communi dividundo* para dividir las viñas, las cuales ahora son comunes a AVITO y al ACREDOR. Debe entenderse que TICIO no ha podido cumplir la obligación que garantizó con la prenda, y por lo tanto esa parte del fundo pasa, por virtud de la *lex commissoria*, a propiedad del ACREDOR.<sup>171</sup>

La *actio communi dividundo* se concede exclusivamente a los comuneros<sup>172</sup>. Al ejercitarse esta acción entre AVITO y el Acreedor pignoraticio, se hace necesario que éste último haya adquirido el título de propietario y ello sólo ha podido tener lugar (en el supuesto que se plantea) por virtud de la *lex commissoria*.

<sup>170</sup> Se dedica un Título en exclusiva, en el que sólo se contiene esta *Constitutio*.

<sup>171</sup> Berger, A, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen*, 63.

<sup>172</sup> D.10.3.19.1 Pau 6sab.

Debemos recalcar que no se trata de la división del derecho de prenda entre 2 Acreedores pignoraticios por cuanto a éstos se concede la *actio communi dividundo* en vía útil<sup>173</sup>.

De esta manera, al realizarse la división, AVITO recibirá toda la finca, habiendo compensado al ACREDOR entregándole la cantidad en la que fue estimada<sup>174</sup> la parte que tenía, o el ACREDOR recibirá toda la finca y deberá entregar a AVITO la cantidad dineraria en que fue estimada su parte. Son las mismas soluciones que se dan en C.3.37pr (para los supuestos en que la finca resulte indivisible<sup>175</sup>).

#### D.10.3.10.2 Pau 23ed:

*In communi diuidundo iudicio iusto pretio rem aestimare debet* En el juicio de división de cosa común deberá el juez estimar la cosa iudex...

---

<sup>173</sup> Además, en este supuesto, no hay pluralidad de acreedores pignoraticios. D.10.3.7.6 Ulp 20ed.

<sup>174</sup> D.10.3.10.2 Pav 23ed: *In communi dividendo iudicio iusto pretio rem aestimare debet iudex et de evictione quoque cavendum erit.* (En el juicio de división de cosa común deberá el juez estimar la cosa en su justo precio y también se habrá de dar caución de evicción).

<sup>175</sup> C.3.37.1pr ant 213dC; C.3.37.3.1 alex. 224dC

### 5. - C.3.37.3

#### 5.1. - Transcripción

##### C.3.37.3

*Idem. A. Verecundiano*

*(pr): Ad officium arbitri, qui inter te et fratrem tuum diuidendis bonis datus fuerit, ea sola pertinent, quae manent communia tibi et illi. Nam ea, quorum partem is uendidit, cum emptoribus tibi communia sunt et aduersus singulos arbitrum petere debes, si ab illorum quoque societate discedi placeat.*

*(1): Cum autem regionibus diuidi aliquis ager inter socios non potest, uel ex pluribus singuli aestimatione iusta facta unicuique sociorum adiudicantur, compensatione inuicem pretiū facta eoque, cui maiores res pretiū obuenit, ceteris condemnato, ad licitationem nonnumquam etiam extraneo emptore admisso, maxime si se non sufficere ad iusta pretia alter ex sociis sua pecunia uincere uilius licentem profiteatur.*

*<a 224 pp. U non. Mai. Iuliano et crispino consss.>*

**El Emperador ALEJANDRO, Augusto, a VERECUNDIANO**

Corresponde al ministerio del árbitro, que se hubiere nombrado para dividir entre tú y tu hermano los bienes, aquellos solos que permanecen comunes para ti y para él. Porque aquellos, de los que él vendió su parte, te son comunes con los compradores, y si pluguiera separarse también de la sociedad de los mismos, debes pedir árbitro contra cada uno de ellos.

Mas cuando algún campo, o cada uno de ellos, no puede ser dividido en regiones entre los condueños, se adjudica, hecha la justa estimación, a cada uno de los condueños, haciéndose recíprocamente la compensación del precio, y siendo condenado a favor de los demás aquél a quien toca la cosa de mayor precio, admitiéndose a veces a la licitación también un comprador extraño, principalmente si uno de los condueños confesara que para llegar al justo precio no puede vencer con su dinero al que en la licitación ofreece menos.

Publicada a 5 de las Nonas de Mayo, bajo el Consulado de JULIANO y CRISPINO [224dC]

#### 5.2. - Factores contextuales

##### A). - *Sedes materiae*

Esta *Constitutio*, la tercera del Título (C.3.37.3), es precedido por una *Constitutio* del propio ALEJANDRO SEVERO (C.3.37.2) y es seguido por otra *Constitutio* de DIOCLECIANO (C.3.37.4), de la que la separan 70 años.

##### B). - *Inscriptio*

###### a). - *Firmantes*

El texto lo subscribe de nuevo el Emperador ALEJANDRO SEVERO (222dC-235dC), 2 años y casi 2 meses tras su acceso al poder.

###### b). - *Destinatario*

En esta ocasión, la persona que realiza la consulta al Emperador es, una vez más, un anónimo particular llamado *VERECUNDIANUS*.

C). - *Subscriptio*

En la *subscriptio* se refleja la fecha (5 de las nonas de Mayo, esto es, el 5 de Mayo<sup>176</sup> del año 224dC, bajo el consulado de JULIANO y CRISPINO<sup>177</sup>), pero, a diferencia del texto de CARACALLA, no se hace referencia alguna al lugar de su publicación<sup>178</sup>.

D). - *Clase de Constitutio*

Una vez más, se trata, posiblemente, de un Rescripto (*libellus*)<sup>179</sup>:

- a). - En primer lugar, por la fecha de su publicación. Fue publicado en el año 224dC y, con toda probabilidad, fue incluido en el *Codex Gregorianus*, que contenía *Constitutiones* al menos desde ADRIANO hasta el año 292dC, especialmente, Rescriptos.
- b). - En segundo lugar, porque el destinatario es VERECUNDIANO, posiblemente un anónimo particular, puesto que, a continuación del nombre en la *inscriptio* no aparece alusión a función pública alguna.
- c). - En tercer lugar, por las alusiones directas del texto; así, en C.3.37.3pr: *te* (tu), *fratrer tuum* (tu hermano), *tibi* (te/a ti, 2 veces), *petere debes* (debes pedir); en el siguiente párrafo del texto, C.3.37.3.1 no aparece ninguna alusión directa al consultante<sup>180</sup>.

<sup>176</sup> En la mayoría de los manuscritos aparece *mai* (Mayo); el *Codex bibliothecae capitularis Pistoriensis*, por error, escribe *mtii*. GC, C.3.37, 391.

<sup>177</sup> Así en KRÜGER C.3.37.3 (144). El *Codex bibliothecae capitularis Pistoriensis* cambia las fechas: a C.3.37.2 le pone la de la siguiente; a C.3.37.3, le pone ésta. GC, C.3.37, 391.

<sup>178</sup> Probablemente fue dictada en Roma, donde se encontraba el Emperador.

<sup>179</sup> VCI 190. En cuanto que el consultante es un particular y no un órgano de la *Civitas*, la respuesta del Emperador debió de ser tramitada por el departamento *a libellis* de la Cancillería imperial y, por lo tanto, habría adoptado la forma de *libellus* (habiéndose dado la respuesta en el mismo documento en el que se realizaba la consulta, a continuación de ésta, y habiendo sido archivada una copia de la consulta y de la respuesta).

<sup>180</sup> El texto está escrito en estilo impersonal, lo cual puede significar, varias cosas: 1) Que, efectivamente, la respuesta original se escribió de esta manera; 2) que el texto fue objeto de manipulación en época postclásica (glosema), de manera que la respuesta que se daba directamente por el Emperador a VERECUNDIANO, se convirtió (lo que sucedió con innumerables textos) en una norma de carácter general; 3) que la manipulación del texto fue obra de los Compiladores (interpolación). No puede afirmarse de manera absoluta ninguna de estas 3 cosas. En cualquier caso, si, como en el párrafo precedente, ALEJANDRO SEVERO se dirigía personalmente al consultante, el texto pudo haber tenido una redacción semejante a la siguiente: "Mas cuando algún campo, o cada uno de ellos, no puede ser dividido en regiones entre **tú y tu hermano**, se adjudicará, hecha la justa estimación, a cada uno de **vosotros**, haciéndose recíprocamente la compensación del precio, y siendo condenado a favor del otro aquel a quien toque la cosa de mayor precio, admitiéndose a veces a la licitación también un comprador extraño, principalmente si **tú o tu hermano confesarais** que para llegar al justo precio no **podéis** vencer con **vuestro** dinero al que en la licitación ofrece menos". Aventuramos una redacción excesivamente tímida y ajustada al texto transmitido; posiblemente, de haberse dirigido de esta manera el Emperador a VERECUNDIANO, las alusiones personales habrían sido mayores y más matizadas.

### E). - Acontecimientos históricos

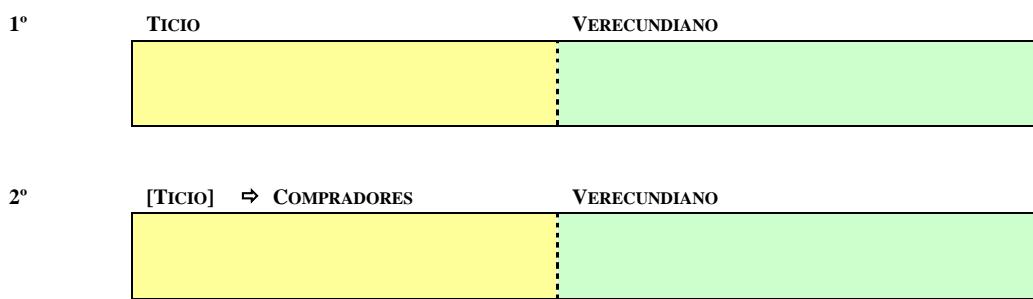
Ya nos hemos referido a los acontecimientos históricos de estos años al estudiar el texto precedente.

#### 5.3. - Transmisión

El camino más lógico por el que la *Constitutio* ha podido llegar a nosotros, pudo haber sido, una vez más, el siguiente: de los Archivos de la Cancillería imperial pasó al Código Gregoriano, de éste, al *Codex Vetus* y, por último, de éste, al *Codex Iustiniani*<sup>181</sup>.

ARCHIVOS → CÓDIGO GREGORIANO → CODEX VETUS → CÓDIGO DE JUSTINIANO

#### 5.4. - Supuesto de hecho (bienes en común)



### A). - C.3.37.3pr

En el primer supuesto se habla sobre la posibilidad de dividir los bienes comunes que tienen dos hermanos, solicitando la *actio communi dividundo*, como ya hemos visto.

Obviamente, aquellos bienes de los que el hermano vendió su parte (recordemos la plena libertad para disponer de la cuota) son comunes con quienes los compraron<sup>182</sup>.

Si VERECUNDIANO desea dividirlos deberá ejercitarse la *actio communi dividundo* con cada uno de los Compradores<sup>183</sup>.

#### D.10.3.3pr. Ulp 30sab:

*In communi diuidundo iudicio nihil peruenit ultra diuisionem* Al juicio de división de cosa común no va nada además de la división  
*rerum ipsarum quae communes...* de las mismas cosas, que sean comunes...

Destacando el énfasis de la expresión “cosas, que sean comunes”. Por lo tanto, aquello que dejó de ser común entre los hermanos no puede ir al mismo juicio entre ellos, debiendo ejercitarse otra acción de división en relación con los compradores.

<sup>181</sup> Para las alteraciones en el texto, IIC 69.

<sup>182</sup> C.3.37.1pr ant 213dC.

<sup>183</sup> D.10.3.8pr. Pav 23ed; D.10.3.29.1 Pau 2quaest.

## D.10.3.4.2 Ulp 19ed

*Hoc iudicium bonae fidei est: quare si una res indiuisa relicta sit, ualebit utique et ceterarum diuisio et poterit iterum communi diuidendo agi de ea quae indiuisa mansit.* Esta acción es de buena fe; por lo cual, si se hubiera dejado indivisa una cosa, valdrá ciertamente la división de las demás, y podrá intentarse de nuevo la acción de división de cosa común respecto de aquella que quedó sin dividir

B). - *C.3.37.3.1*<sup>184</sup>

Si se tratara de un fundo común y éste es indivisible<sup>185</sup>, se adjudicará a uno de ellos haciendo las pertinentes compensaciones. Aquél que recibe la parte más valiosa debe indemnizar al resto.

En la parte final del texto se menciona la posibilidad de permitir la licitación de terceros que pujen por el fundo. En caso de que sea un tercero extraño quien se queda en fundo, los ex-condóminos se deberán repartir el precio.

<sup>184</sup> Berger, A, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen*, 99.

<sup>185</sup> C.3.37.1pr ant 213dC; C.3.37.2.1 alex 222dC.

## 6. - C.3.37.4

### 6.1. - Transcripción

#### C.3.37.4

*Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. Et CC. HERODAE*

*(pr): Si maior quinque et uiginti annis soror tua tecum res communes diuisit, quamuis non instrumentis, sed aliis probationibus earum diremptam communionem probetur, stare finitis conuenit*

*(1): Quod si minor fuit nec tempus in integrum restitutioni praeſinitum adhuc excessit, an in integrum propter diuisionem restitui debeat, causa cognita prouinciae praeses aestimabit*

*(2): Idem eorum etiam, quae uobis permanent communia, fieri diuisionem prouidebit, tam sumptuum, si quis de uobis in res communes fecit, quam fructuum, item dolii et culpae, cum in communi diuidundo iudicio haec omnia uenire non ambiguit, rationem, ut in omnibus aequalitas seruetur, habiturus.*

*< a 294 d33. uiii id. Febr. Cc. Conss. >*

**Los Emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO, Augustos y Césares, a HERODA**

Si siendo mayor de 25 años tu hermana dividió contigo los bienes comunes, aunque no se pruebe con documentos, sino con otras pruebas, que se disolvió la comunión de aquellos, conviene que se esté a lo hecho

Pero si fue menor, y aun no transcurrió el tiempo establecido para la restitución por entero, el Presidente de la Provincia estimará, con conocimiento de causa, si se deberá hacer la restitución por entero por causa de división

El mismo proveerá que también se haga la división de los que permanecen siéndoos comunes, así respecto a los gastos, si alguno de vosotros los hizo en las cosas comunes, como respecto a los frutos; debiendo, así mismo, tener cuenta del dolo y de la culpa, pues no hay duda de que todo esto viene comprendido en el juicio de división de cosa común, de suerte que en todo se conserve la igualdad.

Dada a 8 de los Idus de Febrero, bajo el consulado de los Césares [294dC]

### 6.2. - Factores contextuales

#### A). - *Sedes materiae*

La cuarta *Constitutio* del Título C.3.37, obra de DIOCLECIANO y MAXIMIANO (C.3.37.4), es precedida, por otra *Constitutio* de ALEJANDRO SEVERO (C.3.37.3), de la que la separan 70 años, y es seguida por otra del propio DIOCLECIANO (C.3.37.5).

#### B). - *Inscriptio*

##### a). - *Firmantes*

El texto lo subscriben los Emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO (294dC), 11 años tras el ascenso de DIOCLECIANO al poder.

##### b). - *Destinatario*

El destinatario de la *Constitutio* se llama *HERODA*<sup>186</sup>. Tanto si se trata de un varón como de una mujer, una vez más nos encontramos ante un particular anónimo.

#### C). - *Subscriptio*

El texto fue publicado a 8 de los Idus de Febrero, esto es, el 6 de Febrero del año 294dC, bajo el Consulado de DIOCLECIANO y MAXIMIANO<sup>187</sup>), pero, a diferencia del texto de CARACALLA, no se hace referencia alguna al lugar de su publicación.

<sup>186</sup> No son raros los nombres de varón acabados en “a”, generalmente de origen etrusco (Sila, Perpenna, Catilina, Glauca, etc.).

D). - *Clase de Constitutio*

Una vez más, se trata, posiblemente, de un Rescripto (*libellus*):

a). - En primer lugar, por la fecha de su publicación. Fue publicado en el año 294dC y, con toda probabilidad, fue incluido en el *Codex Hermogenianus*, que contenía fundamentalmente *Constitutiones* de DIOCLECIANO y MAXIMIANO, especialmente, Rescriptos<sup>188</sup>.

b). - En segundo lugar, porque el destinatario es HERODA. Si se trata de un varón, una vez más nos hallamos ante un anónimo particular<sup>189</sup>, puesto que, a continuación del nombre en la *inscriptio* no aparece alusión a función pública alguna. Si se trata de una mujer, nos encontramos indudablemente ante un Rescripto, por cuanto la mujer no tuvo en Roma acceso a ningún cargo público.

c). - En tercer lugar, por las alusiones directas del texto; así, en C.3.37.4pr: *te* (tu), *Soror tua* (tu hermana), *tecum* (contigo); C.3.37.4.1, no aparece ninguna alusión directa al consultante; C.3.37.4.2, *vobis* (vosotros, 2 veces).

E). - *Acontecimientos históricos*a). - *Acceso al poder*<sup>190</sup>

Natural de Dalmacia<sup>191</sup>, los orígenes de CAYO AURELIO VALERIO DIOCLECIANO<sup>192</sup>, son oscuros<sup>193</sup>. Nacido en torno al año 244dC, tras la muerte del Emperador CARO en batalla contra los persas, y de su hijo NUMERIANO<sup>194</sup>, fue proclamado Emperador por sus tropas<sup>195</sup>.

<sup>187</sup> Llama la atención que DIOCLECIANO y MAXIMIANO subscrivan la *Constitutio* como Augustos y como Césares, por cuanto el año 294dC ya habían sido asociados al poder como Césares JULIO CONSTANCIO CLORO y GALERIO MÁXIMO ARMENTARIO, posiblemente, a primeros del año 293dC.

<sup>188</sup> Contenía, además, *Constitutiones* hasta VALENTINIANO I (365dC); posiblemente las *Constitutiones* de CONSTANTINO no fueron incluidas, por cuanto se recogieron en el Código Teodosiano (NNDI sv 380).

<sup>189</sup> VCI 190.

<sup>190</sup> BERTOLINI, F, *Historia de Roma*, 597-608; KOVALIOV, S.I, *Historia de Roma*, 777-787. Las fuentes principales, son las siguientes, AV.ces.39; eutr.brev.9.19-28; lact.pers.7-8, donde se hace un retrato caricaturescamente severo de DIOCLECIANO; or.hist.7-25; información muy segada en euseb.const.1.12.2; 1.13; 1.14.1; 1.15.1; 1.18; 1.19.1: 2.49; 2.51.1; además, los *Panegíricos* de los retóricos EUMENIO y MAMERTINO. Una biografía de DIOCLECIANO, hoy perdida, fue confeccionada por su secretario EUMENIO; del mismo modo, la *Nueva historia* de ZÓSIMO concluye su primer libro con la proclamación de CARO y la muerte de PROBO; a continuación debería ocuparse del gobierno de CARO, CARINO y NUMERIANO, y, tras el de éstos, del de DIOCLECIANO y MAXIMIANO, pero esta parte se ha perdido; el Libro II se inicia con una disertación sobre los Juegos Seculares y sigue con la figura de CONSTANTINO.

<sup>191</sup> eutr.brev.9.19.2.

<sup>192</sup> Su nombre originario era DIOCLES.

<sup>193</sup> eutr.brev.9.19.2.

<sup>194</sup> Asesinado, AV.ces.39.13; sha.ccn.12.1; o accidentalmente, por un rayo, eutr.brev.9.19.2.

<sup>195</sup> Se acusó de la muerte de NUMERIANO a su suegro, ARRIO APRO, AV.ces.39.13, o, simplemente, de haber conspirado contra él; en cualquier caso, el primer acto de Diocleciano como emperador fue dar muerte a APRO; sha.ccn.13.1.

b). - *Conflictos*

Se enfrentó contra el otro hijo de CARO, CARINO<sup>196</sup> y, tras derrotarlo, es posible que no acudiera a Roma. Tras la victoria se comportó de manera clemente con los vencidos, manteniéndolos en sus cargos y no decretando proscripciones<sup>197</sup>. Poco después nombró César su amigo MAXIMIANO<sup>198</sup>. MAXIMIANO fue enviado a las Galias a sofocar la rebelión de los bagaudas<sup>199</sup>, en la Galia, mientras DIOCLECIANO volvía a Oriente<sup>200</sup>.

Durante el gobierno de DIOCLECIANO y MAXIMIANO hubo diversos intentos de sublevación y varios usurpadores<sup>201</sup>.

MAXIMIANO sofocó una rebelión en el norte de África (296dC); en el 297dC GALERIO venció en Armenia y concertó la paz con los Persas; CONSTANCIO derrotó a CARAUSIO y conquistó Britania (296dC).

c). - *Tetrarquía*

En la primavera del año 293dC, DIOCLECIANO y MAXIMIANO, Augustos, asociaron al poder como Césares supeditados a ellos y sus sucesores a JULIO CONSTANCIO CLORO y GALERIO MAXIMIANO ARMENTARIO<sup>202</sup> y fortalecieron la unión política con el vínculo del matrimonio<sup>203</sup>. La idea era que, tras la abdicación de DIOCLECIANO y MAXIMIANO, habiendo ejercido el poder por un período de 20 años, CONSTANCIO y GALERIO fueran Augustos y que los descendientes de éstos se convirtieran en Césares y, consecuentemente, en sucesores (futuros Augustos) de éstos<sup>204</sup> pasados 20 años, etc.

Con este sistema se pretendía proteger la vida de los Emperadores (que sucumbían con demasiada facilidad a los atentados y a las conspiraciones), garantizar un orden de sucesión

<sup>196</sup> Que, a la postre, moriría a manos de sus tropas; AV.ces.39.9; eutr.brev.9.20.2. Posiblemente, finales de la primavera del 285dC. De camino al encuentro con CARINO, DIOCLECIANO venció a SABINO JULIANO, también aspirante al poder, AV.ces.39.10.

<sup>197</sup> AV.ces.39.14.

<sup>198</sup> <sup>199</sup> MARCO VALERIO MAXIMIANO. La vida de MAXIMIANO queda siempre supeditada y a la sombra de la de DIOCLECIANO. El propio DIOCLECIANO dio el título de Hércules a MAXIMIANO, y él mismo adoptó el de Júpiter (*Iovis*); AV.ces.39.18; EUTROPIO, en varios lugares se refiere a él exclusivamente como HERCULIO, eutr.brev.9.22.1; eutr.brev.9.27.1-2. MAXIMIANO sería asociado al poder como Augusto a partir del 1 de Abril del 286dC; lact.pers.8, donde el retrato de MAXIMIANO es reflejo del de DIOCLECIANO en lact.pers.7.

<sup>199</sup> AV.ces.39.17; eutr.brev.9.20.3.

<sup>200</sup> Haría de Nicomedia su capital, quedando Roma relegada.

<sup>201</sup> Además del citado SABINO JULIANO, AV.ces.39.10: AQUILEO, en Alejandría, AV.ces.39.23 (derrotado por DIOCLECIANO el 296dC); eutr.brev.9.22-23; AV.ces.39.39; en Britania, CARAUSIO, AV.ces.39.20; 39; 41, y, tras él, ALECTO, AV.ces.39.40; eutr.brev.9.22.3; eutr.brev.9.21-23; NARSEO, AV.ces.39.35; eutr.brev.9.22.1; 24; 25; 27.

<sup>202</sup> Así aparecen los nombres en AV.ces.39.24. Se trataba de CÉSAR CAYO GALERIO VALERIO MAXIMIANO (sería el César de DOMICIANO) y CAYO FLAVIO VALERIO CONSTANCIO CLORO (padre de Constantino, sería el César de Maximiano). Los nombramientos tuvieron lugar en Nicomedia el 1 de Marzo del 293dC.

<sup>203</sup> CONSTANCIO contrajo matrimonio con TEODORA (hija, o hijastra, de MAXIMIANO); GALERIO, con VALERIA (hija de DIOCLECIANO); AV.ces.39.24; eutr.brev.9.22.1.

<sup>204</sup> En la zona Occidental del Imperio se hallaban MAXIMIANO y CONSTANCIO; a su muerte los sucederían sus hijos MAGENCIO y CONSTANTINO.

seguro, evitar las usurpaciones, defender mejor las fronteras, y controlar con menor esfuerzo las Provincias.

#### d). - *Administración*

Mientras Maximiano adoptaba como su lugar de residencia Milán, Diocleciano se asentó en Nicomedia, relegando la ciudad de Roma a un segundo lugar, por razones militares económicas y culturales<sup>205</sup> y adoptó las formalidades propias de las monarquías orientales<sup>206</sup>. El Emperador dejó de ser el Primer ciudadano (*Princeps*) y se convirtió en el Dueño (*Dominus*) del Imperio<sup>207</sup>.

##### a. - *Las 2 Prefecturas*

El gobierno se dividió en 2 Prefecturas, al frente de las cuales se encontraba un Prefecto del Pretorio (un Prefecto por cada Emperador). El territorio, sin embargo, se dividió en 4 partes<sup>208</sup>: en Oriente, DIOCLECIANO gobernaría Tracia, Asia y Egipto; GALERIO, Grecia. En Occidente, MAXIMIANO se haría cargo de Italia, Hispania y África; CONSTANCIO CLORO, de Galia y Britania<sup>209</sup>. Con el tiempo, las Prefecturas acabarían siendo 4.

##### b. - *Diócesis*

Las Prefecturas fueron divididas en 12 Vicarías<sup>210</sup>, gobernadas por Vicarios.

##### c. - *Provincias*

Se duplicó el número de Provincias hasta un total de 100<sup>211</sup>, regidas por el *Praeses* (Presidente), Cónsul o Co-Rector.

Se incrementó la burocracia<sup>212</sup>, se separó rígidamente administración civil y militar, desapareció la diferencia entre cargos ecuestres y senatoriales.

Se incrementó el número de soldados<sup>213</sup> y se dividió el ejército en unidades móviles y unidades estáticas (situadas en la frontera).

<sup>205</sup> KOVALIOV, *Historia de Roma*, 779.

<sup>206</sup> AV.ces.39.2; 4; 8; eutr.brev.9.26.

<sup>207</sup> AV.ces.39.2; 4; 8.

<sup>208</sup> lact.pers.7.2.

<sup>209</sup> AV.ces.39.30.

<sup>210</sup> I) Oriente (Egipto, Cirenaica, Siria, Mesopotamia y Arabia) II) el Ponto; III) Asia (Asia Menor); IV) Tracia (con Mesia Inferior); V) Mesia (con Macedonia, Grecia [= Acaya], Épiro, Creta); VI) Panonia y Nórico; VII) Italia (con Retia y Sicilia); VIII) Viena (Galia meridional); IX) Galia; X) Britania; XI) Hispania; XII) África.

<sup>211</sup> Excluida Roma, que haría la 101, distrito administrativo especial.

<sup>212</sup> lact.pers.7.4.

<sup>213</sup> lact.pers.7.2. Se estableció un impuesto, la *praebitio tironum* por virtud del cual, los habitantes debían aportar reclutas en base al impuesto de la tierra; el reclutamiento se hacía anualmente, aunque no en todas las Provincias; cuando no se reclutaba en una Provincia, se pagaba el *aurum tironicum*, un impuesto en metálico.

e). - *Economía*

La crisis del Siglo III dC supuso el regreso a la economía natural y cerrada<sup>214</sup>; el comercio y las relaciones culturales entre las distintas partes del Imperio se debilitaron sensiblemente.

a. - *Sistema fiscal*

El sistema tributario era muy complejo: algunas regiones pagaban impuestos en dinero, otras, en especie, otras, en dinero y especia, y, en fin, otras, no pagaban (Italia). Diocleciano unificó y uniformizó el sistema<sup>215</sup> constituyendo la persona la base del impuesto personal (*caput, capitatio*); la unidad del impuesto territorial fue el *iugum*.

Los impuestos experimentaron severos aumentos<sup>216</sup> y para la recolección de los mismos se impuso la inmovilidad y la adscripción, no sólo en la tierra, sino en los oficios. Como los Emperadores que los precedieron, también llevaron a cabo obras públicas<sup>217</sup>.

b. - *Moneda*

DIOCLECIANO (301 dC) regularizó la moneda absolutamente depreciada, estableciendo normas fijas y contenido fijo de oro en el áureo, y de plata en el denario.

c. - *Edictum de pretiis rerum venalium 301 dC*<sup>218</sup>

Las materias primas resultaban excesivamente caras. Con el Edicto sobre el precio de las ventas de las cosas se trataba de fijar un precio máximo tanto de las materias como del trabajo. Su incumplimiento conllevaba castigos muy severos. El intento de DIOCLECIANO resultó baldío, porque, en un sistema en el que la economía es natural y cerrada, produjo un aumento desorbitado de la especulación. Pronto cayó en desuso y es posible que fuera abolido al poco tiempo<sup>219</sup>.

f). - *Religión*

DIOCLECIANO trató de revitalizar la religión tradicional<sup>220</sup>. Prohibió el culto del cristianismo (23-24 de Febrero del 303 dC) y llevó a cabo, instigado por Galerio, una brutal persecución contra ellos<sup>221</sup>.

---

<sup>214</sup> lact.pers.7.3.

<sup>215</sup> KOVALIOV, *Historia de Roma*, 782-783.

<sup>216</sup> AV.ces.39.31; lact.pers.7.3-4if; 5; 8.4.

<sup>217</sup> lact.pers.7.8-10, expresando un juicio excesivamente severo.

<sup>218</sup> lact.pers.7.6-7. AV.ces.39.31: “... *pensionibus inducta lex noua* (fue aprobada una nueva Ley tributaria).

<sup>219</sup> lact.pers.7.7.

<sup>220</sup> AV.ces.39.45. Así, añadieron a sus nombres los apelativos de Hijo de Júpiter (*Iovius*, hijo de Júpiter DIOCLECIANO), e hijo de Hércules (*Herculius*, MAXIMIANO), AV.ces.39.18.

<sup>221</sup> lact.pers.10-17.

g). - *Justicia y Derecho*

La labor que desempeñó como legislador fue ingente. Se conserva cerca de 1.200 *Constitutiones* de DIOCLECIANO y MAXIMIANO<sup>222</sup> en el Código de JUSTINIANO. Además, en su época se llevó a cabo la Compilación del Código Gregoriano.

h). - *Abdicación y Muerte*

A los 20 años de gobierno, el 1 de Mayo del año 305dC<sup>223</sup>, DIOCLECIANO, aquejado de una grave enfermedad<sup>224</sup>, abdicó<sup>225</sup> (en Nicomedia), forzando un renuento<sup>226</sup> MAXIMIANO (en Milán) a hacer lo mismo. Los sucedieron GALERIO y CONSTANCIO CLORO respectivamente<sup>227</sup>. DIOCLECIANO sobrevivió lo suficiente para ver cómo se hundía el sistema por él planeado, víctima de la ambición de los Augustos y Césares, y para ser testigo de la muerte de MAXIMIANO (310dC). Murió el año 311dC<sup>228</sup>.

## 6.3. - Transmisión

La vía por la que este texto ha llegado a nosotros es muy similar a la seguida por los textos precedentes; posiblemente la única diferencia estriba en que mientras aquéllas es posible que pasaran a engrosar el contenido del Código Gregoriano, el texto que nos ocupa es, a su vez, posible que fuera incluido en el Código Hermogeniano (por cuanto la elaboración del Código Gregoriano había concluido uno o dos años antes); así, pues, pasaría de los Archivos de la Cancillería imperial al Código Hermogeniano, de éste, al *Codex Vetus* y, por último, de éste, al *Codex Iustiniani*.

ARCHIVOS → CÓDIGO HERMOGENIANO → *CODEX VETUS* → CÓDIGO DE JUSTINIANO

## 6.4. - Supuesto de hecho (bienes en común)

HERODA y su hermana han llevado a cabo la división de los bienes que tenían en común. Transcurrido un tiempo, la hermana pretende la restitución por entero. HERODA, posiblemente,

<sup>222</sup> VCI 143-199.

<sup>223</sup> 20 MAXIMIANO; 21, DIOCLECIANO, eutr.brev.9.28.

<sup>224</sup> lact.pers.18.7.

<sup>225</sup> Tenía en torno a 61 años; AV.ces.39.47; eutr.brev.9.28. AURELIO VÍCTOR y EUTROPIO alaban esta decisión.

<sup>226</sup> eutr.brev.9.27.2.

<sup>227</sup> Al descontento de MAXIMIANO por su forzada de dimisión se sumó la designación de nuevos Césares, FLAVIO VALERIO SEVERO para Occidente y VALERIO MÁXIMO DAYA (DAIA o DAZA; lact.pers.19.4) para Oriente que no eran de su gusto ni del de CONSTANCIO. Estalló el conflicto, y todo el sistema ideado por DIOCLECIANO se desmoronó.

<sup>228</sup> Posiblemente el 3 de Diciembre.

sintiéndose perjudicado trata de evitar la *in integrum restitutio*<sup>229</sup> por lo que eleva la consulta al Emperador.

Lo que se plantea a continuación es si, efectivamente, la hermana puede o no solicitar la restitución por entero. Si hubiere cumplido los 25 años, no podrá: si fuere menor, sí.

A). - *C.3.37.4pr*

En este párrafo se hace referencia a que la división prevalece aun cuando ésta no quede acreditada mediante documentos<sup>230</sup>, siempre y cuando, efectivamente, la hermana sea mayor de 25 años. Se hace referencia a otras pruebas, probablemente a testigos, que corroboren que esta división tuvo lugar.

B). - *C.3.37.4.1*

En este supuesto se refleja la posibilidad de dejar sin efecto la división hecha con un comunero el cual es menor de 25 años, como medida de protección debido a que aun no ha alcanzado la suficiente madurez y puede ser víctima de engaños. El Presidente de la Provincia será quien decida si se restituirá el acto de división o no<sup>231</sup>.

D.4.1.3 Mod 8pand:

*Omnes in integrum restituciones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit* Todas las restituciones por entero son prometidas por el Pretor previa cognición de la causa, es decir, una vez que ha examinado si son justas las causas por las que concede su protección y si responden a los hechos alegados

C). - *C.3.37.4.2*

En este tercer párrafo se ve claramente lo dicho con anterioridad, sobre la *a. c. d.* en la etapa clásica, acerca de la posibilidad de compensar las obligaciones que queden pendientes entre los condóminos (concernientes a gastos, frutos o daños)<sup>232</sup>.

D.10.3.3pr. Ulp 30sab

*...et si quid in his damni datum [factumue] est siue quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum peruenit ex re communi.* ... y si en éstas se causó o hizo algún daño, o si por este motivo faltara algo a alguno de los socios, o fue a su poder por virtud de la cosa común

<sup>229</sup> García Garrido, Diccionario, sv, 308-309; Gutiérrez-Alviz, Diccionario, sv, 604-605; Torrent, Diccionario, sv, 443-445.

<sup>230</sup> Es sabido que la prueba más importante a lo largo de la Historia del Derecho romano fue siempre la testifical. La prueba documental fue abriendose camino paulatinamente, y sólo en Época postclásica adquiere verdadera relevancia.

<sup>231</sup> Aunque *convenit* (conviene) y *aestimavit*, transmiten la sensación de que el Gobernador de la Provincia puede optar por restituir por entero o no, la realidad fue que, como norma general, solía siempre socorrerse al menor de 25 años. G.2.163; I.2.19.6; C.2.21; D.4.1.

<sup>232</sup> Para frutos y gastos, D.10.3.4.2-3.

## D.10.3.8.2 Pau 23ed:

*Uenit in communi diuidundo iudicium etiam si quis rem communem deteriorem fecerit, forte seruum uulnerando aut animum eius corrumpendo aut arbores ex fundo excidendo* Si alguno hubiere deteriorado una cosa común, acaso hiriendo un esclavo, o corrompiendo su alma, o arrancando los árboles del fundo, también se comprende esto en el juicio de división de cosa común

## 7. - C.3.37.5

### 7.1. - Transcripción

#### C.3.37.5

*Idem AA. Et CC. SECUNDINO*

*In communionem uel societatem nemo compellitur inuitus detineri: quapropter aditus praeses prouinciae ea, quae communia tibi cum sorore perspexerit, diuidi prouidebit.*

*Dat. VIII Kal.. Septemb. Caess. Conss*

**Los Emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO, Augustos y Césares, a SECUNDINO**

Nadie es compelido a permanecer contra su voluntad en comunión o sociedad; por lo cual, el Presidente de la Provincia, a quien se recurrió, proveerá que se divida los bienes que viere te son comunes con tu hermana

Dada a 8 de las Calendas de Septiembre, bajo el consulado de los Césares [294dC]

### 7.2. - Factores contextuales

#### A). - *Sedes materiae*

El breve Título C.3.37 se cierra con este texto de DIOCLECIANO y MAXIMIANO (C.3.37.5) que es precedido, por otra *Constitutio* del propio DIOCLECIANO (C.3.37.4), y que es pórtico al Título dedicado a las disposiciones comunes a la División de la cosa común y a la División del patrimonio hereditario (C.3.38, *Communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo*).

#### B). - *Inscriptio*

##### a). - *Firmantes*

El texto lo subscriben los Emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO (294dC), 11 años tras el ascenso de DIOCLECIANO al poder.

##### b). - *Destinatario*

El destinatario de la *Constitutio* se llama *SECUNDINUS* un particular anónimo.

#### C). - *Subscriptio*

El texto fue publicado a 8 de las Kalendas de Septiembre (el 25 de Agosto del año 294dC, bajo el Consulado de GALERIO y CONSTANCIO CLORO), pero, a diferencia del texto de CARACALLA (y como los 3 textos intermedios) no se hace referencia alguna al lugar de su publicación.

#### D). - *Clase de Constitutio*

Una vez más, se trata, posiblemente, de un Rescripto (*libellus*):

a). - En primer lugar, por la fecha de su publicación. Fue publicado en el año 294dC y, con toda probabilidad, fue incluido en el *Codex Hermogenianus*, que contenía fundamentalmente *Constitutiones* de DIOCLECIANO y MAXIMIANO, especialmente, Rescriptos.

b). - En segundo lugar, porque el destinatario es SECUNDINO un anónimo particular<sup>233</sup>, puesto que, a continuación del nombre en la *inscriptio* no aparece alusión a función pública alguna.

c). - En tercer lugar, por las alusiones directas del texto; *tibi* (a ti)<sup>234</sup>.

#### E). - Acontecimientos históricos

Los acontecimientos históricos han sido resumidos en las páginas dedicadas al estudio de la *Constitutio* precedente.

#### 7.3. - Transmisión

Al igual que C.3.37.4, el texto ha llegado a nosotros experimentando las siguientes vicisitudes: de los Archivos de la Cancillería imperial pasaría al Código Hermogeniano, de éste, al *Codex Vetus* y, por último, de éste, al *Codex Iustinianus*.

ARCHIVOS → CÓDIGO HERMOGENIANO → CODEX VETUS → CÓDIGO DE JUSTINIANO

#### 7.4. - Supuesto de hecho (posibilidad de división)

Esta *Constitutio* consta de un solo párrafo, donde se hace referencia a la posibilidad que tiene cada condómino de ejercitar la *a. c. d.* en cualquier momento. Conocerá de ella el Presidente de la Provincia ante quien se deberá instar la acción, en esta etapa bajo el procedimiento de la *cognitio extraordinem*.

##### D.10.3.29.1 Pau 2quaest:

*Pomp scripsit posci iudicem posse a quolibet sociorum: sed etiamsi unus ex sociis mutus erit, recte cum eo communi diuidendo agi.* Escribió POMPONIO que por cualquiera de los socios puede pedirse juez, pero que también si uno de los socios fuere mudo, con derecho puede ejercitarse contra él la acción de división de cosa común

<sup>233</sup> VCI 190.

<sup>234</sup> Indudablemente, el texto original de la *Constitutio* fue más largo. La manipulación de los Compiladores en este caso consistió en suprimir gran parte del mismo, Tanta 11: "... adiicientes quidem et detrahentes, immo et mutantes...". En el original habría muchas más alusiones de carácter personal.

### III. - LA “ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO” EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Tras el estudio de la *a. c. d.* en Derecho romano es oportuno realizar una breve descripción de las principales características de la acción de división de la cosa común en la actualidad.

Ésta se regula en sede de comunidad de bienes, artículos 392 a 406 de nuestro Código Civil<sup>235</sup>.

Se reconoce en el propio Código, en concreto en el artículo 392 párrafo 2º, que esta regulación se aplicará de forma supletoria, pues siguiendo la máxima del Derecho privado de primacía de la autonomía de la voluntad, priman los acuerdos (*pacta*) a los que lleguen los condóminos, aplicándose el contenido de este apartado en defecto de los mismos<sup>236</sup>.

La comunidad de bienes es aquella situación jurídica que se produce cuando la propiedad de una cosa corresponde *pro indiviso* a varias personas<sup>237</sup>. Puede referirse tanto a bienes como a derechos, entendidos, al igual que en la concepción romana, divididos por cuotas, cuyo titular puede disponer de ellas con total libertad<sup>238</sup>. No obstante, aparecen algunos límites a esta libertad, por ejemplo el contenido en el artículo 1.522 del Código<sup>239</sup>, donde se permite que los demás comuneros puedan ejercitar el derecho de retracto sobre la cuota enajenada por un condómino a un tercero, la finalidad de esta disposición es evitar la entrada de personas ajenas a la comunidad e ir poco a poco facilitando a los condóminos restantes la concentración de la propiedad.

Para realizar actos que afecten a toda la cosa, como instituir una servidumbre, se hace necesario el consentimiento de todos<sup>240</sup>.

---

<sup>235</sup> Concretamente en el Libro II, “De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones”, en su Título III, “De la comunidad de bienes”.

<sup>236</sup> D.10.3.3.1, D.10.3.21.

<sup>237</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, *Curso de Derecho civil* Vol. 3, Madrid, 2004, §45, 177-178; CASTAN TOBEÑAS, J, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid 1978, §XLVIII, 458.

<sup>238</sup> Artículo 399Cc: “Todo condeño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condeños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad”.

<sup>239</sup> Artículo 1.522Cc: “El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condeños o de alguno de ellos. Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común”.

<sup>240</sup> CASTAN TOBEÑAS, J, *Derecho civil*, §XLVIII, 465.

Los condóminos están obligados al mantenimiento de la cosa común, y deben participar en ellos en proporción a su cuota<sup>241</sup>.

El *usus* que tienen los comuneros sobre la cosa se entiende de igual forma que en Roma. Es solidario, todos pueden usar de la cosa como si fueran propietarios singulares, siempre y cuando no trasciendan los límites naturales de la cosa y no perjudiquen a los demás<sup>242</sup>.

Los frutos son adquiridos por los condóminos en proporción a su cuota, tal y como sucede en Roma, y si se exceden de la misma deberán devolver el exceso o indemnizar a los demás condóminos si esto no es posible.

Como se ve, la cuota actúa como medida de los derechos y obligaciones de los condóminos.

Cualquiera de los condóminos, de forma idéntica a lo establecido en Derecho romano, puede, en cualquier momento, solicitar la división de la comunidad<sup>243</sup>. Esta acción es imprescriptible, a tenor de lo estipulado en el artículo 1.965 del Código Civil<sup>244</sup>, aunque se permite pactos de indivisión de la cosa por tiempo no superior a 10 años.

#### D.10.3.14.2 Pav 3 plavt:

*Si conveniat, ne omnino divisio fiat, hvivsmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est. sin autem intra certum tempvs, qvod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet.* Si se conviniera que en manera alguna se haga la división, es evidentísimo que semejante pacto no tiene fuerza ninguna; pero si dentro de cierto tiempo, lo cual aprovecha también a la calidad de la cosa misma, es válido.

Continuando con las similitudes, la división no puede producir efectos perjudiciales para terceros<sup>245</sup>, tal y como opina, VOLTERRA que sucedía en Roma.

<sup>241</sup> Artículo 395Cc: “Todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. Sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio”.

<sup>242</sup> Artículo 394Cc: “Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho”.

<sup>243</sup> Artículo 400Cc: “Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común. Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención”. STS 531/1997 de 6 de junio (Documento I del Anexo).

<sup>244</sup> Artículo 1.965Cc: “No prescribe entre coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas”. En relación con la imprescriptibilidad.

<sup>245</sup> Artículo 405Cc: “La división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición. Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad”.

En el caso de que se divida la cosa, y uno de los condóminos resulte más beneficiado en el reparto que los demás (por ejemplo la parte que le ha sido asignada tiene una utilidad mayor) debe indemnizar al resto<sup>246</sup>.

La división material no procede cuando se trate de una cosa, que por su naturaleza, sea indivisible<sup>247</sup>. En este caso, se adjudicará a un solo condómino, compensándose al resto, o en caso de no ser posible esto, se venderá y se repartirá su precio<sup>248</sup>. MARTÍNEZ DE AGUIRRE entiende como supuestos de indivisión cuando, con ella, se pierda el destino económico con el que se venía usando la cosa, o, cuando la división sea excesivamente gravosa por su costo o produzca una pérdida de valor sustancial de la cosa<sup>249</sup>. En el caso de que un condómino se oponga a que la cosa sea adjudicada a otro, se venderá la cosa en pública subasta.

En este sentido resulta muy aclaratoria la SAP-Vizcaya 72/2010, de 28 de Enero (Documento II del Anexo), donde se resuelve una controversia que afecta a un fundo cuyos copropietarios desean dividir. En el Juzgado de Primera Instancia N° 11 de Bilbao se determinó que al ser éste indivisible, el caserío debía ser vendido en pública subasta, esta sentencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Vizcaya quien la revocó alegando, entre otros motivos, que la supuesta indivisibilidad no quedó suficientemente probada y que el coste de la división no era tan gravoso como para frustrar el objeto económico del caserío (Fundamento de Derecho Segundo).

MAYNZ ya expuso otros modos de acabar el condominio romano que no desembocaran en el ejercicio de la *actio communi dividundo*, en la actualidad esos modos de terminación siguen vigentes, por ejemplo se sigue permitiendo que los propios comuneros realicen la división<sup>250</sup> (será necesaria unanimidad).

En atención al artículo 85.2 de la Ley Orgánica 26/1985, de 1 de julio, del poder judicial, la *actio communi dividundo* se ejercitará ante los Juzgados de Primera Instancia. La competencia

<sup>246</sup> C.3.37.3.1, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, *Curso* §51 190.

<sup>247</sup> Artículo 401Cc: “Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina. Si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el artículo 396”.

<sup>248</sup> Artículo 404Cc: “Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio”.

<sup>249</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, *Curso* §51, 191.

<sup>250</sup> Artículo 402Cc: “La división de la cosa común podrá hacerse por los interesados, o por árbitros o amigables componedores nombrados a voluntad de los partícipes. En el caso de verificarse por árbitros o amigables componedores, deberán formar partes proporcionales al derecho de cada uno, evitando en cuanto sea posible los suplementos a metálico”. Autonomía de la voluntad.

territorial se determinará en función de si se trate de un bien mueble o inmueble. Si estamos ante un bien inmueble y se considera la *a. c. d.* una acción real (existen discrepancias doctrinales a este respecto aun en la actualidad), en virtud del artículo 52.1.1º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, será competente el Tribunal donde esté situado el bien inmueble. Si se trata de un bien mueble se aplicará el foro general del domicilio del demandado, en virtud de la aplicación de los artículos 50 y 51 de la misma Ley<sup>251</sup>.

## 1. - PARALELISMO

A continuación se enumeran las similitudes existentes entre las *Constitutiones* estudiadas y los preceptos recogidos en nuestro Código Civil.

PRINCIPIO	CODEX	DIGESTO	CC
Disposición de la cuota	C.3.37.1pr: "Si tu hermano enajenó la sola porción de un predio que le pertenecía, no conviene que se revoque la venta...".	D.17.2.68pr: "Ninguno de los socios puede enajenar más que su parte, aunque sean socios de todos los bienes".	Art. 399: "Todo condeño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla...".
	C.3.37.1.1: "Pero si cómodamente se pudiere hacer sin perjuicio de nadie la división del predio, poseerás con sus linderos la porción que se te adjudicó...".		Art. 401: "Si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes..."
	C.3.37.2pr: "Si se le hubiere probado al Presidente de la Provincia que tu hermano dio en prenda viñas comunes, como quiera que no pudo obligar a favor de un acreedor la parte que tienes en las viñas..."		Art. 399
	C.3.37.2.1: "El mismo Presidente de la Provincia conocerá de la división de las viñas entre tú y el acreedor de tu hermano, y mandará que él te restituya, habiendo recibido el dinero de cuanto hubiere determinado que vale la parte de tu hermano, aquella parte que recibió de tu hermano, o, estimada tu parte, transferirla al acreedor de tu hermano, habiéndose dado el dinero de aquello en que la hubiere estimado".		Art. 404: "Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condeños [no] convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás (...), se venderá y repartirá su precio".
	C.3.37.3pr: "Corresponde al ministerio del árbitro, que se hubiere nombrado para dividir entre tú y tu hermano los bienes, aquellos solos que permanecen comunes para ti y para él...".		Art. 392: "Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas".
Subasta pública	C.3.37.3.1: "... admitiéndose a veces a la licitación también un comprador extraño, principalmente si uno de los condeños confesara que para llegar al justo precio no puede vender con su dinero al que en la licitación ofrece menos".	D.23.3.78.4: "Si se hubiere dado en dote un fundo común, y el copropietario ejercitare contra el marido la acción de división de cosa común (...) el fundo hubiere sido adjudicado a un extraño...".	Art. 404: " (...) se venderá y repartirá su precio".

<sup>251</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, C M., MARTÍN JIMÉNEZ, J J, *Teoría y Práctica del ejercicio de las acciones civiles. Comentarios y formularios*, Valladolid, 2010, 544.

<i>Praestationes</i>	C.3.37.4.2: "El mismo proveerá que también se haga la división de los que permanecen siéndoos comunes, así respecto a los gastos, si alguno de vosotros los hizo en las cosas comunes, como respecto a los frutos; debiendo, así mismo, tener cuenta del dolo y de la culpa...".	D.10.3.4.3: "Mas así como en el juicio de división de cosa común viene comprendida la división de la misma cosa, así también se comprenden las prestaciones; y, por esto, si alguno hubiere hecho gastos, los obtendrá...".	Art. 395: "Todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común...". Art. 393: "El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios (frutos) como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas...".
Ejercicio de la acción	C.3.37.5: "Nadie es compelido a permanecer contra su voluntad en comunión o sociedad...".		Art. 400: "Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad".
<i>Ius prohibendi</i>	C.8.20: "Así como tu hermano no pudo obligar contra vuestra voluntad la porción que os compete...".	D.8.5.11: "...Y con más razón puede decirse que el socio tiene derecho más bien para prohibirlo que para hacerlo...".	Art. 397: "Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos.".
Legitimación	Se deduce de todos los textos de C.3.37.	D.10.3.29.1: "Escribió POMPONIO que por cualquiera de los socios puede pedirse juez".	Art. 400: Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común.".
No perjuicio para terceros		D.10.3.6.8: "Si un fundo nos fuera común, pero por mí hubiera sido dado en prenda, viene ciertamente comprendido en el juicio de división de cosa común, pero le quedará al acreedor el derecho de prenda, aun si hubiere sido adjudicado...".	Art. 405: "La división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición...".
Pacto de indivisibilidad		D.10.3.14.2: "Si se conviniera que en manera alguna se haga la división, es evidentísimo que semejante pacto no tiene fuerza ninguna; pero si dentro de cierto tiempo, lo cual aprovecha también a la calidad de la cosa misma, es válido".	Art. 400: "... será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención.".
Acuerdos		D.10.3.3.1: "Si ellos mismos pactaron entre sí sin dolo malo alguna cosa, debe observarla, ante todo, el juez...".	Art. 392: "... A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título.".

#### IV. - CONCLUSIONES

1. - Las teorías que explican se resumen en, teoría de la división ideal de la cosa, teoría de la división del derecho, teoría de la indivisión del derecho y de la cosa, teoría de la persona jurídica, teoría de la propiedad de la colectividad y teoría de la exclusión de la propiedad.

2. - La *actio communi dividundo* se crea para poner fin a la comunidad, originalmente esta acción sólo servía para dividir la cosa, compensándose en ese momento las obligaciones pendientes entre los condóminos. Estaban legitimados para ejercitárla, los copropietarios (en vía directa) y otra serie de sujetos que poco a poco se van ampliando y a quienes se concede la acción en vía útil.

3. - En la etapa justiniane, se amplía el radio de acción de la *a. c. d.* y se permite ejercitárla, no sólo para dividir la cosa, sino también para reclamar las obligaciones pendientes entre los condueños e incluso para el ejercicio del derecho de voto.

4. - Al margen de discrepancias acerca de la existencia o no de la *condemnatio* en la fórmula, lo que está claro es con ésta se pueden resolver las discrepancias que surgen en el seno del condominio de manera satisfactoria.

5. - Los textos analizados de C.3.37 aportan gran información sobre la concepción romana de la comunidad de bienes en general, y la *actio communi dividundo* en particular. En ellos se observa perfectamente algunos ejemplos de la vida cotidiana de la época; sobre de la posibilidad de enajenación de la propia cuota, los límites de disposición de la cosa a los que se ven sujetos los condóminos, las compensaciones entre los condóminos que tienen lugar en el momento de la división o la posibilidad de instar en cualquier momento la *actio communi dividundo*, fiel reflejo de la concepción romana del condominio como un estado temporal.

6. - Me ha sorprendido la gran similitud entre ambos Derechos, el romano y el actual. No ha cambiado casi nada desde entonces. Algunos alumnos, al estudiar Derecho romano en el primer curso del Grado nos preguntamos por qué debemos estudiar esta asignatura, si es algo desfasado, y no tiene aplicabilidad práctica. Pues bien, este trabajo es una pequeña muestra de que gran parte del conglomerado de normas y relaciones jurídicas que existen en la actualidad provienen de Roma, en ocasiones nos han llegado de una manera casi idéntica a como eran entonces.

7. - Es por lo tanto, fundamental empezar a estudiarlas desde su misma creación.

## V. - ABREVIATURAS

<i>a. c. d.</i>	= <i>actio communi dividundo</i>
AV.	= AURELIO VICTOR, <i>Libro de los Césares</i> , Gredos 261 Madrid 2008
BIDR.	= Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”
CG.	= <i>Codex Gregorianus</i>
CH.	= <i>Codex Hermogenianus</i>
CI.	= <i>Codex Iustinianus</i>
CTh.	= <i>Codex Theodosianus</i>
D.	= <i>Digesta Iustiniani</i>
DC.	= DION CASIO, <i>Historia romana</i> ,
EP.	= LENEL, O, <i>Das Edictum perpetuum</i> , Leipzig 1927
EU.	= Epitome Ulpiani
euseb.const.	= EUSEBIO de Cesarea, <i>Vida de Constantino</i> , Gredos 190 Madrid 1994
eutr.brev.	= EUTROPIO, Breviario, Gredos 261 Madrid 2008
FV.	= <i>Fragmenta Vaticana</i> , D'ORS-CASTRESANA, Madrid 1988;
GC.	= GARCÍA DEL CORRAL, I, <i>Cuerpo de Derecho Civil</i> , Barcelona 1889
hdn.	= HERODIANO, <i>Historia del Imperio romano después de Marco Aurelio</i> , Gredos 80 1985
HS	= HEUMANN, H-SECKEL, E, <i>Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts</i> , Graz 1958
I.	= <i>Institutiones Iustiniani</i>
IID.	= <i>Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur</i> , Levy-Rabel, Weimar 1929
IIC.	= <i>Index Interpolationum quae in Iustiniani Codice inesse dicuntur</i> , Broggi, Kolin-Wien 1969
LABEO.	= Labeo. Rassegna di Diritto Romano
lact.	= LACTANCIO, <i>Sobre la muerte de los perseguidores</i> , Gredos 46 Madrid 2000
Or.	= OROSIO, <i>Historias</i> , Gredos 53-54 Madrid 1982
RISG.	= Revista Italiana per le Scienze Giuridiche
sha.	= <i>Scriptores Historiae Augustae</i>
VCI.	= <i>Vocabularium Codicis Iustiniani</i>
VII.	= <i>Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti</i>
VIR.	= <i>Vocabularium Iurisprudentiae Romanae</i>
zos.	= ZÓSIMO, <i>Historia nueva</i> , Gredos 174 Madrid 1992

## VI. - BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBERTARIO, E., *Studi di diritto romano* 4, Milán, 1946.
- AMBROSINO, R., *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti*, Milán 1942.
- ARANGIO-RUIZ, V., *Historia del Derecho romano*, Reus 1980.
- ARANGIO-RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano*, Buenos Aires, 1986.
- BERGER, A., *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen*, Weimar 1912.
- BERTOLINI, F., *Historia de Roma*, Madrid 1999.
- BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, Vol. 2, Milán, 1968.
- BONFANTE, P., *Istituzioni di Diritto romano*, Milan, 1987.
- BRAUER Jr. George C., *The age of the soldier emperors. Imperial Roma, A.D. 244-284*. New Jersey, 1975.
- BRUNS, *Fontes* 21.
- CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Madrid 1978.
- CASTILLEJO, J., *Historia del Derecho romano*, Madrid 2004.
- CHURRUCA, J-MENTXAKA, R., *Introducción histórica al Derecho romano*, Bilbao 2007.
- DAZA, J. y RODRÍGUEZ ENNES., L, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 2001.
- DE FRANCISCI, P., *Síntesis histórica del Derecho Romano*, Madrid 1954.
- DE ROBERTIS, F., *Situazioni condominiali e disponibilità dell'intiero: il richiamo alla «lex Licinia» in D.4.7.12 Studi Grossi*, 5 1972.
- DIÓN CASIO, *Historia romana*, 80 Libros.
- D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1981.
- D'ORS-CASTRESANA, *Fragmentos Vaticanos*, Madrid 1988.
- EARNEST, C, *Roman history/ Dio's*, Cambridge, Harvard 1954-1961.
- EIN, *Le azioni dei condomini*, BIDR 39 1931.
- EUTROPIO, *Breviario*, 8.19-20; 22; AURELIO VÍCTOR, *Libro de los Césares*, Biblioteca clásica Gredos 260, Madrid 2008.

FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *Fundamentos de Derecho privado romano*, Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A., La “*actio communi dividendo utilis*”, en *Estudios Santacruz 1*, Valencia, 1974.

FREZZA, P., *Actio communi dividendo*, RISG 1, 1931.

GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil*, Barcelona 1889.

GARCÍA GARRIDO, M.J., *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Madrid, 1990.

GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire de Droit romain*, París, 1929.

GUARINO, A., *Storia del Diritto romano*, Nápoles 1990.

GUTIÉRREZ-ALVIZ, F., *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 1982.

HAENEL, G, *Corpus legum ab imperatoribus romanis ante iustinianum latarum*, Lipsia, 1857.

HERNÁNDEZ TEJERO, F, *Reglas de Ulpiano*, Madrid 1946.

HERODIANO, *Historia del Imperio romano después de Marco Aurelio*, en 8 Libros, Biblioteca clásica Gredos, Madrid 1985.

IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e Instituciones*, Barcelona 1993.

JÖRS-KUNKEL *Derecho privado romano*, Barcelona-Madrid, 1937.

KASER, M., *Römisches Privatrecht*, Munich, 1971 .

KASER, M., *Derecho privado romano*, Madrid, 1982.

KOVALIOV, S.I, *Historia de Roma*, Madrid 1989.

KRUEGER, P., *Corpus Iuris Civilis*, Berlín 1954.

KUNKEL, W., *Historia del Derecho romano*, Barcelona 1985.

LACTANCIO, *Sobre la muerte de los perseguidores*, Gredos 46, Madrid 2000.

MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padua, 1999.

MARTÍN JIMÉNEZ, C. M.,-MARTÍN JIMÉNEZ, J. J., *Teoría y Práctica del ejercicio de las acciones civiles. Comentarios y formularios*, Valladolid, 2010.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho civil* Vol. 3, Madrid, 2004.

MAYNZ, K., *Curso de derecho romano*, Valencia, 1982.

MAYR, R., *Vocabularium Codicis Iustiniani, Pars latina*, Hildesheim, 1965.

MOMMSEN, Th., *Digesta Iustiniani Augusti*, Berlín, 1962.

OROSIO, *Historias*, Gredos 53-54 Madrid 1982.

PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia, 370.

PEROZZI, S., *Istituzioni di Diritto romano* Vol. 1.

ROLDÁN-BLÁZQUEZ-CASTILLO, *Historia de Roma II El Imperio romano*, Madrid 1989.

ROTONDI G., *Leges publicae populi romani*, Hildesheim 1962.

SAMPER, F, *Derecho romano*, Santander 1983.

SOHM, R., *Instituciones de Derecho privado romano. Historia y sistema*, Madrid 1928.

TORRENT, A., *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005.

TORRENT, A., *La Constitutio Antoniniana*, Madrid, 2012.

VOIGT., *Römische Rechtsgeschichte*, 1, 1892.

VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1988.

WOLF., Harmut, *Die Constitutio Antoniniana und Papyrus Gissensis* 40 I, Colonia, 1976.

ZÓSIMO, *Nueva Historia*, Gredos, 174, Madrid 1992.

RECURSOS EN INTERNET:

[www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es)