

|   |           |
|---|-----------|
| <b>IV. El condominio</b> . . . . .                  | <b>61</b> |
| <b>I. Concepto</b> . . . . .                        | <b>61</b> |
| A. Concepto de condominio . . . . .                 | <b>62</b> |
| B. Terminología que utilizan las fuentes . . . . .  | <b>62</b> |
| C. Régimen del condominio . . . . .                 | <b>63</b> |
| D. El derecho de acrecer (ius adcrecendi) . . . . . | <b>63</b> |
| E. Término de la comunidad . . . . .                | <b>64</b> |

## IV. EL CONDOMINIO

### I. CONCEPTO

En el ordenamiento jurídico romano no se desconoció en una primera época el principio de la pluralidad de titulares del *dominium* sobre la misma cosa. En la época clásica, partiendo del principio de la imposibilidad de que varias personas tuvieran por entero el dominio sobre la misma cosa, se afirma que el objeto común pertenecía a los titulares de la relación, “no en el sentido de que fuera por entero de cada uno de ellos, como tampoco en el sentido de que a cada titular perteneciera una parte material, sino entendiendo que —respecto de la cosa sin dividir (*corporis pro indiviso*)— los titulares tienen, cada uno, una parte del dominio (*pro parte dominium habere*)”.<sup>80</sup> En *Digesto*, 13, 6, 5, 15, Ulpiano, refiriéndose a lo escrito ya por Celso (hijo) señala: “Y dice, que ciertamente no puede ser de dos íntegro el dominio o la posesión, ni cualquiera ser señor de parte de la cosa, sino que tiene en parte el dominio de toda la cosa sin dividir (*Et ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*)”.

Es en la época clásica tardía cuando se comienza a perfilar una importante distinción —por la jurisprudencia romana— en la esfera del *dominium*. Correspondió al genio de Papiniano, en la búsqueda de una explicación de la naturaleza del condominio sentar las bases para una distinción entre el derecho de dominio y la cosa misma, normalmente identificados hasta entonces. Entiende que “...varios obtienen el dominio en un solo fundo por *intelección del derecho*, no por división de la cosa (“...*plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisiones corpore obtinent*”): *Digesto*, libro XXXI, título único, 66.

<sup>80</sup> En efecto, como refiere el manuscrito en pergamino de Gayo editado en 1930, a la muerte del *paterfamilias* tenía lugar entre los *fili familias* una “*legítima et naturalis societas*”, por la cual cada uno de los socios podía enajenar la cosa común. A esta sociedad se le denominaba “*dominio indiviso*” (Gayo, *Institutas*, III, 154). En el sentido expuesto, Di Marzo, *op. cit.*, p. 129.

Después, Ulpiano confirma, en *Digesto*, 45, 3, 5, señalando que la cosa común es de todos, no como si ella por entero fuese de cada uno “sino ciertamente por partes indivisas, de suerte que (los titulares) tengan las partes más bien intelectual que corporalmente” (“...*sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore...*”).

No es un fenómeno aislado el del progresivo proceso de abstracción observado en la categoría romana del *dominium*. También la posesión va gradualmente orientándose en este sentido, en particular por la creciente importancia concedida al *animus*, tanto para retenerla como para adquirirla.<sup>61</sup>

### A. Concepto de condominio

Así entendido por la jurisprudencia clásica, hay condominio cuando concurren varios titulares (*dominii, socii*) a los que corresponde una parte o cuota del total del derecho de dominio que “*in communione*” ejercen sobre un mismo objeto.

De modo que el titular no ejerce su poder absoluto sobre el bien entero sino sobre una cuota ideal, abstracta, que no puede ser otra que una parte del dominio, inteligido como *ius* y no como *res* (“...*dominium iuris intellectu...*”).

### B. Terminología que utilizan las fuentes

La denominación “condominio”, “copropiedad” o “comunidad” no es romana. Las fuentes para señalar estas situaciones indican: *rem communem esse, rem communem habere, rem plurium esse*. Los varios titulares son denominados *domini*, o también *socii*. Los términos condominio y copropiedad los comenzaron a emplear los comentaristas renacentistas.<sup>62</sup>

El condominio podía originarse porque así lo habían querido los copropietarios, y los intérpretes hablan entonces de “copropiedad voluntaria” (por ejemplo, la compra de una cosa entre varios), o bien por circunstancias ajenas a dicha voluntad. Como las fuentes hablan entonces de “*incidere in communione*”, los intérpretes califican tales casos de “copropiedad incidental” —digamos entre los herederos de una misma

<sup>61</sup> Topasio Ferretti, *La posesión inscrita en el derecho romano*, citado.

<sup>62</sup> Arias Ramos, *op. cit.*, p. 262.

persona, mientras la herencia no ha sido dividida; o entre varias personas a las cuales les había sido legada una misma cosa (legatarios).<sup>63</sup>

### C. Régimen del condominio

Hay actos que cada comunero o copropietario puede realizar individualmente, con plena libertad y señorío: son todos aquellos actos ejercitables *pro parte*, esto es, la percepción de frutos en proporción a la parte o cuota del derecho que tenga el titular o condómino; la disponibilidad —con entera autonomía y libertad— de la cuota de derecho que le corresponda. En este sentido bueno es precisar que dicha cuota se puede no sólo enajenar por acto inter vivos sino también disponer de ella por testamento (*mortis causa*). Puede también ser objeto de un gravamen, como un usufructo, una hipoteca.

El segundo tipo de actos tiene relación con aquellos que significan alterar o innovar —en un sentido material— la cosa que se tiene en comunidad, como suprimir parte de una viña en un predio y realizar una edificación, suprimir una edificación, etc. El principio rector es el siguiente: el comunero puede realizar tales actos a menos que se lo prohíban uno o más condueños; vale decir, no se requiere que éstos consientan positivamente respecto de lo que un comunero altera o innova, se requiere solamente que no expresen una *prohibitio*, fundada en el poder que tienen, denominado “*ius prohibendi*”, comparable al sistema del veto o *intercessio* en el derecho público. Expresa Papiniano en *Digesto*, 10, 3, 28: “Dice Sabino, que ninguno de los dueños puede hacer con derecho cosa alguna en la que es común 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. . .”

El tercer tipo de actos se vincula con la enajenación y gravamen general que afecten a la totalidad de la cosa que se tiene en comunidad, *v. gr.*, venderla, constituir una servidumbre predial, etc. Para realizar este tipo de actos se requiere el consentimiento unánime de todos los condóminos.

### D. El derecho de acrecer (*ius adcrescendi*)

Este derecho está regulado en las fuentes para el caso de abandono de su parte hecho por uno de los comuneros. En tal caso, poniendo el ejemplo de dos condóminos, Ulpiano en 1, 18, indica: “*partem suam*

<sup>63</sup> *Ibidem*.

*amittit, aequi adcrescit socio*". Por derecho de acrecimiento (*iure adcrescendi*) la parte abandonada se suma a la del otro comunero. Siendo dos, el restante es dueño entonces de toda la cosa y por tanto de un dominio pleno y exclusivo. Este es un ejemplo de lo que se ha venido en denominar "elasticidad del dominio". Vale decir, que el derecho de propiedad de un comunero había estado limitado por el derecho de propiedad del otro, y que extinguido el derecho concurrente (la cuota, y en el ejemplo propuesto, correspondiente a la mitad del *dominium*), se expandía en toda su plenitud.

### E. Término de la comunidad

Siendo el condominio una limitación al derecho de propiedad desde el momento que una pluralidad de cuotas o partes del entero —que es el *dominium*— se limitan unas a otras precisamente por el hecho mismo de su concurrencia, unida al hecho de provocar esta circunstancia frecuentes conflictos entre los condóminos, el derecho romano admite que cualquiera de éstos podía pedir la división de la cosa común. El juez procede a realizar la correspondiente *adjudicación*: "Si la cosa es divisible, son normalmente adjudicatarios parciales todos los condóminos, cada uno por una porción material equivalente al valor de la cuota; si es indivisible, es adjudicada a uno (o eventualmente a más de uno constituyéndose un nuevo condominio con menor número de participantes), y el adjudicatario es condenado a pagar a los otros sumas compensatorias.<sup>64</sup> También —siendo la cosa indivisible— se vende el bien común a un tercero extraño a la comunidad y se reparte el precio entre los comuneros.

En la *adjudicatio* ante el *iudex* se deducía la *actio communi dividundo* si se trata de poner término a una copropiedad voluntaria. En caso de partición hereditaria procedía la *actio familiae erciscundae*.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 231-232.

<sup>65</sup> La *actio communi dividundo* no tenía sólo por finalidad disolver una comunidad. También se proyectaba hacia el ámbito compensatorio y restitutivo por concepto de daños hechos en la cosa común, frutos percibidos o gastos efectuados en la misma. Es por ello que en el derecho de Justiniano se califica a esta acción como *mixta*, pues se dirige tanto hacia el ámbito real como personal (prestaciones entre comuneros).