



La Influencia de la Tradición Romanística en la Regulación de los Actos de Disposición Jurídica de la Cuota en el Condominio

Alfonso Murillo Villar

Catedrático de Derecho Romano. Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de Burgos, ESPAÑA.
Colaboración especial para la revista *Podium Notarial*.

A nadie se le oculta que las relaciones jurídico-privadas de los comuneros en orden a la disponibilidad de su derecho de copropiedad no fueron distintas en Roma de las de la actualidad. Las mismas necesidades que pudo sentir el condómino romano de disponer de su cuota perviven hoy en día. Sin embargo, como tendremos ocasión de ver, en algunos aspectos muy puntuales ha variado su solución jurídica, lo cual permite, partiendo del derecho romano, enfocar el problema actual. En definitiva, nos servimos del derecho romano como instrumento de crítica del derecho positivo, pues al contraponer ambos derechos se observa que el primero es un instrumento apto para la crítica del segundo, con más razón si la institución analizada es de raíz romanística¹.

La cotitularidad del derecho de propiedad, por principio, exige cierta coordinación para su ejercicio. Si los cotitulares se comportan como extraños, se lesionarán, en la mayoría de los casos, tanto los intereses ajenos como los propios. Estas situaciones se intentan evitar con lo establecido en los artículos 392 a 406 del Código civil español: *De la*

comunidad de bienes. El régimen allí articulado revela claramente la existencia de una doble esfera de facultades de cada condómino. Por un lado, las denominadas facultades colectivas, que emergen de la misma pluralidad de cotitulares, y, por otro, supeditadas a las primeras, están las facultades individuales sobre la cosa y sobre la cuota. La titularidad individual sobre una fracción de propiedad, cuestión que nos ocupa en esta sede, se halla recogida en el artículo 399.

No por casualidad sino por orígenes comunes, el Código civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal de México, en su artículo 950, reproduce con práctica total exactitud lo que se establece en el artículo 399 del Código civil español. Exactamente lo mismo puede afirmarse a propósito de lo establecido en el artículo 973 del Código civil del Estado de Jalisco, e igualmente de los restantes Códigos civiles de los otros Estados de la República, en los cuales, en cambio, se han introducido algunas modificaciones, más de forma que de fondo, por medio de matizaciones y ampliaciones que en absoluto deforman la común regulación.

Cada condómino ostenta respecto de su cuota un derecho autónomo que, por consiguiente, forma parte de su patrimonio. No obstante, todo

¹ Véase TORRENT, A., *El derecho romano como instrumento para la crítica del derecho positivo*, en homenaje a J.B. Vallet de Goytisoló, vol. I, Madrid, 1988, pp.753 ss.

partícipe deberá abstenerse de perjudicar con su actividad tanto el interés de la comunidad como el de los demás copartícipes en su respectivo derecho. Estas limitaciones son, entre otras, las que enmarcan el sentido y alcance del artículo 399 del Código civil español, en cuanto norma que ensalza la titularidad individual dentro de una situación de copropiedad. Como ya hemos anunciado resulta del mismo tenor el artículo 950 del Código civil de México, cuya reproducción incluimos; a pesar de ello, las referencias más frecuentes se harán del Código español.

Artículo 399 Cód. Civ. Esp.- Todo condueño 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 aún sustituir a 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 condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.

Artículo 950 Cód. Civ. Méx.- Todo condueño tiene la plena propiedad de la parte alicuota que le corresponda y la de sus frutos y utilidades, pudiendo, en consecuencia, enajenarla, cederla o hipotecarla, y aún sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derecho personal. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños, estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. Los condueños gozan del derecho del tanto.

Un precepto con este o de similar contenido es indispensable en un régimen de copropiedad si se quieren armonizar de forma no lesiva los intereses individuales y los colectivos.

Este artículo representa la culminación histórica, por su generalización en síntesis, del secular proceso de reconocimiento de los actos de libre disponibilidad que competen a cada condueño sobre su cuota de participación en la comunidad de bienes. Se trata de un artículo muy importante por cuanto pretende condensar todos los derechos singulares de los cotitulares, ciñéndolos a su cuota y con plena autonomía respecto de los demás condóminos. Este precepto no carece de verdaderos antecedentes históricos, aunque su inspiración inmediata provenga de codificaciones próximas en el tiempo². Tanto en el derecho romano como en el derecho tradicional español se observa una configuración de la comunidad por cuotas muy semejante a la actual, motivo, sin duda, por el que debe resaltarse su alcance. Puede decirse, aunque ciertamente no lo es, que se asemeja bastante a un intento de compendio comprensivo de aquellos supuestos de disposición de la cuota que ya la casuística jurisprudencial romana había reconocido.

Tantos siglos de dispersión jurídica se han hecho acreedores a la pretendida compilación del artículo 399. La Comisión codificadora realizó un plausible esfuerzo al introducir, por vez primera en nuestro derecho, el reconocimiento explícito de la disponibilidad del derecho de copropiedad. Empero, es preciso objetar que su redacción no es técnicamente perfecta, de ahí la necesidad de realizar una ampliación de su contenido

² Básicamente igual que el artículo 401 del Proyecto de Código de 1882, salvo el añadido “con relación a los condueños”, con el que, a nuestro entender, únicamente se intenta salvaguardar el derecho de cada uno de los condóminos de los efectos de los actos de disposición que cualquier otro haya realizado. La verdadera inspiración de este artículo, según BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La comunidad de bienes en derecho español*, Madrid, 1954, pp.265 ss., proviene del derecho italiano, artículo 679 del Código de 1865; éste, a su vez, se inspiró en el artículo 829 del Código austriaco. En el Proyecto de Código español de 1851 no se hace ninguna alusión a esta cuestión.

En Roma quien vendía su cuota permanecía vinculado a los efectos comunitarios hasta tanto se efectuase la plena transmisión de la propiedad.

a través de una moderada interpretación con base en una retrospectiva histórica. El análisis lo realizaremos siguiendo las pautas que marca el propio artículo 399: una disposición general; los actos dispositivos comprendidos en dicho reconocimiento y sus efectos.

I

³ Con ese término se expresa la Ley 372 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra de 1973: “*En la propiedad proindiviso, cada titular puede disponer de su propia cuota*”. En otros Códigos civiles próximos se utiliza “*cuota*” o “*parte indivisa*”, pero no “*parte*” sin más. Artículo 2676 del Código civil argentino de 1869: “*Cada condómino goza, respecto de su parte indivisa, de los derechos inherentes a la propiedad, compatibles con la naturaleza de ella, y puede ejercerlos sin el consentimiento de los demás copropietarios*”; en el Código civil italiano de 1942, artículo 1103: “*Ciascun partecipante può disporre del suo diritto e cedere ad altri il godimento della cosa nei limiti della sua quota*”; y, por último, artículo 1408, 1 del Código civil portugués de 1966: “*O comproprietário pode dispor de toda a sua quota na comunhao ou de parte dela ...*”.

⁴ Aunque “*cuota*” y “*parte*” no son lo mismo, sin embargo son vocablos con un significado muy parecido. Los respectivos conceptos que aporta el diccionario de la Lengua no clarifican excesivamente mucho acerca de cuál sea la expresión más técnica aplicable al caso. En una de sus varias acepciones se dice que “*parte*” es “la cuota que corresponde en cualquier comunidad o distribución”, de donde se deduce que será mejor utilizar ésta por cuanto sirve para definir aquélla. Desde una retrospectiva histórica se observa que el término *cuota* (Del latín *quota*, fem. de *quotus*, adj. de interrogación) no aparece en las fuentes con el sentido actual, sino siempre acompañando a *pars*, (véase *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, t.4/2, ed. per M. Meinhart, Berlin, 1987, s.v. *quotus*, p.1868); por el contrario, sí aparece *pars* (Del latín *pars*, -tis), de la cual deriva nuestra expresión *parte*. En el derecho tradicional español el término más frecuentemente utilizado es *parte* (por ejemplo, en Partida 5, tít. V, ley LV; Leyes de Toro 74 y 75; también su sinónimo *suerte*, como en el Fuero Viejo castellano lib.4, tít.I, ley VIII). A decir verdad, nuestro Código respeta la terminología tradicional; sin embargo, en el actual lenguaje jurídico origina menos confusión utilizar la expresión “*cuota*” que “*parte*”, en razón, sobre todo, de las muchísimas acepciones de esta última. En definitiva, cuando el artículo 399 dice “*parte*”, no debe pensarse en una porción material concreta sino en “*cuota*” como medida de la parte. Véase MIQUEL, J.M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 2, (EDERSA), Madrid, 1985, pp.425 ss., (las citas posteriores serán de esta obra); *Comentario del Código civil t.I*, (Ministerio de Justicia), Madrid, 1991, pp.1097 ss.

Comienza afirmando el Código civil español que “*todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan*”. Con esta aseveración se está reconociendo a cada copropietario todas las facultades dominicales que otorga el derecho de propiedad del artículo 348. Por consiguiente, la porción de cada condómino se erige en propiedad individual, respecto de la cual será menester respetar los derechos a ella inherentes. Pero, junto a las limitaciones generales establecidas en las leyes para gozar y disponer del derecho de propiedad (art. 348), habrán de tenerse en cuenta las propias y específicas de la comunidad de bienes. Estas se hallan establecidas en el propio artículo 399, que más adelante abordaremos; en el artículo 597, que impide constituir una servidumbre sobre un fundo indiviso sin el consentimiento de todos los copropietarios; y en el artículo 1522, por lo que respecta al derecho de retracto de los condueños en el supuesto de enajenación a un extraño.

El legislador, creemos, no debió incluir la expresión “*parte*”, desde el momento en que la libre disposición, abiertamente reconocida al comunero, es de la “*cuota*” de participación (art. 393)³. Con “*parte*” no se refiere a una porción física o material de la cosa, sino a la cuantificación de la participación alicuota que necesariamente ha de venir expresada en forma numérica. Se trata de la plena propiedad sobre su cuota, no sobre toda la cosa ni sobre una porción material concreta de la misma. Esta circunstancia ha sido admirablemente superada en el Código civil Federal mexicano, artículo 950, así como en un gran número de Códigos Sustantivos de los Estados, sirva como ejemplo el del Estado de Jalisco, artículo 973, que utilizan la expresión “*parte alicuota*”, con lo cual resulta perfectamente inteligible lo que se regula, a la vez que dispersa cualquier duda de interpretación.

En definitiva, no debe confundirse entre disposición de cuota y disposición de parte de la cosa⁴. Aunque *manente communione* los comuneros pueden disponer libremente de su derecho de copropiedad y no directamente de la cosa, pues, *nemo dat quod non habet*, también es cierto que puede fundamentarse en este artículo la distinción entre los actos de disposición en comunidad, los actos de disposición individual efectuados por cada comunero y los realizados coordinadamente por todos los comuneros⁵.

Es un hecho cierto que desde la antigua *communio* romana, superado el antiquísimo *consortium ercto non cito*⁶, y a través de todo nuestro derecho histórico ha cuajado en nuestro actual ordenamiento jurídico la idea de que en el régimen de la comunidad de bienes cada comunero debe tener la propiedad y la libre disponibilidad de su derecho con independencia de la cosa sobre la que recaiga⁷. Lo importante, creemos, no es sólo su pleno reconocimiento sino su parangón con la propiedad individual, pues es de ahí de donde deriva el peculiar funcionamiento de aquella situación en la que la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas. Es más, si fuera preciso efectuar la división para poder disponer de la “*parte*” a que uno tiene derecho, no tendría sentido la existencia de un régimen comunitario, y, por ende, sería incorrecto utilizar el término copropiedad para referirnos a ello.

La aceptación de la plena propiedad de la cuota exige la existencia de los pertinentes medios de defensa judicial. A semejanza del derecho romano⁸, nuestro sistema procesal ofrece a cada comunero la posibilidad de ejercer acciones petitorias. En unos casos para defender su interés particular, en otros en defensa de la comunidad. En

ambos casos, tanto frente a terceros como frente a los demás condóminos⁹. Las acciones más significativas que un copropietario puede ejercitar son la acción reivindicatoria, negatoria y confesoria. A pesar de ello, por lo que respecta al interés particular y en relación con la acción reivindicatoria, “*debe decirse que resulta difícil en la práctica la reivindicación de una cosa común, sólo por la parte que corresponda al copropietario, salvo en el caso de que proceda frente a los demás copropietarios, tratando de fijar o delimitar los límites de cada cual*”¹⁰.

II

No debemos encuadrar en el artículo 399 del Código civil español situaciones cuyas soluciones se hallan en el régimen general de la comunidad de bienes, y, fundamentalmente, en el artículo 397 en donde se establece el régimen de los actos de alteración. Simplemente, sin forzar la literalidad del precepto, en él se ordenan cuantos actos de disposición son admisibles a un comunero respecto

En términos absolutos, los derechos en régimen de cotitularidad, desde el momento en que son libremente transmisibles, se asemejan a los de titularidad individual.

⁵ Véase BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes*, cit., pp.263 ss. CAPILLA, F., *Derechos reales y derecho inmobiliario registral* (LOPEZ Y LOPEZ, A.M. - MONTES PENADES, V.L., Coords.), Valencia, 1994, pp.390 ss. MIQUEL, *Comentarios al Código civil, t.V, vol.2*, cit., pp.422 ss.

⁶ Véase SCIALOJA, V., *Teoria della proprietà nel diritto romano I*, Roma, 1928, pp.452 ss.; SEGRE, G., *La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Torino, 1931, pp.88 ss.; GAUDEMET, J., *Etude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934, pp.240 ss.; TORRENT, A., *Notas sobre la relación entre comunio y copropiedad*, en *Studi in onore di G. Grosso*, vol. II, Torino, 1968, pp.95 ss.

⁷ Desde el Fuero Real hasta la Novísima Recopilación, con punto de inflexión en las Partidas, especialmente en Partida 5, tít. V, ley LV, esta concepción se ha mantenido de forma reiterada.

⁸ Cada condómino podía servirse de la *reivindicatio partiarum* en defensa de su cuota, bien contra terceros bien contra condóminos. Esta acción solamente era proponible *pro parte*; si el titular de la copropiedad conocía el alcance de su cuota era una *vindicatio certae partis*, cuando se ignoraba, era una *vindicatio incertae partis*, que, por cierto, se daba en poquísimos casos (G.4.53a = I.4.6.33; 4,54). La *actio Publiciana* también servía para pedir parte de una cosa (D.6.2.12.6 (*Paul. 19 ad ed.*)).

⁹ Véase MURILLO, A., *Disposición jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos*, Madrid, 2000, pp.13 ss.

¹⁰ Véase BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes*, cit., p.277.

de su cuota, “*pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir a otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales*”. Nos referimos a aquellas actuaciones individuales de cada condómino que despliegan sus efectos sobre su parte correspondiente en la cosa común. Dentro de estos tipos de actos pueden distinguirse aquellos que suponen una disposición total del derecho individual de cada condómino y que modifican la titularidad de la comunidad (enajenación, permuta, donación, dote y *derelectio*), de aquellos otros que sólo implican una disposición parcial y que no modifican la titularidad de la comunidad (arrendamiento, hipoteca y usufructo)¹¹.

La plena propiedad de la cuota faculta

¹¹ Sobre este planteamiento manifestado por MURILLO, *Disposición jurídica de la cuota*, cit., sustenta parte de su obra SALAZAR, M., *Evolución histórico-jurídica del condominio en el derecho romano*, Jaén, 2003.

¹² DIEZ-PICAZO, L. - GULLON, A., *Sistema de derecho civil*, vol. III. *Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, 5ª ed., 2ª reimpression, Madrid, 1993, p.92; *Instituciones de derecho civil*, vol. II. *Derechos reales. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, 1995, p.72. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, 4ª ed., Madrid, 1995, p.923. ESTRUCH, J., *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, Pamplona, 1998, pp.29 ss.

¹³ Entre las más importantes reseñar la pérdida del derecho a ejercitar la *actio communi dividundo*. Además, por efecto de la enajenación de una *pars quota*, al mismo tiempo que se extingue una comunidad se origina otra, como resultado del cambio en la titularidad, llegándose al extremo de poder extinguir la *communio* por consolidación si se enajenase al único socio. D.10.2.54 (*Ner. 3 memb.*); C.3.37.1 *pr.*; C.3.37.3 *pr.*

¹⁴ Así se desprende de la emblemática Partida 5, tit. V, ley LV.- Como la vendida que es fecha de la cosa comun de so vno, deue valer, maguer no sea partida entre ellos. Dos omes, o mas, auiendo alguna cosa comunamente de so vno, dezimos, que qualquier dellos puede vender la su parte, maguer la cosa non sea partida. E puedele vender a qualquier de los que han en ella parte, o a otro estraño. Pero si alguno de los que han parte de la cosa, quisieren dar tanto por ella, como el estraño, esse la deue auer ante que el estraño. E la vendida del estraño se deue entender que puede ser fecha, ante que sean entrados en pleyto, de la parte. Ca si el pleyto fuesse ya començado en juyzio para partirla, entonce non la podria vender el estraño, fasta que fuesse partida; fueras ende, con otorgamiento de los otros compañeros.

¹⁵ D.10.3.7.13 (Ulp. 20 ad ed.); D.19.1.13.17 (Ulp. 32 ad ed.) Véase MEYLAN, P., *Réflexions sur Ulp. (Cels.) D.19.1.13.17*, en RIDA, III, 1956, pp.303 ss.; CORBINO, A., *La legittimazione a «mancipare» per incarico del proprietario*, IVRA, 27, 1976, p.64 n.34; ANKUM, A., *La vent d'une part d'un fonds de terre commun dans le droit romain classique*, BIDR, 83, 1980, pp.67 ss.

para disponer mediante la enajenación; ésta puede efectuarse por su totalidad o bien parcialmente, pues un cotitular puede desprenderse en parte de su participación y continuar siendo comunero, pero, eso sí, en menor proporción. La enajenación de la cuota o de una parte de la misma determina inexorablemente que el adquirente ingrese a todos los efectos en la comunidad en calidad de comunero. Supone, por tanto, la transmisión del derecho que se ostenta dentro de la comunidad y de la posición jurídica que se ocupa en ella¹². Con esas mismas consecuencias fue concebida la enajenación de la cuota en el derecho romano¹³ y en nuestro derecho histórico¹⁴.

Cuando se enajena el derecho de copropiedad no se transmite una parte cierta y determinada de la cosa. Por ello, el vendedor difícilmente podrá cumplir el requisito de la entrega de la cosa por medio de la toma en posesión del comprador, tal y como exige el artículo 1462 del código civil español, párrafo 1º. En consecuencia, será necesario realizar la venta mediante escritura pública, cuyo otorgamiento equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, como preceptúa el párrafo 2º. En Roma quien vendía su cuota permanecía vinculado a los efectos comunitarios hasta tanto se efectuase la plena transmisión de la propiedad. Para el derecho clásico, por ser la cuota una *res incorporalis*, los modos de transmisión más habituales fueron la *in iure cessio* y la *mancipatio*, sin descartar la *traditio* como consta en la compilación justiniana¹⁵, pues deberá tenerse en cuenta la espiritualización de los modos de entrega, que iniciada ya en el periodo clásico ha sido recogida en el Código (arts. 1463 - 1464).

Del mismo modo, el comunero vendedor estará obligado al saneamiento (art. 1461), en cuyo caso, de producirse, el comprador podrá ejer-

citar las opciones previstas en el artículo 1486: desistimiento del contrato o rebaja proporcional del precio, a juicio de peritos¹⁶. En derecho romano, el copropietario estaba sometido a la responsabilidad por evicción de la parte ideal de que hubiera dispuesto¹⁷. De las deudas y cargas existentes con anterioridad a la enajenación sigue respondiendo el comunero disponente. Respecto de las que no hayan sido satisfechas es dudosa su asunción por el adquirente, nuevo comunero, en cuyo caso será necesario acudir a las reglas generales que rigen en materia de transmisión de deudas¹⁸.

En términos absolutos, los derechos en régimen de cotitularidad, desde el momento en que son libremente transmisibles, se asemejan a los de titularidad individual. Ahora bien, la ley introduce una restricción. La enajenación de la cuota a un extraño determina un derecho de retracto en favor de los demás comuneros¹⁹. El artículo 1522 prescribe el retracto de comuneros para retraer la participación enajenada²⁰; pero “*cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común*”. Parece, según este artículo, que el retracto de comuneros únicamente puede tener lugar cuando la enajenación se ha realizado en beneficio de un extraño a la comunidad, nunca si se ha dispuesto en favor de otro comunero. Además, se precisa que el extraño lo sea al ejercitar la acción, no siendo suficiente que lo fuera al verificarse la enajenación²¹. Esta negativa responde, por un lado, al interés en extinguir cuanto antes el estado de copropiedad²², lo cual se consigue concentrando participaciones, y, por otro, a evitar el cambio más o menos frecuente de comuneros, lo cual, sin duda, dificulta la gestión de la propia comunidad.

La presente regulación dista mucho de aquella romana, en la que se per-

mitía la libre disposición del derecho de copropiedad sin sometimiento a ninguna adquisición legal preferente: *falso tibi persuasum est communis praedii portionem pro indiviso, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi*²³. Por el contrario, nuestro derecho histórico otorga un derecho de adquisición preferente al socio comunero frente al extraño, si bien fue sufriendo distintas matizaciones; en unos casos se trataba del beneficio de tanteo y en otros de un verdadero derecho de retracto, hasta consolidarse en la prescripción vigente²⁴.

El artículo 399 del Código Civil Español y sus similares mexicanos, están lejos de presentar un detallado casuismo comprensivo de todos los posibles tipos de actos de disposición. Existen negocios no comprendidos *ad litteram* en la reducida síntesis que allí se expone. Si el comunero tiene la plena propiedad de su cuota puede, sin lesionar los derechos de los demás condóminos ni, por supuesto, los generales de la comunidad, como ya

A pesar de todo, el sistema romano era mucho más racional, a más de complejo, por cuanto impedía modificar con la división el objeto gravado (cuota) sin el consentimiento del acreedor hipotecario.

¹⁶ Véase SCAEVOLA, Q.M., *Código civil comentado y concordado*, t. VII, 3ª ed., Madrid, 1896, p.281.

¹⁷ D.21.2.1 (*Ulp. 28 ad Sab.*); D.21.2.12 (*Scaev. 2 resp.*).

¹⁸ MIQUEL, *Comentarios al Código civil*, t.V, vol.2, cit., p.435; CAPILLA, *Derechos reales*, cit., p.393.

¹⁹ Véase MURILLO, A., *Recepción del retracto de comuneros en el ordenamiento jurídico español*, en Actas del II Congreso internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano (Los Derechos Reales), Madrid, 2001, pp.201 ss.

²⁰ “*El retracto de comuneros excluye el de colindantes*”, artículo 1524 del Código civil español.

²¹ BADENES, R., *La preferencia adquisitiva en el derecho español. (Tanteo, retracto, opción)*, Barcelona, 1958. p.84.

²² Esta razón invalida cualquier pacto de renuncia a ejercitarlo si el supuesto de hecho llegara a producirse. DIEZ-PICAZO - GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. III, cit., p.92. ESTRUCH, *Venta de cuota y venta de cosa común*, cit., pp.161 ss.

²³ C.4.52.3.

²⁴ Fundamentalmente, Partida 5, tít. V, ley LV; Fuero Viejo de Castilla, lib. 4, tít. I, ley VIII; y Leyes 74 y 75 de Toro. Véase GUTIÉRREZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, t.II, Madrid, 1863, pp.433 ss.; SERRANO, E., *s.v. retracto de comuneros*, en Enc. Jur. Esp., XXVII, p.523; BADENES, *La preferencia adquisitiva*, cit., pp.8 ss.; MOZOS, J.L. de los, *Retracto de comuneros*, Rev. Der. Priv., 1962, pp.938 ss.; GOMEZ CALERO, J., *Notas sobre el retracto de comuneros en el Código civil español*, Rev. Der. Priv., 1963, pp.774 ss.

hemos dicho, efectuar otros negocios que sólo se explican si se toma en consideración con cierta elasticidad la expresión “*enajenación*”. Cuando el Código habla de enajenación habrá de comprenderse tanto los actos de disposición *mortis causa*, como *inter vivos*, ya sea por actos a título oneroso, como a título gratuito²⁵, o lo que es lo mismo, todos los actos que supongan una transmisión del dominio.

Dejando al margen las disposiciones *mortis causa*, respecto de las cuales nadie discute que su objeto pueda ser una cuota de participación, nos centraremos en los actos *inter vivos*²⁶. La permuta y la compraventa (enajenación) presentan profundas analogías en su regulación, salvo algunos particularismos que no vienen al caso. En Roma se admitió sin dificultad la permuta de una cuota de propiedad. Junto con la enajenación fueron dos procedimientos indirectos de división convencional de la comunidad²⁷. El condómino que permutaba abandonaba *ipso iure* la *communio*, en la cual ingresaba

del mismo modo el adquirente²⁸.

Lo mismo puede decirse de la donación. En absoluto se prohibió que se hiciesen donaciones de la cuota. En dos constituciones atribuidas a Diocleciano²⁹ se admite meridianamente tal tipo de liberalidad. Donada la cuota, el donatario, salvo eventual revocación, se integrará en la comunidad en calidad de copropietario, en las mismas condiciones en que permanecía el donante. De ello deriva el origen de una nueva comunidad, excepto en el supuesto en que se consolide la propiedad de todas las partes en una única persona. En definitiva, en los tres negocios, compra-venta, permuta y donación, el comunero disponente abandona la comunidad en beneficio de otra persona que automáticamente ostentará el derecho y posición jurídica del transmitente³⁰.

Junto a la enajenación, entendida a todos los efectos como un modo voluntario de abandono de la comunidad, el Código establece, dentro de una peculiar inconcreción, la facultad de constituir derechos reales limitados sobre la cuota, usufructo e hipoteca, e incluso, por medio de la cesión obligacional, el arrendamiento³¹, siempre, eso sí, del derecho de copropiedad³². En todos estos supuestos el comunero no abandona su titularidad dominical, únicamente coloca su derecho a disposición de otro sujeto. Ni el usufructuario, ni el arrendatario, ni el acreedor hipotecario entran a formar parte de pleno derecho de la comunidad, solamente ostentan un derecho sobre la cuota de un comunero. En definitiva, representa una constante mantenida desde el derecho romano y no violada en los sucesivos Códigos Españoles, y, por ende, en este caso, también mexicanos.

Se trata de disposiciones *inter vivos* que no modifican la titularidad de la comunidad. El arrendamiento se autorizó en favor del *socius*, entre otras razones, como criterio para organizar

²⁵ BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes*, cit., p.270.

²⁶ SCAEVOLA, *Código civil comentado VII*, cit., pp.284 ss., incluye la renta vitalicia como un acto dispositivo más dentro del término enajenación.

²⁷ D.8.3.33 pr. (*Afric. 9 quaest.*).- *Cum essent mihi et tibi fundi duo communes Titianus et Seianus et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet, ...*

²⁸ D.23.3.62 (*Mod. 5 resp.*).- *Titia cum esset minor viginti quinque annis, quartam hereditatis matris suae communem sibi cum fratribus mutavit et accepit pro ea parte fundum quasi emptione inter se facta: hunc fundum cum aliis rebus doti dedit.*

²⁹ F.V. 282; C.8.53(54).12.

³⁰ A partir de la ley 11/1981, de 13 de mayo, no ha lugar en derecho español para hablar de la dote. Sin embargo, la constitución de dote, como donación especial, pudo en derecho romano tener por objeto la cuota. Sus efectos son equiparables a los de los negocios inmediatamente vistos. C.5.12.16; D.23.3.78.4 (*Tryph. 11 disp.*).

³¹ BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes*, cit., p.271 coloca el comodato junto al arrendamiento.

³² Según SCAEVOLA, *Código civil comentado VII*, cit., pp.283 ss., dentro de la cesión del derecho de copropiedad habría que incluir el censo reservativo y el consignativo. Un comunero puede ceder su parte a censo reservativo (BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes*, cit., p.270), porque no es necesario que esta parte sea concreta y física. También puede imponerse un censo consignativo, desde el momento que sus efectos son semejantes a los de la hipoteca. Por el contrario, no se admite el censo enfiteútico por requerir la transmisión de algo real y determinado.

mejor el goce de la cosa común: cultivo de un fundo³³; uso de un esclavo común³⁴. También se admitió el arrendamiento en beneficio de un extraño a la *communio*, en unos casos por motivos económicos, en otros por discordancias en cuanto a la gestión³⁵. El único inconveniente de esta modalidad reside en la presencia de un nuevo miembro en el uso directo de la cosa común. Asimismo, se concibió la posibilidad de gravar la *pars quota* con un derecho de hipoteca, bien a favor de otro *socius*³⁶, bien a favor de un tercero³⁷. Todo ello sobre unas bases, recogidas en C.8.20.1, que establecían que el condómino podía garantizar el cumplimiento de una obligación principal comprometiéndolo su propia cuota (*suam dando obligationem creditori quaesivit*), siempre que no ocasionara daño o limitación alguna a los derechos de los otros copropietarios (*contractum eius nullum praecudicium dominio vestro facere potuisse*).

Finalmente, es necesario apuntar que cualquier condómino podía usufructuar su cuota; el modo más habitual, no el único, era a través de un legado *per vindicationem*³⁸. Creado el derecho, el usufructuario ingresa en la *communio* con derecho al *uti frui* dentro de los límites en que hubiera podido *uti frui* el condómino, nudo propietario, y de este modo no perjudicar el derecho de los restantes condóminos.

Respecto a nuestro derecho histórico, el Fuero Real no prohibía la enajenación de cuota³⁹, a la vez que establecía que “aquellas cosas que se pueden vender aquellas se puedan enpennar”⁴⁰. Igualmente Las Partidas: “qualquier dellos pueden vender la su parte”⁴¹, y, en parangón con lo anterior, establecía que “los que han poderio de enagenar las cosas, porque son señores dellas, estos mismos las pueden empeñar a otrí”⁴². El arrendamiento también se recoge como instrumento jurídico que facilita el goce de la cosa común⁴³.

Por otro lado, la sustitución en el aprovechamiento de la cuota nunca puede tener por objeto derechos personales⁴⁴: uso y habitación; régimen igualmente previsto en el artículo 525 del Código Civil Español, en donde se establece su intransmisibilidad por cualesquiera título. El precepto, por tanto, demuestra una extraordinaria semejanza con lo establecido en el ordenamiento romano, *uti pro parte non possumus*. A diferencia del usufructo, el condómino no puede ceder válidamente el *usus* de su cuota de propiedad en un fundo porque es un derecho indivisible⁴⁵.

Consideramos un error, en el artículo 399 del Código Civil Español e igualmente en el artículo 950 del Código Civil de México y en los respectivos articulados de los otros Códigos Civiles de los Estados de la República Mexicana, haber derivado consecuencias del

³³ D.19.2.35.1 (*Afric. 8 quaest.*).

³⁴ D.4.9.6.1 (*Paul 22 ad ed.*).

³⁵ D.10.3.6.2 (*Ulp. 19 ad ed.*).

³⁶ D.10.3.6.9 (*Ulp. 19 ad ed.*).

³⁷ D.20.6.7.4 (*Gai. l. s. ad form. hypoth.*); D.10.3.6.8 (*Ulp. 19 ad ed.*).

³⁸ D.33.2.31 (*Lab. 2 post. a Iav. epit.*); D.7.9.10 (*Paul. 40 ad ed.*).

³⁹ Lib. 3, tít. IV, ley II.

⁴⁰ Lib. 3, tít. XIX, ley VIII.

⁴¹ Partida 5, tít. V, ley LV.

⁴² Partida 5, tít. XIII, ley VII.

⁴³ Por ejemplo, Fuero Real, lib. 3, tít. IV, ley II.

⁴⁴ El Código dice, con técnica defectuosa, derechos personales, cuando en realidad debiera decir derechos personalísimos o intransmisibles. Mantenido, entre otros, por: SCAEVOLA, *Código civil comentado VII*, cit., pp.290 y 292; MANRESA, J.M^a, *Comentarios al Código civil español*, t. III, 5^a ed., Madrid, 1920, p.496; ESPIN, D., *Manual de derecho civil español*, vol II. *Derechos reales*, 7^a ed., Madrid, 1985, p.323; CASTAN, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. II. *Derecho de cosas*, vol. I. *Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, 11^a ed., Madrid, 1978, p.464; LACRUZ, J.L., *Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho*, 2^a ed., Barcelona, 1986, p.190. MIQUEL, *Comentarios al Código civil*, t.V, vol.2, cit., p.437; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial III*, cit., p.924.

⁴⁵ D.7.8.19 (*Paul. 3 ad Vitellium*).- *Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus*. Véase SEGRE, *La compropiedad*, cit., p.94; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano II. La proprietà II*, (ristampa), Milano, 1968, pp.30 ss.

reconocimiento pleno de la propiedad de la cuota. La razón reside en que la casuística formulada no contempla las diversas facultades que competen al propietario individual, ni incluso ampliando el significado de los términos utilizados. Por ejemplo, se ignora el supuesto de renuncia de la cuota. En derecho romano fue posible; cuando un copropietario abandonaba su cuota, automáticamente dejaba de ser suya (*partem ... eius esse desinit*), y acrecía a los demás condóminos⁴⁶. La renuncia es un acto unilateral y nada ha de obstaculizar su ejercicio. De modo semejante a la regulación romana ha de entenderse la prevista en el Código Civil Español, artículo 395, ya que la renuncia de cuota produce el efecto del acrecimiento de los demás condóminos⁴⁷, es decir, el abandono voluntario de la copropiedad redundando en beneficio de quien en ella permanece. En consecuencia, la renuncia es una muestra de la naturaleza autónoma de su derecho, no vinculado; y, por ello, no requiere el consentimiento ni de todos los copropietarios, ni de la mayoría⁴⁸.

III

A continuación abordamos el no poco confuso párrafo final del artículo 399, que dice: “*pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad*”. Se aprecia una redacción idéntica en los reiterados artículos 950 y 973, respectivamente, de los Códigos Civiles de México y Jalisco.

Sorprendente resulta esta regulación al

menos en lo referente a la enajenación. El legislador se empeñó en dar un tratamiento legal uniforme a la venta y a la hipoteca, que, sin embargo, debe ser distinto, porque distintos son sus efectos. Con la enajenación (venta, permuta, donación) el disponente deja de pertenecer a la comunidad respecto del bien de cuya cuota dispuso. Por el contrario, cuando se grava la propiedad *pro indiviso* con una hipoteca o se cede el usufructo, no se abandona la comunidad, sino que se permanece en ella a todos los efectos hasta tanto se practique la división.

Si el adquirente, en virtud de la adquisición de la cuota, ingresa en la comunidad, es obvio que quedará sometido a los resultados de la adjudicación al cesar la comunidad. A efectos divisorios la previa enajenación de una participación es un hecho irrelevante, por cuanto la *división* deberá realizarse teniendo en cuenta a quien ostente la cotitularidad en ese momento y su respectiva fracción de propiedad. Además, el sometimiento a dichos efectos es en calidad de comunero, no de sustituto del comunero disponente. Lo trascendente, cuando se extingue una comunidad de bienes, es el objeto divisorio y sus cotitulares, no quien lo hubiera sido anteriormente.

El párrafo final del artículo 399 encuentra explicación, respecto de la enajenación, en aquellos casos, sin duda excepcionales, en que el comunero enajena, no su participación ideal, que es lo que realmente autoriza el artículo, sino una parte material de la cosa común o un bien concreto de la herencia tratándose de una comunidad hereditaria⁴⁹. Ciertamente, el comunero, por haber dispuesto de algo diverso a su derecho, se ha extralimitado en sus facultades, pero, si al efectuarse la división le son adjudicados dichos bienes, la enajenación realizada será válida.

Como el comunero ha dispuesto

⁴⁶ D.41.7.3 (*Mod. 6 diff.*).

⁴⁷ Véase MIQUEL, *Comentarios al Código civil, t.V, vol.2, cit.*, pp.436 y 114 ss.

⁴⁸ BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes, cit.*, p.256.

⁴⁹ Véase BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes, cit.*, pp.264 ss.; MIQUEL, *Comentarios al Código civil, t.V, vol.2, cit.*, p.434; CAPILLA, *Derecho reales, cit.*, p.393. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial III, cit.*, pp.923 ss.

de una cosa futura para después de la división, deberá permanecer en la comunidad⁵⁰; el adquirente no ingresará en ella, pues su adquisición se halla condicionada y limitada a la adjudicación. Esto, como vimos supra, no sucede cuando lo enajenado es el derecho de copropiedad (cuota), que provoca un cambio en los miembros titulares de la comunidad. Además, si el comunero ha enajenado una parte material o un bien concreto, seguramente mostrará gran interés en que, llegado el momento de practicarse la división, le sea adjudicado aquel bien. Empero, creemos, excepto en la división convencional, no debe ser motivo atendible, por cuanto podría condicionar la partición en detrimento de los demás copropietarios.

El verdadero sentido de la frase final está en su aplicación a la hipoteca⁵¹. A saber, el efecto de la hipoteca sí queda vinculado a la porción que se adjudique al comunero obligado al cesar la comunidad. Se trata, con el apostillamiento final, de salvaguardar los derechos de los demás condueños, en la medida en que la cuota hipotecada se transforma con la adjudicación en una hipoteca sobre un bien material; de este modo se libera la permanencia del gravamen sobre una *pars pro indiviso*. Supone, por consiguiente, una superación del sistema romano, en el cual, a pesar de la división, la hipoteca constituida sobre una *pars quota* subsistía sobre toda la cosa común. Veámoslo.

Según Gayo⁵² no se podía cambiar el objeto de la hipoteca sin el consentimiento del acreedor interesado. Ha de tenerse en cuenta que si alguien hubiere dado en hipoteca una parte indivisa de la cosa común, hecha la división con el socio, no queda en garantía al acreedor solamente aquella parte que fue adjudicada al que pignoró, sino que las partes de uno y otro copropietario quedarán en garantía por mitades indivisas.

Con esta regulación el copropietario que no había gravado su *pars pro indiviso*, sin embargo, tras la división, se encontraba con su *pars certa* vinculada a un gravamen que él no había provocado. Ciertamente, este sistema salvaguardaba los derechos del acreedor hipotecario, pero perjudicaba, o limitaba, los del *socius*, pues no se cumplía estrictamente con el principio *nullum praeiudicium dominio vestro contractum eius facere potuisse*. El ingenio romano hizo frente a esta situación, en caso de división convencional, exigiendo al socio, por ejemplo, un derecho real de garantía equivalente al que se soportaba sobre la *pars certa*⁵³. En caso de división judicial, debía el juez estimar la cosa en su justo precio y exigir caución de evicción⁵⁴. En definitiva, ello obligaba a que los comuneros que no habían gravado exigieran garantías al socio que sí que lo había hecho, lo que resulta innecesario en la actualidad, porque la regulación es completamente distinta.

A pesar de todo, el sistema romano era mucho más racional, a más de complejo, por cuanto impedía modificar con la división el objeto gravado (cuota) sin el consentimiento del acreedor hipotecario. Por el contrario, según el actual Código, el acreedor debe soportar que su derecho real de garantía sobre una *pars pro indiviso* se transforme en un derecho real sobre una *pars certa* del bien gravado, y ello si así resultare de la división, pues ésta no siempre es posible

⁵⁰ BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes*, cit., pp. 266 ss.

⁵¹ Véase VALIÑO, A., *La facultad de hipotecar en el condominio romano*, LABEO, Rassegna di Diritto Romano, 48, 2002, 1, pp.72 ss.

⁵² D.20.6.7.4 (*Gai. l. s. ad form. hypoth.*). *Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata.*

⁵³ D.20.4.3.2 (*Pap. 11 resp.*).

⁵⁴ D.10,3,10,2 (*Paul. 23 ad ed.*).- *In communi dividundo iudicio iusto pretio rem aestimare debet iudex et de evictione quoque cavendum erit.*

efectuarse con adjudicaciones de partes materiales, lo cual obliga a tener en cuenta las compensaciones económicas.

Hoy en día suele plantearse al acreedor hipotecario, para salvaguardar su derecho, un problema, a decir verdad cada vez menos frecuente, cuando habiéndose hipotecado por un partícipe su cuota, se procede, antes del cumplimiento de la obligación, a la división de la comunidad con respectivas adjudicaciones físicas; ello en el mejor de los casos, pues en ocasiones por indivisibilidad física o jurídica resulta imposible. El Código Civil Español en sus artículos 403 y 1083 prevé que los acreedores puedan concurrir a la división; de no hacerlo, no podrán impugnar excepto en caso de fraude o perjuicio de sus derechos, que es lo que realmente se produce cuando con la división se intenta burlar el derecho del acreedor, quien en absoluto debe quedar desamparado⁵⁵. Ocasionalmente sucede que habiéndose hipotecado la cuota y subsistiendo indivisa la comunidad, resulta bien difícil al acreedor hipotecario resarcirse del incumplimiento del deudor. No tendría porqué ser así, pero, la dificultad radica en que es realmente complejo hallar licitadores dispuestos a subastar por una porción indeterminada en un bien, al cual se accederá en condición de copropietario.

La realidad de los hechos ha obligado a rechazar la propiedad indivisa como medio de garantía hipotecaria; según

nuestra información en la actualidad son realmente escasos los supuestos. Las entidades crediticias, especialmente, suelen inclinarse, cuando acceden a hipotecar una *pars quota*, por exigir también garantías de tipo personal. Lo habitual es prever la situación, adoptando soluciones, en la escritura de hipoteca, o solicitar el consentimiento de todos los condueños⁵⁶; ésta última viene rigiendo estatutariamente en el Banco Hipotecario desde 1928 (R.D. de 3 de noviembre), artículo 77, que preceptúa: “No serán admitidas: Las propiedades que estuvieren “pro indiviso” a menos que consientan la hipoteca todos los condueños”. En definitiva, la realidad conlleva un acercamiento a la regulación romana; en ésta, a pesar de la división, el gravamen permanecía sobre las distintas partes adjudicadas. El sistema actual, tal como está establecido, pone en grave riesgo los derechos del tercero, de ahí que se intente evitar la hipoteca sobre *pars indivisa*.

Es verdad que el artículo 399 español y los respectivos mexicanos, permiten enajenar, ceder o hipotecar la plena propiedad de la cuota, pero no extiende los efectos recogidos en su párrafo final a la cesión del usufructo. Entiende Miquel que el régimen previsto para la hipoteca debe extenderse respecto del usufructo. El usufructuario no ingresa en la comunidad del derecho de propiedad y, en consecuencia, su derecho permanecerá limitado a la porción que se le adjudique al nudo propietario comunero. Curiosamente, nuestros ordenamientos, admitida la anterior extensión del régimen, acoge la opinión en su día mantenida por Trebacio para resolver semejante supuesto. Sin embargo, su solución fue contrariada por su discípulo Labeón, quien estableció un criterio idéntico al que hemos expuesto para la hipoteca romana. Todo ello viene recogido en D.33.2.31⁵⁷, en donde se

⁵⁵ Problema distinto es el de la efectividad registral de la escritura de división de la comunidad, cuando con anterioridad había sido gravada una *pars indivisa*, si el acreedor no intervino en las operaciones divisorias. Con opiniones diversas, véase SALAS MARTINEZ, F., *Efectividad registral de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 399 del Código civil*, R.C.D.I. 1952, pp.347 ss.; BLAZQUEZ MARCOS, L., *Sobre efectividad registral de lo dispuesto en el inciso 2º, artículo 399, del Código civil*, R.C.D.I., 1953, pp.291 ss.

⁵⁶ Tanto la doctrina del Tribunal Supremo como la de la Dirección General de los Registros y Notariado han ido aportando medidas para garantizar no sólo los derechos del acreedor hipotecario sino también los de los condueños. Véase BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes, cit.*, pp.274 ss.

observa una cesión de usufructo por medio de un legado *per vindicationem*.

El supuesto es muy sencillo: dos condóminos tienen un fundo en común y uno de ellos lega a su mujer el usufructo⁵⁸. Muerto el cedente se solicita por el nudo propietario la división de la comunidad, lo que origina el problema de saber sobre qué parte subsistirá el usufructo. Trebacio respondió que, si se hubiese dividido el fundo en determinadas porciones, no se deberá a la mujer el usufructo en la parte que hubiese sido adjudicada al otro condómino, sino que ella habrá de tener el usufructo de todo lo que le hubiere tocado al heredero. En definitiva, la opinión de Trebacio y lo establecido en nuestros Códigos Civiles son coincidentes; se protege la alteración del derecho que recae sobre una *pars indivisa* en favor de la *pars certa* derivada de la adjudicación. Frente a ello, no sin razón, para Labeón esta opinión es falsa, porque habiendo sido de la mujer, antes de la sentencia (división), el usufructo de la mitad del fundo entero habido en copropiedad, no puede el árbitro, juzgando entre otras personas⁵⁹, alterar el derecho de tercero, sin intervención de la usufructuaria; y esta opinión fue la que prevaleció.

Los actuales ordenamientos, ciertamente, muestran una seria evolución respecto de aquel romano. Es difícil inclinarse por la mayor justicia de uno u otro. Los sistemas jurídicos vigentes modifican sustancialmente el derecho constituido en favor de tercero, sin tener en cuenta su parecer, al transformar el derecho sobre una porción ideal, con las ventajas que ello pueda reportar, en un derecho sobre una porción material, anteriormente indeterminada. También es verdad que salvaguardan abiertamente el derecho de los demás comuneros, pues les liberan de una carga no provocada por ellos y que permanecía

en el sistema romano tras la división.

En nuestra opinión, el artículo 399 del Código Civil Español supuso un gran esfuerzo compilador frente a la laguna que secularmente venía caracterizando a nuestros históricos cuerpos legales. Sin embargo, fue un error inferir consecuencias de la afirmación general del reconocimiento pleno de la propiedad de la cuota; se ignoraron negocios perfectamente realizables por el comunero y se añadieron limitaciones, párrafo final, inexactas e innecesarias. Hubiera sido suficiente reconocer la plena propiedad de la cuota y su libre disposición, cual propietario individual. Con salvaguardar los derechos de los demás comuneros y el interés general de la comunidad, en todo aquello que no dificulte el derecho particular de cada socio, hubiera sido suficiente. Del mismo modo, consideramos extrapolable esta afirmación, hasta donde alcanzan nuestros conocimientos de la realidad jurídica mexicana, a la regulación establecida en el Código Civil de México y en los Códigos Civiles de los distintos Estados de la República.



⁵⁷ D.33.2.31 (*Lab. 2 post. a Iav. epit.*).- *Is qui fundum tecum communem habebat usum fructum fundi uxori <per vindicationem> legaverat: post mortem eius tecum heres arbitrum communi dividendo petierat. Blaesus ait Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, eius partis, quae tibi optigerit, usum fructum mulieri nulla ex parte deberi, sed eius, quod heredi optigisset, totius usum fructum eam habituram. Ego hoc falsum puto: nam cum ante arbitrum communi dividendo coniunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usus fructus mulieris fuisset, non potuisse arbitrum inter alios indicando alterius ius mutare: quod et receptum est. Véase GORDON, W.M., D.33.2.31. *Usufruct and common property*, en Studi in onore di G. Grosso IV, Torino, 1971, pp.305 ss.*

⁵⁸ *Usum fructum fundi uxori legaverat* ha de entenderse en los límites de la cuota de copropiedad, BRETONE, M., *La nozione romana di usufrutto I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962, p.69. No es admisible que alguien usufructúe un fundo completo del cual no es propietario exclusivo: D.30.5.2 (*Paul. 1 ad Sab.*).- *Cum fundus communis legatus sit non adiecta portione, sed "meum" nominaverit, portionem deberi constat.*

⁵⁹ Igual en D.20.6.7.4 respecto de la hipoteca.