

**DE COMMUNIUM RERUM ALIENATIONE: A PROPÓSITO DE LA
ENAJENACIÓN DE LAS COSAS COMUNES EFECTUADA POR
UNO SOLO DE LOS CONDÓMINOS**

Alfonso Murillo Villar

Catedrático de Derecho Romano. Universidad de Burgos.

RESUMEN:

La finalidad de este artículo es estudiar detalladamente la proyección histórica, desde el derecho romano hasta el vigente código civil español, de los actos de disposición jurídica de la cosa común por uno solo de los copropietarios. En especial, la atención se centra en el supuesto de la venta de una cosa común por un único copropietario. Se trata, en definitiva, de una modalidad cualificada de venta de cosa ajena.

Palabras clave: Copropiedad – *de communium rerum alienatione* – venta de cosa ajena.

ABSTRACT:

The aim of this article is to perform a detailed study of the historic trajectory, from Roman Law up to the Spanish Civil Code that is currently in force, of legal proceedings transferring property held in common by only one of the co-owners. Attention especially centres on the circumstances surrounding the sale of jointly owned property by only one co-owner. It is, in short, a specific form of the sale of property belonging to another.

Keywords: Joint ownership – *de communium rerum alienatione* – sale of property belonging to another.

De communium rerum alienatione: a propósito de la enajenación de las cosas comunes efectuada por uno solo de los condóminos

I.- En ciertas ocasiones la condición humana provoca que las relaciones entre copropietarios sean complejas y en no pocos casos además muy controvertidas. No estaba equivocado el jurista Paulo cuando afirmaba que “en razón de las contiendas sin fin que se originan suele llegarse a la división de la cosa común”, pues, según Papiniano, “son muchas las discordias entre parientes - y *no parientes* - que suele excitar el pábulo de la copropiedad”¹. El germen de las discordias radica, frecuentemente, en que las presuntas relaciones entre condóminos no suelen determinarse preventivamente en el acto constitutivo del condominio²; precisamente, de ahí derivan con posterioridad todas las disputas cuando surge la lucha de intereses individuales al intentar ejercer los derechos a que cada cual se considera acreedor, momento, sin duda, en el que se refleja fielmente la voluntad de cada uno de los copropietarios.

La doctrina, apoyándose en la casuística jurisprudencial, distingue en los casos de propiedad entre varias personas distintos regímenes de disposición; por un lado, el régimen de disposición jurídica y por otro el régimen de disposición material o de hecho³. Cuando se trata de actos de disposición material, el predominio de las relaciones internas exige un uso compartido, es decir, el aprovechamiento conjunto de la *res omnium*. Frente a ellos están los que denominamos actos de disposición jurídica susceptibles de realización autónoma, conocidos tradicionalmente como actos de disposición jurídica de la cuota⁴, realizados por cada condómino con una capacidad y una independencia muy similares a las del *dominus* solitario.

Los actos de disposición jurídica de la cuota se pueden clasificar de muchas maneras, pero a nuestro entender uno muy útil es aquél que atiende a sus consecuencias prácticas. De este modo podemos distinguir entre actos de disposición jurídica *inter vivos* y actos de disposición jurídica *mortis causa*. Los primeros se ordenan haciéndolos depender de si suponen una salida (renuncia voluntaria) definitiva de la *communio*, lo cual significa una modificación en la titularidad de la comunidad, cual sucede, por ejemplo, en los supuestos de enajenación, permuta, donación, dote y *derelictio*, o si, simple y llanamente, conllevan una cesión temporal del derecho sin representar una modificación, en principio, de la titularidad de la comunidad, como así sucede, por

1 Así queda ratificado por D.8,2,26.- *itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit*, y también por D.31,77,20.- *... discordiis ... quas materia communionis solet excitare*.

2 BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, 2ª ed., (Padova, 1942), p.428.

3 RICCOBONO, S., *Dalla communio del diritto quirittario alla comproprietà moderna*, en *Essays in legal history*, (Oxford, 1913), p.41 ss. BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. II, parte II, (Milano, 1968), p.17 y en varios trabajos recogidos en sus *Scritti giuridici III. Obbligazioni. Comunione e possesso*, (Torino, 1926): *Il “ius prohibendi” nel condominio*, p.382 ss.; *Il regime positivo e le costruzioni teoriche nel condominio*, p.459 ss.; *L'azione autonoma del condomino*, p.494 ss.; BRANCA, G., *Il regime degli atti di disposizione materiale nel condominio romano classico*, en *Riv. it. sc. giur.* 6, 1931, p.215; SCIALOJA, V., *Teoria della proprietà nel Diritto romano I*, (Roma, 1928), p.451 ss.; SEGRE, G., *La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, (Torino, 1931), p.88 ss.; GAUDEMET, J., *Étude sur le régime juridique de l'indivision en Droit romain*, (Paris, 1934), p.241 ss. Con leves matizaciones, a título de ejemplo, *vid.* ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., (Napoli, 1987), p.227 ss.; GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 12ª ed., (Napoli, 2001), p.524 ss.; TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, (Milano, 1990), p.411 ss.; LONGO, G., *Corso di diritto romano. I diritti reali*, (Padova, 1962), p.65 ss.; SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, trad. esp., (Barcelona, 1960), p.323; TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, (Zaragoza, 1995), p.288. VOICI, P., *Istituzioni di diritto romano*, 5ª ed., (Milano, 1996), p.298 ss.

4 En la actualidad recogido en artículo 399 del Código civil español.

ejemplo, cuando se constituye un arrendamiento, una hipoteca o un usufructo. En lo relativo a los actos de disposición jurídica *mortis causa* resulta obvio que la cuota puede ser perfectamente transmitida a un tercero, en cuyo caso el nuevo titular ingresará en la comunidad a todos los efectos, dependiendo, evidentemente, de si el título constitutivo es o no como heredero⁵.

Nuestro objetivo en esta sede no es estudiar los actos de disposición jurídica de la cuota ni los actos de disposición material de la cosa, sino detener nuestras mientes en los actos de disposición jurídica de la cosa, pero no por todos los comuneros *in solidum*, como se exige por ejemplo para constituir una servidumbre o manumitir un esclavo, sino por uno solo de los copropietarios, en especial en aquello relativo a la venta de la cosa común; esto que en principio pudiera pensarse no debiera estar consentido a un condómino a título singular, pues supondría una invasión de la esfera jurídica de los demás⁶, necesita matizarse con cierto detalle para comprender hasta donde puede alcanzar tal acto de disposición.

La más elemental obligación de cualesquiera copropietario en un régimen de copropiedad por cuotas consiste en respetar los derechos de los demás condóminos. Por tanto, este principio es absolutamente incompatible con la posibilidad de llevar a cabo actos de disposición jurídica sobre las cosas comunes con plenos efectos para todos los copropietarios. Es decir, un acto jurídico realizado por un solo condómino no puede tener eficacia sobre toda la cosa, pues cada copropietario tiene limitado de forma independiente y exclusiva el contenido de sus actos a la parte indivisa.

Las fuentes nos presentan algunos ejemplos muy claros. Las cosas comunes no pueden donarse en su totalidad⁷, porque nadie puede donar lo que no es suyo salvo que la otra parte consienta⁸. Ahora bien, si quien a pesar de no estar capacitado sin embargo realiza la donación de todas las cosas comunes, no por ello se anula el negocio por entero sino en la parte de la cual no era titular, como meridianamente se desprende de la constitución de Diocleciano recogida en FV. 282.

Otro supuesto elocuente lo encontramos a propósito de un caso de hipoteca, en el que, según consta en un rescripto de Caracalla⁹, nadie puede obligar la porción de otro contra su voluntad dando en garantía la cosa común¹⁰; no obstante, sí contrae la obligación en lo que respecta a su parte. En consecuencia, ningún copropietario puede dar en prenda una *pars* de la cual no es titular salvo expreso consentimiento de los demás copropietarios.

Según se desprende de D.21.2.64.4 (*Pap. 7 quaest.*) todo copropietario tiene derecho a vender su *pars*, pues cuando la venta de un bien común indiviso es realizada

5 Vid. este planteamiento en MURILLO, A., *Disposición jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos*, (Madrid, 2000), sobre el que sustenta parte de su obra SALAZAR, M., *Evolución histórico-jurídica del condominio en el derecho romano*, (Jaén, 2003).

6 RICCOBONO, *Dalla comunio del diritto quirittario alla proprietà moderna*, cit., p.34.

7 FV.282.- *Divi Diocletianus et Constantius Calpurniae Aristaenetae. ... Communes res in solidum donari nequeunt, sed portiones eorum qui donant ad eos qui dono accipiunt transitum faciunt. ... Proposita IIII id. Feb. Mediolani Maximo et Aquilino cons.*

8 C.8.53(54).14: *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Idaeae.- Si filius tuus res ad te pertinentes sponsae suae te non consentiente donavit, ad eam quod non habuit transférre non potuit (a. 293).*

9 C.8.20.1 *Imp. Antoninus A. Venusto.- Frater tuus, sicut vobis invitis portionem vobis competentem obligare non potuit, ita suam dando obligationem creditori quaesit. Unde intellegis nullum praeiudicium dominio vestro contractum eius facere potuisse (a.214).* Vid. VALIÑO, A., *La facultad de hipotecar en el condominio romano*, LABEO, 48, 2002, p.86 ss.

10 En el mismo sentido C.3.37.2. *Vid.*, también, VALIÑO, *La facultad de hipotecar*, cit., p.98 ss.

por uno solo de los copropietarios no es *secundum omnium sententias* válido más que por su parte¹¹. En definitiva, en un régimen de comunidad por cuotas si la disposición jurídica comprende una cosa entera no debe ser consentida de forma singular a ninguno de los condóminos¹². A pesar de todo, puede darse el supuesto de que un copropietario enajene la cosa común, en cuyo caso hemos de preguntarnos qué solución jurídica ofreció el ordenamiento romano, pues si se admitió la venta de cosa ajena, por qué no ha de permitirse que un condómino disponga de toda la cosa común. Evidentemente, tal situación conlleva la posibilidad de exigir la correspondiente responsabilidad y a su análisis dedicamos nuestro esfuerzo.

La intitulación de esta investigación: *De communium rerum alienatione* (De la enajenación de las cosas comunes), coincide con el título LII del libro IV del Código de Justiniano, que está conformado por cinco rescriptos, cuatro de los cuales se dedican casi exclusivamente a abordar el tema de la venta de la cosa común por el comunero independiente. En el tercero de ellos, C.4.52.3¹³, se aborda la disposición jurídica de la cuota y de manera muy especial la temática del derecho de prelación¹⁴, asunto cuyo análisis no interesa en esta sede, pero que ya tuvimos ocasión de abordar en otro estudio¹⁵. Contrasta grandemente con esta profusión del Código la escasez de textos que afrontan la cuestión en el Digesto, así, D.21.2.12 y D.36.1.58 (56).

II.- Antes de desarrollar un análisis pormenorizado de los mencionados textos, diremos que realmente con la enajenación de la cosa común por el comunero aislado nos encontramos ante lo que tradicionalmente se denomina “*la venta de cosa ajena*”. En derecho romano la venta de cosa ajena fue plenamente válida. Así lo dice Ulpiano en D.18.1.28 (41 ad Sab.).- *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatis est, nam emptio est venditio; red res emptori auferri potest*. Cuando se califica como válida la venta de cosa ajena se refiere al aspecto abligacional, es decir, a las relaciones contraídas entre el comprador y el vendedor, que se deben de cumplir, lo cual no empece que aquel tercero propietario pueda privar al comprador de la cosa. Ello origina responsabilidad por evicción¹⁶.

Ciertamente, este planteamiento es el mismo que ha llegado al derecho español vigente en el que la compraventa es un negocio obligacional, que únicamente produce obligaciones sin transmitir la propiedad, cosa que sí sucede en el Código civil francés,

11 GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en Droit romain, cit.*, p.224 n.3 y p.242 n.5.

12 D.17.2.68 pr. (Gai. 10 ad ed. prov.)

13 C.4.52.3 *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Eusebio.- Falso tibi persuasum est communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividundo iudicium dictetur; tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi (293-305).*

Las fuentes permiten aseverar que cada copropietario puede efectuar libremente negocios de enajenación con su cuota (*pars indivisa*). De acuerdo con la presente constitución, dirigida expresamente a clarificar el contenido del derecho de prelación entre copropietarios, cada uno de ellos puede vender su porción en un predio común indiviso a quien quiera, bien al otro socio bien a un extraño. Ahora bien, la libre capacidad de enajenación alcanza hasta el instante mismo en que se dicta sentencia: *antequam communi dividundo iudicium dictetur*.

14 *Vid.* BELLOMO, M., *Il diritto di prelazione nel basso impero*, en *Annali di Storia del diritto* II, 1958, p.187 ss., con abundante bibliografía. PENTA, M., *Sul diritto di prelazione tra il I e il IV secolo*, *INDEX* 12, 1983-84, p.526 ss.

15 *Vid.* MURILLO, A., *Recepción del retracto de comuneros en el ordenamiento jurídico español*, en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano*, (Madrid, 2001), p.201 ss.

16 *Vid.* ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *La venta de cosa ajena en derecho romano y derecho medieval español*, en *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, número 19-20, 1996, p.5309 ss., e igualmente en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, (Murcia, 1998), p.119 ss., bajo el título “*Evolución del principio romano de la validez de la venta de cosa ajena en el derecho medieval español*”.

y que justifica el que este ordenamiento se vea compelido a considerar nula la compraventa de cosa ajena. No obstante, son varios los perfiles que marcan la diferencia con la venta de cosa ajena, de tal manera que se puede calificar dicha venta como modalidad cualificada¹⁷. Las razones se desprenden de los propios textos como seguidamente veremos.

D.21.2.12 (Scaev. 2 resp.)- Quidam ex parte dimidia heres institutus universa praedia vendidit et coheredes pretium acceperunt: evictis his quaero, an coheredes ex empto actione teneantur. Respondi, si coheredes praesentes adfuerunt nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse.

Escévola nos presenta el caso de una venta aislada de todos los predios comunes por un coheredero, con una particularidad, que cada coheredero recibió su precio, en consecuencia se trata de una venta aislada pero consentida¹⁸, porque a renglón seguido se pregunta si ocurrida la evicción de aquellos predios los coherederos estarán obligados por la acción de compra¹⁹. A ello respondió el jurista que si los coherederos estuvieron presentes y no disintieron, se considera que cada uno de ellos vendió su parte. En definitiva, la venta de cosa común por el comunero aislado le origina problemas cuando se prescinde del consentimiento de los demás comuneros²⁰ pues responderá ante ellos y ante terceros que hayan adquirido lo vendido²¹.

D.36.1.58(56) (Pap. 7 resp.)- Filiam fratribus certis rebus acceptis hereditatem restituere pater voluit: ante restitutam hereditatem in possessionem hereditatis filiam quoque mitti placuit. Cum autem interea filii res bonorum in solidum distraxissent, item alias pignori dedissent, hereditate postea restituta constitit ex eo facto ceterarum quoque portionum venditiones, item pignora confirmari.

En este texto, de difícil comprensión, Papiniano viene a decirnos que un padre quiso que su hija restituyese la herencia a sus hermanos, quedándose ella con ciertas cosas; se determinó que la hija fuera puesta en posesión de la herencia antes de su restitución; mientras tanto, los hijos, de común acuerdo, habían vendido bienes del patrimonio hereditario y habían dado también otros en prenda, restituida después la herencia, consta que en virtud de este hecho se confirmaban las ventas de las otras porciones y asimismo las prendas. La hija no es la única heredera del padre, y aunque está gravada con un fideicomiso, es coheredera con sus hermanos, concerniendo el fideicomiso únicamente a la porción hereditaria de la hermana. Pues bien, los hermanos antes de la restitución de la herencia habían dispuesto de una cosa parcialmente ajena, en razón de que una de sus partes pertenecía a su hermana, quien tenía a su favor un fideicomiso.

17 MÉNDEZ, E., *La venta de cosa ajena*, en Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo, vol. V, (Madrid, 1988), p.513.

18 Por medio de un asentimiento tácito en este caso, GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en Droit romain*, cit., p.224 n.4.

19 Los juristas de las Pandectas no formularon directamente la necesidad del consentimiento de todos los comuneros para la enajenación, pero ello deriva indirectamente de sus decisiones, más concretamente de las relativas a la materia de evicción como es el supuesto recogido en este texto. *Vid.* BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. II, cit., p.18 n.3. En definitiva, el texto declara abiertamente la necesidad del consenso a la hora de disponer: *praesentes adfuerunt nec dissenserunt. Vid.* BONFANTE, *Il "ius prohibendi" nel condominio*, p.383, y *L'azione autonoma del condominio*, en Scritti giuridici III, cit., p.496.

20 A propósito de su manifestación expresa o tácita, *vid.* ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, vol. I, ristampa 2ª ed., (Napoli, 1987), p.90.

21 En este caso se observa que los coherederos han quedado afectados solidariamente por la responsabilidad por evicción. Aun cuando el texto probablemente no está gravemente alterado quizá la parte final sea una inserción tardía, *vid.*, CALONGE, A., *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el derecho romano clásico*, (Salamanca, 1968), p.53 n.133; en contra, WACKÉ, A., *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli*, ZSS, 91, 1974, p.262 n.241.

Nos encontramos ante un supuesto evidente de venta de cosa ajena, no como hipótesis teórica sino como realidad habitual tanto en Roma como hoy en día. Además se trata de una venta que no se hace por mandato²² ni por representación. Por otro lado, sabemos que el derecho romano clásico admitió, así consta en diversos textos, la validez de la venta de cosa ajena, fundamentada en el carácter obligatorio de la compraventa²³; las obligaciones generadas para el vendedor en caso de incumplimiento originarán una responsabilidad, pues no está obligado a transferir la propiedad de aquello que vende sino únicamente a entregar su posesión²⁴. Sin embargo, entre la venta de cosa ajena común por un tercero y la venta de cosa ajena común por el condómino solitario existen diferencias en razón de la especificidad del caso, lo que va a ser objeto de nuestra investigación.

Cuando el comunero enajena una cosa común efectúa, por decirlo gráficamente, una “doble” disposición; por un lado, enajena su parte, representada en su cuota de propiedad y, por otro, enajena las cuotas de los demás. A partir de aquí los problemas que se originan pueden ser múltiples, especialmente en caso de incumplimiento, pues, a qué está obligado el comprador y de qué responde el vendedor. En el texto de Papiniano se resuelve el problema en el momento en que aquellos coherederos que dispusieron en compraventa y en prenda de las porciones que no eran suyas las recibieron en virtud de la restitución efectuada por su hermana. Tales confirmaciones quedan muy evidentes en las palabras del jurista: *hereditate postea restituta ... ex eo facto ... venditiones item pignora confirmari*²⁵.

En definitiva, Papiniano acepta la validez de los actos de disposición *ante restituta hereditatem* de los hermanos frente a los compradores y frente a los acreedores pignoratícios, aun cuando la titularidad patrimonial todavía permanezca en el heredero gravado: la hermana. Realizada la transferencia por la hermana de las cosas hereditarias se convalidan con su posición jurídica de coherederos las disposiciones previas, pues ahora son plenos titulares *pro portionibus hereditariis*²⁶.

III.- Con estos dos textos pertenecientes al período clásico final pocas respuestas podemos dar a la cuestión que hemos planteado. El Digesto no aporta más información; por ello tenemos que acudir al Código en donde en cuatro rescriptos, C.4.52.1,2,4, y 5, se aborda la venta de cosa común por el comunero aislado, sin que en ninguno de ellos expresamente se reconozca su validez aunque se acepte de forma evidente. Las cuatro constituciones, que seguidamente vamos a analizar, son del s.III; las dos prime-

22 Junto a D.36.1.58 (56), estudiado como *res debita ex causa fideicommissi*, suele analizarse D.20.4.3.1 (*Pap. 11 resp.*), como *res debita ex causa mandati*.

23 D.18.1.28 (*Ulp. 41 ad Sab.*).- *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest*. El texto recoge los dos principios básicos de la venta de cosa ajena: a) se reconoce su validez, y b) no transmite al comprador la propiedad de la cosa vendida. Otros textos: D.19.1.46 (*Paul. 24 quaest.*); D.19.1.11.8 (*Ulp. 32 ad ed.*); D.18.1.35.4 (*Gai. 10 ad ed. prov.*); D.19.1.11.2 (*Ulp. 32 ad ed.*); D.19.1.31.2 (*Ner. 3 memb.*); D.19.1.30.1 (*Afric. 3 quaest.*). *Vid. MÉNDEZ, La venta de cosa ajena*, cit., p.520 ss., en donde estudia la evolución histórica de la venta de cosa ajena desde el derecho romano hasta el derecho actual.

24 D.18.1.25.1 (*Ulp. 34 ad Sab.*).

25 No obstante, el texto ha sido muy discutido, pero carecemos de otras fuentes de la época que permitan hacernos con una idea cierta de la validez de la solución adoptada por los clásicos, *vid. KOSCHAKER, P., Fr. 4, 32 D.44.4. Contributo alla storia ed alla dottrina de la convalida nel diritto romano*, IVRA, IV, 1953, p.38 ss.; p.52 ss.

26 En aquello especialmente referido a la prenda de la cosa común y relacionado con el texto, *vid. WUBBE, F.B.J., Res aliena pignori data. De verpanding van andersmans zaak in het klassieke Romeinse recht*, (Leiden, 1960), p.99 ss.; FREZZA, P., *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, vol. II. Garanzie reali*, (Padova, 1963), p.132 ss.; KASER, M., *Zum “Pignus nominis”*, IVRA, XX, 1969, p.189 n.73 y ANKUM, H. - GESSEL-DE ROO, M.V. - POOL, E., *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht*, ZSS, 104, 1987, p.417.

ras están atribuidas al emperador Gordiano y las otras dos a los emperadores Diocleciano y Maximiano.

C.4.52.1 Imp. Gordianus A. Apollodoro evocato.- Si nulla usucapionis praerogativa vel diuturni silentii praescriptio emptorem possessionis, quam a coheredibus patrum tui distractam suggeris, pro portione tua munit, in rem actio incolumis perseverat: aut si receptum ius securitatem emptori praestitit, est arbitrium tibi liberum conveniendi eos, qui pro portione satis illicitam venditionem celebraverunt.

En este rescripto se recogen las diferentes soluciones que se le ofrecen a aquel comunero que se ha visto privado de su cuota de propiedad por un acto dispositivo de, en este caso, los restantes copropietarios. No se reconoce expresamente pero por la respuesta se admite, que la venta de la cosa común por el comunero aislado es posible, pues en ningún caso se alude a su nulidad sino a los medios procesales a los cuales tiene derecho el copropietario desposeído.

Dependiendo del tiempo transcurrido desde la venta, el comunero no interviniente podrá ejercitar una acción real o una acción personal. Dice el emperador que salvo *usucapio* o *praescriptio*, circunstancias que hacen propietario al comprador, el copropietario desposeído sigue manteniendo incólume la acción real, pero "*pro portione tua*". Por tanto, el emperador reconoce la validez de la venta de cosa ajena, aunque lo enajenado es la cuota de otro. Si se ejercita la acción real ¿qué sucede con la cuota del comunero disponente (vendedor)? ¿Tiene *actio in rem*? ¿Permanece obligado en tal caso el comprador a mantener su compra?.

El rescripto no ofrece respuesta, pero sí reconoce meridianamente que el comprador de buena fe de aquella cosa común que se le ha enajenado, la adquiere en propiedad porque así lo prescriben las reglas de la usucapión. ¿Y si no hubiera transcurrido el tiempo necesario para usucapir?. En tal caso el comunero desposeído podrá ejercer la acción real que le corresponde y el comprador exigirá responsabilidad por evicción al comunero que vendió en parte lo que no era suyo. Además, habrá que admitir que en estas circunstancias aún subsiste la pertinente acción divisoria como último recurso contra el coheredero disponente (D.10.2.44.2) o la petición de herencia (C.3.36.20)²⁷.

Si la *usucapio* se ha producido, es decir, el comprador se hizo propietario por uso continuado, el comunero desposeído podrá dirigirse con una acción personal contra el condómino vendedor, siempre "*pro portione tua*", para exigirle el rescaramiento por los perjuicios causados, pues tal venta, dice Gordiano, es *satis illicitam* (bastante ilícita). En definitiva, cualquier comunero puede disponer jurídicamente de toda la cosa común, cual disposición de la cosa ajena, en aquellas partes que no le son propias pero, evidentemente, queda sometido a toda responsabilidad que de tal actuación pueda derivar.

Cuando el comprador no ha consolidado su propiedad por *usucapio* y en virtud de la acción real debe reintegrar todas aquellas porciones que no sean propiedad del comunero disponente, ¿tiene el comprador que restituir la cuota de éste (vendedor)?. Del texto no se deduce tal obligación, en cuyo caso el comprador pasará como dueño *pro portione* a ser un comunero más con los otros, en lugar del que vendió las cuotas que no eran suyas. Se trata en última instancia, depurando vicios y responsabilidades, de una venta de cuota independiente y absolutamente legal en derecho romano²⁸. Es lo que sucedía,

²⁷ Vid. BERGER, A., *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, (Weimar, 1912), p.191 ss.; GAUDEMÉT, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en Droit romain*, cit., p.356 ss.

²⁸ Vid. D.4.7.12 (*Marc. 14 inst.*); D.19.1.13.17 (*Ulp. 32 ad ed.*); D.10.3.7.13 (*Ulp. 20 ad ed.*); D.10.2.54 (*Ner. 3 memb.*); C.3.37.1 *pr-1*, y 3.

como supra hemos apuntado, desde época clásica en los casos de donación, hipoteca o compraventa. Además, entendemos que el comunero vendedor no puede ir contra sus propios actos e intentar rescindir la venta en lo que respecta a su parte (cuota) (D.21.2.64.4, *Pap. 7 quaest.*; FV.282). Ahora bien, ¿está obligado el comprador a quedarse únicamente, si no hubo *usucapio*, con la parte del disponente de lo ajeno? El texto tampoco ofrece solución, pero creemos, salvo que así lo desee, que no está en absoluto obligado a permanecer como propietario *pro parte* de algo que el adquirió en su totalidad; es decir, podrá reintegrar la cuota al vendedor y obtener el resarcimiento del precio.

C.4.52.2 Imp. Gordianus A. Herenniano militi.- Multum interest, utrum coheredes tui possessionem communem distraxerunt, an vero fiscus, cum partis dominus esset, soliditatem iuxta proprium privilegium vendidit. Etenim si a fisco facta est venditio, fidem eius infringi minime rationis est. Si vero coheredes soliditatem vendiderunt, licet emptor ab his delegatus partem pretii fisco solverit alteramque in cautionem deduxit, tamen portioni tuae ea venditio non potest obsistere.

El mismo emperador Gordiano en este rescripto²⁹ ratifica lo advertido en el inmediatamente analizado. No obstante, diferencia claramente, *multum interest*, según que el copropietario disponente sea por ejemplo, como es el caso, un coheredero (comunero) o sea el fisco. Si quien enajenó la totalidad de la cosa común, por tanto también la porción del condómino no interviniente, fue el fisco, por ser dueño de una parte, no existe posibilidad de infringir su compromiso en razón de su propio privilegio. Por lo tanto, el condómino no disponente recibirá el equivalente económico de su *pars pro indiviso* pero no podrá ejercitar acción real contra el comprador. Se ha producido una novación de la obligación porque ha cambiado la responsabilidad³⁰. Indica Gaudemet³¹ que este privilegio sin duda se acordó para facilitar al fisco la enajenación de sus tierras. Tal privilegio³² quizá fuera instituido por Alejandro Severo, C.10.4.1 (a.225), al establecer que cuando al fisco le pertenezca una parte, aunque mínima, en una cosa, pueda enajenar toda ella, pero que el precio restante que no corresponde a la porción del fisco sea restituido a sus dueños.

La situación se modifica totalmente, dice el emperador, cuando son los coherederos (copropietarios), sin el consentimiento unánime de todos, quienes enajenan la posesión común. Pues cuando ellos venden la totalidad, esa venta no puede perjudicar la porción del comunero no interviniente, cuyo dominio además no pueden transmitir. En este supuesto encontramos válido todo lo dispuesto en C.4.52.1; a saber, si no hubo *usucapio* puede reclamarse con la *actio in rem* la propia porción y si hubo *usucapio* el comunero desposeído podrá ejercitar una acción personal contra los coherederos disponentes de la porción ajena para resarcirse de los perjuicios ocasionados.

C.4.52.4 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Ulpiano, militi.- Portionem quidem tuam militantis alienare frater tuus non potuit. Eius autem partem pretio soluto tibi restitui postulare nec militari gravitati convenit.

Los dos últimos rescriptos pertenecen a Diocleciano y Maximiano, por tanto, probablemente emitidos con una posterioridad de unos cincuenta años a los del empe-

29 Este pasaje carece de sospechas fundadas de interpolación; sin embargo, *vid. Index interpolationum quae in Iustiniani Codice inesse dicuntur*, (Köln, Wien, 1969), p.87: C.4.52.2. *Vid.* igualmente BISCARDI, A., *Idées maitresses du régime de l'indivision en droit grec*, en R.H.D., 1958, p.339 y RUPPRECHT, H.-A., *Zu Voraussetzungen, Umfang und Herkunft des Vorkaufrechts des Gemeinschaftler nach den Papyri*, (Athènes, 1981), p.287 ss.

30 *Vid.* VOCI, P., *Per la storia della novazione*, BIDR, 68, 1965, p.166 n.54.

31 GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en Droit romain*, cit., p.225.

32 *Vid.* LENZ, H.M., *Privilegia fisci*, (Pfaffenweiler, 1994).

rador Gordiano. Este texto pone en evidencia que la enajenación *pro parte* es absolutamente válida, pero lo que aquí se plantea es la validez de la venta de la parte de otro en la cosa común. A nuestro entender un hermano vendió toda la cosa conjuntamente incluyendo la porción del otro hermano que estaba en el ejército. Los emperadores no informan de cual sea el objeto común, lo más verosímil es que se trate de una herencia conjunta³³, perteneciente a dos hermanos.

Dicen los augustos emperadores que un hermano no puede vender la cuota de otro que se encuentre en el ejército. Se trataría de un caso de excepción a la venta de cosa ajena. Ello no empece para entender, como en las casos anteriores, que un copartícipe puede disponer de la porción ajena, pero ha de resarcir los perjuicios o al menos, como en este caso, el precio de la parte enajenada. Otra consecuencia cierta es que el estado de copropiedad se ha extinguido, pues si los bienes o partes de una herencia se han vendido conjuntamente, cual si mediara el consentimiento de ambos, suponiendo que ha sido a un único comprador ha desaparecido la propiedad por cuotas, que a lo sumo subsiste sobre el precio pagado.

C.4.52.5 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Olympiano.- Si maior annis viginti quinque velut propria nesciens communia cum fratribus tuis praedia distraxisti, licet nullum instrumentum intercesserit nec quicquam specialiter convenit, alienae portionis evictione secuta quanti interest emptoris solves.

Se trata de un caso en que un mayor de veinticinco años vendió como propios unos predios que eran comunes con sus hermanos. Por lo tanto, un copropietario vende una cosa ajena de la cual es propietario sólo en una determinada parte. Según parece los condóminos no enajenantes reclamaron su parte con una acción real al comprador, quien restituyó dichas partes, y el vendedor tuvo que responder de la evicción de las porciones no propias que enajenó. Ha de concluirse que aún no se había producido la *usucapio*. Además está claro que nadie puede transmitir sin el consentimiento de los demás lo que sólo es suyo *pro parte*; es decir, sin el acuerdo de todos o con su oposición nadie puede transmitir el dominio de lo que es común a la copropiedad. Esto se observa asimismo en C.2.18.19 en donde los mismos emperadores Diocleciano y Maximiano reconocen la validez de la venta de la cosa común por un heredero cuando su coheredero se limita a ratificar la venta y por tanto podrá exigir el precio correspondiente a su *pars indivisa*³⁴.

Vistos los cuatro rescriptos hay que recordar la verdad que encierra la opinión de Biscardi³⁵ cuando afirma que estas fuentes romanas confirman que, al menos cuando se trata de comunidades de hermanos o parientes próximos³⁶, a lo largo de los siglos se ha mantenido la facultad reconocida a cada copropietario de disponer de toda la cosa común y continúa en la tradición griega la posibilidad de transferir un solo de los condóminos todos los bienes indivisos, aún cuando uno o varios no participen en la realización del acto. Esto se demuestra cuando al observar los cuatro rescriptos nos damos cuenta que los emperadores reaccionan enérgicamente y declaran la nulidad parcial de los actos de enajenación en favor de los no disponentes o fijan la responsabilidad parcial por evicción incluso de quien creyéndose propietario único, sin embargo enajenó las cosas comunes.

33 VAN WARMELO, P., *Aspects of joint ownership in Roman Law*, T.R. XXV, 1957, p.177 ss.

34 *Vid.* C.3.36.20 y D.10.2.44.2. *Vid.* VAN WARMELO, *Aspects of joint ownership in Roman Law*, cit., p. 185 ss.

35 BISCARDI, A., *Idées maitresses du régime de l'indivision en droit grec*, cit., p.339 ss.

36 Los supuestos contemplados en estos rescriptos manifiestan relaciones de parentesco entre los copropietarios: hermanos, sobrinos, etc., lo que puede en parte justificar la admisibilidad de las disposiciones unilaterales por el todo. *Vid.* WIEACKER, F., *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, (Weimar, 1936), p.231 ss.

IV.- En el derecho intermedio no existe ninguna manifestación a propósito de la venta de la cosa común por el comunero aislado. Un supuesto muy especial puede verse en P.5.5.53 en donde el Rey dispone de una cosa común:

“si el Rey oviessse alguna cosa comunalmente con otros, que la pueden vender, toda, o dar³⁷, por razón de aquella parte que ha en ella; e pasa el señorío de aquella cosa al que la vende, o al que la da. Mas con todo esso, deve dar la estimacion a cada uno de los otros, segund la parte que avian en aquella cosa”.

En esta Partida se observa que el Rey tiene la facultad de disponer, cuando posee algo en copropiedad, de aquellas cuotas pertenecientes a otros comuneros, con la obligación de satisfacerles con la estimación económica que resulte pertinente. Se trata de un privilegio del monarca por cuanto puede privar de su propiedad a otro condómino incluso sin estar justificada por causa de utilidad pública, pues nada se intuye en este sentido. Este fragmento guarda gran similitud con aquel otro recogido en C.4.52.2 en el que se indica por el emperador Gordiano el privilegio que mantiene el fisco en orden a la facultad de enajenar la totalidad de la cosa común con el único límite, como vimos *supra*, de indemnizar con el equivalente económico por la *pars pro indiviso* perteneciente al comunero no disponente; además, éste queda impedido de ejercitar cualesquiera acción en tal supuesto.

Al margen de este especial caso, y a pesar de la existencia del título del *Codex* que aquí nos ocupa, salvo en lo Codi 4.65.2, que resulta ser un resumen extraordinario de los rescriptos imperiales, no existe más regulación.

Codi 4.65.2.- Mas si el enagena toda la cosa non val la enagenación fueras por la parte suya e por aquello los otros compañeros pueden demandar la su parte de la cosa a todos omes que la tengan si la cosa non es usucapta o prescripta como ley diz. Mas si la cosa es usucapta o prescripta puede bien demandar la su parte del precio al que la vendio.

Lo más sorprendente es que las Partidas no recogen esta venta cualificadísima. Para Méndez³⁸, a quien seguimos por considerar acertado y exhaustivo su estudio, la literatura jurídica de las *Summae Codicis* en la rúbrica *De communium rerum alienatione*³⁹, seguían en cierto modo lo establecido en C.4.52: venta extralimitada del comunero, las posibilidades de *usucapio* por el comprador, etc. Sin embargo, en la *Summa*, *De communium rerum alienatione* de Azón se produce un cambio de orientación respecto de las otras *Summae* por cuanto la venta extralimitada del comunero no es resuelta de modo específico. Pues bien, conocida la influencia de la *Summa Codicis* de Azón en las Partidas, especialmente en materia de compraventa⁴⁰, es lo que explica que la obra alfonsina no se ocupe de la regulación de la venta de la cosa ajena por el comunero aislado pues tampoco lo hacia el comentario de Azón. Sin embargo, de la orientación adoptada por el ilustre glosador en su texto *De communium rerum alienatione*, los redacto-

37 Ha de entenderse comprendida la posibilidad de que la cosa fuera donada por el Rey, pero ello no evitará que siempre deba pagar el precio de la parte correspondiente.

38 MÉNDEZ, *La venta de cosa común por el comunero aislado II*, en Revista Jurídica del Notariado, julio-septiembre, 1992, p.200 ss.; *La venta de cosa ajena*, cit., p.514 n.3.

39 *Summa Trecensis, De communium rerum alienatione*; Rogerio, *Summa Codicis Rub., De communium rerum alienatione*; Placentino, *Summa, De communium rerum alienatione*, todas ellas pueden verse en MÉNDEZ, *La venta de cosa común*, cit., p.201 ss.

40 ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J.A., *La compraventa en las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del título 5 de la Quinta Partida*, en Centenario de la Ley del Notariado, sec. 1ª, Estudios históricos, vol. II, (Madrid, 1965), p.339 ss.

res de las Partidas extrajeron P.5.5.55⁴¹ en donde se regula claramente la posibilidad de la venta de la cuota por el comunero, así como el derecho de adquisición preferente de los demás condóminos, que deriva especialmente de C.4.52.3.

El texto de las Partidas antes que una recepción formal y mecánica de lo expuesto por Azón, incorpora el contenido de los pasajes de la compilación justinianea citados por el jurista boloñés. Así, el fragmento P.5.5.53, que hemos transcrito, se corresponde con la constitución de Gordiano, C.4.52.2, y la constitución de Alejandro Severo, C.10.4.1, pues entre ambas se regula que la enajenación que efectúe el fisco de la totalidad de la cosa común sea válida, pero será necesario resarcir a los demás condóminos por sus partes correspondientes⁴².

V.- “En el derecho español todos los textos legales, desde el *Liber iudiciorum* hasta el Código civil, guardan silencio sobre esta modalidad cualificada de la venta de cosa ajena”⁴³. Pudiera opinarse que esta afirmación tan rotunda no es verosímil, sin embargo, lo es. Así, nuestro art. 397 dice:

“Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos”.

Se trata de un artículo de carácter prohibitivo, pues cualquier condómino que lleve a cabo modificaciones en la cosa común, si para ello no cuenta con el consentimiento de los demás, estará realizando un acto contrario a la ley. El precepto prohíbe hacer alteraciones en la cosa común. Qué se entienda por alteraciones ha llegado a un punto de acuerdo doctrinal⁴⁴. Alterar es cambiar por medio de actos materiales o jurídicos el estado que anteriormente tenía la cosa; es decir, distraerla del fin a que por su naturaleza y por voluntad de los condóminos estaba destinada⁴⁵. Por tanto, hacer alteraciones en la cosa común tanto en el aspecto material como en el aspecto jurídico exige el consentimiento de los demás condueños.

En esta sede nos estamos ocupando de un negocio de disposición muy concreto⁴⁶, la venta de la cosa común por el comunero aislado. Dicha actividad evidentemente supone una alteración en el régimen de la comunidad y por tanto, tal y como pres-

41 P. 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 comunalmente 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 comenzado en juyzio para partirla, entonce non la podria vender el estraño, fasta que fuesse partida; fueras ende, con otorgamiento de los otros compañeros.

42 ARIAS RAMOS - ARIAS BONET, *La compraventa en las Partidas*, cit., p.416 ss.

43 MÉNDEZ, E., *La venta de cosa ajena*, cit., p.514; también en *La venta de cosa común*, cit., p.203.

44 Vid. MÉNDEZ, *La venta de cosa común*, cit., p.174.

45 Las concordancias que pueden encontrarse con el art. 397 del C.c. se dirigen todas a los actos materiales de alteración, encajando difícilmente dichas disposiciones legales en el ámbito de los actos de disposición jurídica, así: art. 597 y 1695, 4 del C.c.; art.7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal; ley 372, 2º de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, de la Compilación del Derecho civil foral o Fuero nuevo de Navarra; art. 20 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia.

46 No obstante, BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La comunidad de bienes en el derecho español*, (Madrid, 1954), p.280, “deben considerarse comprendidos dentro del concepto de actos de disposición jurídica, todos aquellos actos, que, jurídicamente, indiquen una disposición sobre la totalidad de la cosa. Fundamentalmente, la enajenación y la constitución de derechos reales limitativos del dominio: usufructo, uso, servidumbres, censos, hipoteca, y si la cosa es mueble, la prenda”.

cribe el art. 397, no estaría permitido al comunero individual. Es más, si la enajenación de la totalidad del derecho ya constituye una alteración en el régimen de la comunidad, siendo posible conforme al art. 397 si todos los comuneros unánimemente consienten⁴⁷, con más razón lo será cuando lo lleva a cabo un comunero aislado⁴⁸. No obstante, ha de entenderse que un comunero cualquiera pueda enajenar la cosa común, pero asumiendo cuantas responsabilidades derivan en circunstancias semejantes cuando se produce la venta de cosa ajena⁴⁹. En consecuencia, el art. 397 no autoriza al comunero aislado a disponer jurídicamente de la totalidad de lo común, pero tampoco lo prohíbe expresamente, únicamente exige el consentimiento de todos los condueños.

El discutido párrafo final del artículo 399 del Código civil español⁵⁰ 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 cuando se trata de una comunidad hereditaria⁵¹. 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 de una cosa futura para después de la división, deberá permanecer en la comunidad⁵²; el adquirente no ingresará en ella, pues su adqui-

47 DÍEZ-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.

48 La cuestión que nos ocupa recibe tratamientos diferenciados en cada una de las regulaciones jurídicas plasmadas en los vigentes Códigos civiles y que en un futuro no descartamos sea objeto de estudio más amplio. Simplemente, ahora, indicar cómo el Código civil francés en su art. 1599 pretende establecer la nulidad radical de la venta de cosa ajena, si bien es cierto que la doctrina y la jurisprudencia galas han ido realizando una interpretación correctora del mismo. Por lo que respecta al Código civil italiano en su art. 1480 regula la venta de la cosa común, lo que sin duda resulta novedoso a la vez que acorde con el espíritu romanístico que impregna su regulación. También merece destacarse el art. 902 del Código civil portugués en el que se regula la venta de cosa común por el comunero aislado a pesar de haber establecido previamente la nulidad de la venta de cosa ajena. Finalmente, como ejemplo de evidente influencia romana, el Código civil argentino reconoce en su art. 2677 la facultad de cada condómino para enajenar su parte indivisa (cuota), sin embargo, en el art. 2680 se indica que “ninguno de los condóminos puede sin el consentimiento de todos, ejercer sobre la cosa común ... actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad”. Es más, conforme al art. 2682, “el condómino no puede enajenar ... con perjuicio del derecho de los copropietarios”. A ello, por si hubiera dudas, debe añadirse que el art. 1329 dice expresamente que “las cosas ajenas no pueden venderse”, pero la ratificación del propietario o una sucesión universal o singular a favor del vendedor puede cubrir tal disposición (art. 1330). Todo ello, a nuestro entender, queda perfectamente clarificado cuando en el art. 1331 dice que “la venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, es de ningún efecto aun respecto a la porción del vendedor (principio, por lo que hemos visto, contrario a lo establecido en derecho romano); pero este debe satisfacer al comprador que ignoraba que la cosa era común con otros, los perjuicios e intereses que le resulten de la anulación del contrato”.

49 Vid. MIQUEL, J.Mª., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, (Dirigidos por M. Albaladejo), t.V, vol. II, (Madrid, 1985), p.395 ss.; MÉNDEZ, *La venta de cosa ajena*, cit., p.512 ss.; *La venta de cosa común*, cit., p.179 ss.; ESTRUCH, J., *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, (Pamplona, 1998), p.211 ss.

50 Artículo 399 Código civil español.- *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 aun 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.*

51 Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes*, cit., p.264 ss.; MIQUEL, *Comentarios al Código civil*, t.V, vol.II, cit., p.434; CAPILLA, F., *Derecho reales y derecho inmobiliario registral*, (López, A.M. y Montés, V.L., coords.), (Valencia, 1994), p.393. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial III*, cit., p.923 ss.

52 BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes*, cit., p. 266 ss.

sición se halla condicionada y limitada a la adjudicación. Por el contrario, esto 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.

Sin embargo, la venta produce obligaciones y por sí sola sin tradición no transmite la propiedad, pues ésta para poderse transmitir es preciso ostentarla al efectuar la *traditio*. En definitiva, el comunero aislado nunca podrá transmitir la propiedad de la cosa común, salvo la de su parte (cuota), porque no puede llevar a cabo la entrega. En consecuencia, podría pensarse que la propiedad común de la cosa no corre riesgo alguno y no cambiará de dueño; pero ello no es verdad porque la venta hace las veces de justo título⁵³ y aunque la tradición se haya realizado por un no propietario, permite que se lleve a cabo la usucapión, al igual que vimos sucedía en Derecho romano (C.4.52.1 y 2).

De lo anterior se concluye, como dice Miquel, que la venta de la cosa común no puede ser nula de pleno derecho, como dicen algunas sentencias del Tribunal Supremo, si la venta de cosa ajena es válida; y aunque no transmite los derechos de los demás comuneros que no consintieron, produce efectos obligacionales (responsabilidad por incumplimiento, saneamiento por evicción) y en último extremo facilita la *usucapio*. Con lo cual queda desmontado todo tratamiento jurisprudencial que aboga por la nulidad radical de la venta de la cosa común hecha por el comunero aislado. Conviene recordar que las constituciones imperiales romanas asumieron como límite la nulidad parcial en aquello cuya propiedad no era del condómino disponente.

El comunero aislado cuando dispone como dueño de la cosa común lo es en parte, y la consecuencia⁵⁴ es que no podrá posteriormente invocar que la venta es nula y que él, por tanto, no viene obligado a entregar su parte siquiera. En efecto, “el acreedor-comprador no puede ser compelido a recibir la cosa en parte, pero el deudor no puede negarse a cumplir en la medida de lo posible, sólo porque se trataría de un pago parcial y no es posible cumplir por el todo”. Además, ha de entenderse que sobre su *pars quota* presta el consentimiento y en virtud del art. 399 tal acto es absolutamente legal y más aún en relación con lo establecido en el art. 1460 del C.c.⁵⁵.

Es evidente, pues, que el derecho moderno y el derecho romano en la cuestión que nos ocupa son idénticos⁵⁶, pues el copropietario, en la medida en que excede los límites del derecho, no puede realizar actos sobre la totalidad sin el consentimiento unánime de los demás condóminos. Cuando los efectúa deberá someterse a las responsabilidades que derivan de la venta de cosa ajena. En definitiva, como opina Estruch⁵⁷, “no

53 MIQUEL, *Comentarios al Código civil, t.V, vol.II*, cit., p.396.

54 MIQUEL, *Comentarios al Código civil, t.V, vol.II*, cit., p.399.

55 Art. 1460 del Código civil español- *Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato. Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido.*

56 BONFANTE, *L'azione autonoma del condomino, Scritti giuridici III*, cit., p.494 ss. Sin embargo, MÉNDEZ, *La venta de cosa común*, cit., p.199 ss., la estructuración de la venta de cosa común por el comunero aislado parece presentar algunas diferencias, que podrían calificarse de importantes, con su configuración actual, especialmente cuando se trata de la reivindicación de la totalidad de la cosa vendida que hoy es posible otorgar al comunero aislado que actúa en interés de la comunidad.

57 ESTRUCH, *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, cit., p.271.

puede, conforme a un elemental criterio de lógica jurídica, ser más reprochable (nulidad absoluta) la venta de cosa parcialmente ajena, esto es, la venta de una cosa sobre la que se ostenta un derecho real, que la venta de cosa completamente ajena. Por tanto, si entendemos que la venta de cosa ajena es válida y, en consecuencia, productora de obligaciones, la venta de cosa parcialmente ajena será válida en igual o mayor medida”.

No obstante, durante mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia españolas han entendido que el artículo 397 del C.c. impedía dicha validez, por cuanto exige la unanimidad de los condóminos para los actos de alteración de la cosa común. Sin embargo, actualmente la doctrina mayoritaria entiende que la venta de cosa ajena, por el simple motivo de la ajeneidad del objeto no es nula⁵⁸. Por consiguiente, la venta aislada efectuada por un comunero – seguimos a Estruch – no es nula, pues produce las obligaciones que son propias a este negocio, aunque no producirá los efectos traslativos buscados por falta de poder de disposición del *tradens*, ya que nadie puede transmitir lo que no tiene, y ello aunque la cosa vendida se entregue.

⁵⁸ Vid. ESTRUCH, *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, cit., p.272 n.3.