

**D.10,3,28 (PAP. 7 QUAEST): RESPONSABILIDAD POR
ALTERACIONES EN LA COSA COMÚN**

PATRICIA PANERO ORIA
Barcelona - España

D. 10.3.28 (PAP. 7 QUAEST.): RESPONSABILIDAD POR ALTERACIONES EN LA COSA COMÚN

Como en la copropiedad actual¹, la *communio* clásica, una vez superado el antiguo *consortium erecto non cito*², está gobernada por dos conceptos: el de cuota, -fracción ideal de participación en la cosa común- cuya titularidad pertenece a cada uno de los condóminos y la facultad de disposición es ejercida *pro parte*³, y el de cosa común. Sobre esta última, los copropietarios gozan de dos niveles de actuación: por un lado, disponen de un conjunto de facultades dispositivas para cuyo ejercicio deben actuar *in solidum*, y por otro, tienen absoluta libertad para la realización de determinados actos, si bien, por estar *manente communione*, se someten a un cierto régimen regulador de estas relaciones internas. Unos y otros actos se conocen hoy en día, respectivamente, como actos de disposición jurídica de la cosa, y actos de disposición material⁴. Así, junto a aquellos actos de disposición jurídica, que como apunta MURILLO⁵, se elevan a un plano particular y estrictamente independiente de cada propietario, existen estos actos de disposición material, en los que se exige un uso compartido o aprovechamiento conjunto de la *res omnium*⁶.

¹ La concepción del condominio en base a un triple carácter: pluralidad de sujetos; indivisión material de objeto y atribución ideal de cuotas, reflejada en el art. 392 del Cc., comporta: por un lado, el que se plantee el conflicto inevitable que se suscita entre dos principios antitéticos, el de la “pluralidad” (de titulares) y el de la “unidad” (de objeto) -las dos primeras notas aludidas-, y por otro lado, la forma de evitarlo procedente del propio Derecho Romano clásico a través de la atribución de cuotas -la tercera nota referida- o de partes abstractas del derecho de propiedad. En otras palabras, se otorga una fracción aritmética de la *res communis* a cada uno de los copropietarios, esto es una medida ideal de participación mientras dure la *communio*, que no corresponde a una específica parte material de la cosa común si bien se podrá concretar en ella al dividirse y cesar el condominio.

² TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, pp. 407-411, destaca, al tratar de la pluralidad de sujetos como titulares de un mismo derecho, que esto puede producirse en el ámbito de los derechos reales, en el sucesorio, en el de obligaciones y en el de familia, naciendo con el *consortium erecto non cito*, al que califica como comunidad dinámica y contrapone al condominio clásico al que configura como estático.

³ Los romanos, para distinguirla de la parte material -fracción de la cosa divisible-, hablan de *pars pro indiviso*, cfr. D. 50.16.25.1 (*Paul. 21 ad Ed.*), en donde se aprecian las precisiones terminológicas atribuidas por Paulo a los juristas republicanos Quinto Mucio Escévola y Servio Sulpicio Rufo.

⁴ Vid. toda la bibliografía en MURILLO, *Disposición jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos*, Madrid, 2000, p. 10, n. 5.

⁵ MURILLO, *Disposición jurídica...*, cit., pp. 10-11.

⁶ BONFANTE, *Corso di diritto romano, La proprietà*, Vol. II, parte II, Milano, 1968, pp. 35-36, se encarga de establecer las diferencias entre unos y otros. 1) El lenguaje de las fuentes es distinto en orden a la disposición jurídica y material de la cosa. Así, en relación a lo primero, la mayoría de los textos afirman que concurre el consentimiento de todos *omnes consentire debent, omnes (in iure) cedent*, no mencionándose la *prohibitio*, mientras que en relación a lo segundo, esto es, la disposición material de la cosa, generalmente ocurre a la inversa: no se menciona el consenso y sí la *prohibitio*. 2) Los actos jurídicos suelen comprometer irreversiblemente la cosa y pueden llevarse a cabo en un momento; por el contrario, los actos materiales, ni comprometen la cosa, ni se realizan en el mismo momento, siendo mayor el espacio de tiempo necesario para su realización y disponiendo de tiempo los condóminos para oponerse a la realización del acto, y 3) en fin, los actos de disposición jurídica, suelen ser divisibles, a diferencia de los actos de disposición material que no suelen serlo, lo que en palabras del propio BONFANTE -p. 36- “sicché il regime del consenso generale si esplicherebbe in tutta la sua gravità”.

Vamos a centrar nuestra exposición sobre estos últimos, es decir, sobre los actos de disposición material, o de administración, cuyo régimen se establece en el artículo 398 del Cc., según el cual:

Para la administración y mejor disfrute de la cosa común, serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes. No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad. Si no resultare mayoría, o el acuerdo de éste fuera gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un administrador..

En síntesis, nuestro Código Civil, como vemos, establece respecto a los actos que nos interesan, un régimen o criterio prioritario, esto es, un sistema de mayorías -mayoría real y no personal-, y como régimen subsidiario, un recurso o sistema judicial -en defecto de las referidas mayorías, o de que, aun existiendo, adoptaran un acuerdo perjudicial para los intereses de la comunidad-.

Concretando aún más el objeto de nuestro trabajo, aludiremos exclusivamente al régimen (y no al análisis casuístico) de todos aquellos actos que aun refiriéndose, en general, al aprovechamiento y administración de la cosa común, -actos de disposición material- afectan, en particular, a su función económico-social, o perjudican el derecho de los demás condóminos, esto es, aquellos que impliquen alteraciones en la cosa común, y no sean meros actos de conservación o reparación de aquella. En otras palabras, trataremos de aquellos actos que BONFANTE llama de uso excesivo o ilícito de la cosa, en contraposición a los que califica de uso normal⁷ o lícito de ésta, es decir, que comportan el goce y disfrute de la cosa común sin alterar su sustancia y sin invadir el derecho de los restantes copropietarios. Así pues, nos proponemos estudiar, no sólo el régimen al que debe acomodarse este uso excesivo de la cosa común por parte de un copropietario, sino también las responsabilidades que puedan derivarse de este uso ilícito. A este respecto nuestro Cc. en su artículo 397, es claro:

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

Son igual de claros sus precedentes legales. En particular los que proceden del Derecho Romano y de las Partidas. Así, el Derecho Romano, no sólo reconoció el principio formulado por Sabino⁸, de “que en la cosa común ninguno de los dueños puede tener derecho a hacer aquello que venga a alterarla”, sino que además estable-

⁷ Su régimen se encuentra recogido en D. 13.6.5.15 (*Ulp. 28 ad Ed.*):...*Usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur)*, consistiendo en la libre disposición de la cosa, de forma moderada. Dentro de los actos de disposición de la cosa, no debemos preterir, al lado del *uti*, la existencia del *frui* (percepción de los frutos devengados por la cosa común de forma proporcional a la cuota de cada condómino), cuyo régimen se encuentra regulado, en D. 7.8.19 (*Paul. 3 ad Vitel.*) y en D. 22.1.25 pr (*Iul. 7 Digest.*).

⁸ D. 10.3.28 (*Pap. 7 Quaest.*).

ció que ninguno de los copropietarios puede, en contra de la voluntad expresa o tácita de cualquiera de los comuneros, hacer algo que altere sustancialmente el estado de la *res omnium* que pertenece *pro indiviso* a todos ellos.

Por su parte, las leyes de Partidas también se encargaron de esto, estableciendo que cuando un condómino hubiera realizado con mala fe, obras en su nombre, como si la cosa común fuese toda suya, pierde los gastos, y lo nuevo que se hubiese labrado queda para provecho de la comunidad⁹.

Inspirándose en estos antecedentes, nuestro artículo 397, como señala MURILLO¹⁰, es de carácter prohibitivo, pues cualquier condómino que lleve a cabo modificaciones en la cosa común, estará realizando un acto contrario a la ley, si no cuenta con el consentimiento de los demás. El precepto prohíbe, pues, hacer alteraciones en la cosa común.

De la lectura de este artículo se desprende que las *alteraciones* a las que se alude no son las que pueden englobarse en un simple *mejor disfrute de la cosa común*, (lo que no afectaría a su esencia y sustancia) en cuyo caso sería de aplicación el artículo 398, que se refiere a ellas de forma explícita, rigiéndose por el sistema de mayorías, sino que, precisamente y por contraposición, se refiere a las *alteraciones* que no pudieran incluirse dentro de ese genérico *mejor disfrute*, esto es, las que afecten a la esencia y sustancia de la cosa para las que se exigirá el régimen de unanimidad¹¹.

Así, mientras que tanto el Derecho Romano clásico como las Partidas, demuestran que lejos de consentir, el condómino se opone a lo que se va a hacer (*ius prohibendi*), ya en el Derecho Romano justiniano se empieza a ver un precedente de nuestro Cc., al limitarse ese derecho de veto a los casos en que redunde en beneficio de la comunidad, y al exigirse el consentimiento expreso de los socios para realizar cualquier modificación en la cosa común. Por ello, nuestro artículo 397, no exige al comunero que prohíba las alteraciones en la cosa común, -como ocurría en Derecho Romano clásico- sino que -como en el Derecho Romano justiniano- la validez de dichas alteraciones se subordina a la condición de haber consentido todos los condóminos.

Señala MANRESA¹², que nada nos dice el Código Civil de cómo debe ser ese consentimiento, ni tampoco cuáles son los efectos jurídicos derivados de su falta para determinar las responsabilidades civiles imputables al condueño que lleva a cabo esas

⁹ P. 3.32.26: “Pero si este que faze la labor la oviesse fecho a mala fe, non lo faziendo saber a sus compañeros: mas reparando, o labrando el logar que avia con nosotros, o faziendo y alguna cosa de nuevo en su nome assi como si toda fuesse suya debe perder estonce las misiones que fizo en la labor, e lo que es yn labrado de nuevo debe fincar comunalmente a todos los compañeros”. *Las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el nono*, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad. Impresso en Salamanca por Andrea de Portonaris. Impressor de su Magestad. Año MDLV. Reed. anastásica, Madrid, 1974.

¹⁰ MURILLO, *Disposición jurídica...*, cit., p. 121.

¹¹ Sobre qué debe entenderse por alteraciones, como pone de manifiesto MURILLO, *Disposición jurídica...*, cit., p. 121, es cuestión pacífica en la doctrina. Alterar -continúa MURILLO- es cambiar por medio de actos materiales o jurídicos el estado que tenía la cosa anteriormente, esto es, distraerla del fin al que estaba destinada. En relación a las alteraciones materiales, como señala SIERRA GIL DE LA CUESTA, en *Comentario del Código Civil*, Vol. III, Madrid, 2000, p. 275, “el Tribunal Supremo ha realizado una casuística esclarecedora para determinar el contenido de las mismas.”

¹² MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, Vol. III, Madrid, 1950, p. 604.

alteraciones en la cosa común. Para responder a estas cuestiones, prosigue MANRESA, debemos tener en cuenta los precedentes legales en los que se inspiró nuestro Código Civil; ya el propio Derecho Romano que, como veremos, consigna diversas reglas sobre el alcance del consentimiento (D. 10.3.28), ya las leyes de Partidas (P. 3, tit. 32, ley 26), que siendo minuciosas en su estudio, encierran sus modalidades en cuatro conceptos, a saber: *consensus*, *patientia*, *ignorantia* y *prohibitio*¹³.

En relación a lo primero, esto es, al consentimiento, el Código Civil no dice que deba ser expreso, por lo que entendemos que es suficiente con que se dé un consentimiento tácito¹⁴, si bien éste debe ser probado, o existir, al menos, algún indicio de la voluntad de los condóminos¹⁵.

Respecto a lo segundo, -la responsabilidad- el copropietario que realiza una alteración o innovación en la cosa común, si no cuenta con el consentimiento de los demás no obra en base a la buena fe, por lo que de su actuación se derivarán, lógicamente, una serie de sanciones, como pueden ser la pérdida de los gastos, la obligación de demoler las obras realizadas y la reversión a la comunidad de aquello que fuera ventajoso. Sin embargo las responsabilidades derivadas no siempre serán las mismas, dependiendo de si los comuneros tenían o no, conocimiento de las obras¹⁶.

Todo ello, tiene un precedente claro en un texto de Papiniano, recogido en D. 10.3.28, el cual a nuestro juicio, contesta a las dos cuestiones que nos veníamos planteando en orden al régimen del uso excesivo o ilícito de la *res omnium*, a saber, la necesidad de consentimiento de los demás condueños y la responsabilidad del que lleva a cabo las modificaciones. Como ya hemos apuntado, y omitiendo el análisis jurisprudencial de los supuestos de disposición material, nos limitaremos a realizar algún apunte sobre el régimen del *ius prohibendi* en el Derecho Romano clásico, para lo cual nos detendremos en el análisis pormenorizado del citado fragmento Papiniano.

¹³ MANRESA, *Comentarios del Código Civil...*, cit., pp. 601 y 602, termina por reconocer que resulta innecesaria "tal prolijidad", consignando que: (a) la existencia o no de consentimiento al ser una cuestión de hecho, dependerá de la prueba y de su apreciación por los tribunales; (b) que el propio Derecho Romano estableció diversas reglas sobre el alcance de este consentimiento, tal es el caso de D. 10.3.28 -del que tratamos en el texto- y de D. 10.3.14.1 (*Paul. 3 ad Plaut.*) que contempla el caso de que el que hubiera hecho las obras creyese de buena fe que era dueño a título singular, y no común, de la cosa; y (c) que, en fin, los expositores antiguos de nuestro Derecho, interpretando la Partida 3, tit. 32, ley 26, -vid. supra n. 9- fueron sobradamente minuciosos. Así, nos recuerda MANRESA, que: la *patientia* es un simple hecho, del que deriva una de tantas presunciones de consentimiento en quien la presta y equivale a decir que quien pudiendo prohibir no prohíbe (esto es, tolera) consiente tácitamente, por lo que no es más que una forma de prestar el *consensus*; la *prohibitio* comporta que, lejos de consentir, existe abierta oposición del condueño, siendo, por tanto, la negación indiscutible del *consensus*; y la *ignorantia* es el hecho negativo de haber consentido porque quien no tuvo noticia de lo efectuado, en la cosa común, no pudo consentir en que se llevase a efecto.

¹⁴ A este respecto, creemos que también puede invocarse a favor de esta interpretación del consentimiento tácito la conocida máxima jurídica romanística -que no romana- de que *is qui potest prohibere et non prohibet, tacite consentire videtur*, cuyo origen podría encontrarse en D. 9.2.13.11 (*Ulp. 32 ad Ed.*).

¹⁵ Así, a modo de ejemplo, la STS de 11 de noviembre de 1975, considera válido el consentimiento tácito de los comuneros a los que se les participa la ejecución de obras y que tienen pleno conocimiento de su resultado.

¹⁶ En virtud del consentimiento tácito, el condómino que realiza las obras no puede reclamar los gastos que de ella se deriven. De igual modo, los condóminos que pudiendo impedir la obra no la impidieron, no tendrán derecho a exigir su demolición.

Es sabido que en derecho clásico, los actos de disposición jurídica sobre la cosa común deben ser realizados con el consentimiento unánime de todos los condóminos¹⁷. Por el contrario, también es notorio que en relación a los actos de disposición material, los copropietarios gozan de libertad absoluta a la hora de usar y disfrutar de la cosa común¹⁸, si bien es verdad, que esa libertad sólo se ve limitada por el derecho de veto de cualquiera de los demás condóminos *-ius prohibendi*¹⁹-. Emerge así, al lado de esa necesidad de consentimiento general, la idea de *prohibere* o de *prohibitio* que corresponderá a los demás condueños, frente a la obra realizada por uno de ellos. Observamos pues, que -en palabras de BONFANTE²⁰-, el *ius faciendi* de uno cualquiera de los copropietarios se encuentra limitado por el *ius prohibendi* de cualquiera de los demás. Ahora bien, el interrogante se plantea en si esa *prohibitio* debe entenderse, como la necesidad de un consentimiento expreso y preventivo por parte de los condóminos²¹, o si, por el contrario, se trata más bien de una adhesión tácita equivalente a un *non contradicere*²². Siguiendo a BONFANTE²³, nos inclinamos por la segunda de estas posibilidades, ya que, a nuestro entender, si bien los copropietarios no expresan un consentimiento para la realización de innovaciones en la cosa²⁴, sin embargo, consienten tácitamente en él, esto es, no impiden, pudiendo hacerlo, que aquéllas se lleven a cabo²⁵. Así, cada uno es libre de hacer

¹⁷ Cfr. a nivel de manual, PANERO, R., *Derecho Romano*, Valencia, 2000, p. 373.

¹⁸ Considera LONGO, *Corso di Diritto Romano*, Padova, 1962, p. 68, que no se puede establecer una categoría rígida de los actos materiales que puede llevar a cabo un condómino, ni tampoco se puede remitir a la noción de uso normal. Según el autor italiano, la única forma que tenían los romanos de saber cuáles eran estos actos, es tener presente una serie de criterios económico-sociales que aconsejan lo lícito de algunos actos que no pueden ser perjudiciales para los condóminos. Cfr. en el mismo sentido, anteriormente BRANCA, *Il regime degli atti di disposizione materiale nel condominio romano classico*, RISG 6 (1931), p. 215.

¹⁹ Encontramos referencias a este *ius prohibendi*, en D. 8.2.27.1 (*Pomp. 33 ad Sab.*); D. 8.5.11 (*Marc. 6 Digest.*); D. 10.3.28 (*Pap. 7 Quaest.*); D. 33.3.4 (*Iav. 9 Epist.*); D. 39.1.3.1-2 (*Ulp. 52 ad Ed.*).

²⁰ BONFANTE, *Corso...*, cit., p. 50.

²¹ Como ocurre en derecho justinianeo, claro inspirador, como reflejamos en el texto, de nuestra legislación actual.

²² TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1987, p. 288, al precisar que el condominio funcionaba, sobre todo, en base al *ius prohibendi*, nos habla de un concurso, al menos negativo, de los demás condóminos cuando se trate de la realización de actos de administración que excedan del uso normal de la cosa.

²³ BONFANTE, *Il "ius prohibendi" nel condominio*, *Scritti Giuridici*, Vol. III, *Obligazioni. Comunione e possessio*, Napoli, 1921, pp. 382-433, p. 418, seguido por LONGO, *Corso...*, cit., pp. 68 y ss.

²⁴ Debemos entender dentro de ese concepto de uso excesivo, o ilícito, tanto las innovaciones como las alteraciones que afectan a la sustancia de la cosa, invadiendo el derecho de los demás. No debemos preterir, que como apunta BONFANTE, en *Il ius prohibendi...*, cit., p. 385, el *ius prohibendi* se aplica en materia de construcción, esto es, *aedificare, opus, y facere in solo*. Así, el *opus novum*, como se desprende de los textos es aquel que modificando o demoliendo algo muda su aspecto primitivo *-qui aut aedificando aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat-*; que se añade a la cosa común, no pudiendo regir de forma independiente; refiriéndose siempre a las obras que están unidos al suelo *-quae solo coniuncta sunt-*, cfr. D.39.1.1.11, y D. 39.1.1.12 y 13 (*Ulp. 52 ad Ed.*).

²⁵ En contra de esta afirmación, y por tanto, a favor del primer sentido apuntado en el texto, se manifiesta un amplio sector doctrinal, entre los que destacan PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Vol. I, Roma, 1928, p. 475; RICCOBONO, *Dalla communio del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, *Essays in Legal History*, Oxford, 1913, pp. 33 y ss., o SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Vol. I, Roma, 1928, pp. 455 y 456, quienes consideran que en época clásica es necesario un consentimiento expreso de todos los copropietarios para la realización de cualquier innovación o modificación en la *res omnium*.

cualquier modificación de forma lícita sin necesidad de un previo acuerdo. En relación a esto último, y a pesar de que las fuentes jurídicas no hacen mención a un consentimiento preventivo²⁶, como veremos, de los mismos textos parece intuirse la posibilidad -o al menos conveniencia- de que éste se diera, al ser la única forma que tendría un condueño de evitar el *ius prohibendi*.

Sin embargo, en el derecho justinianeo se opera un cambio en relación a ese derecho de veto, el cual se diluye para convertirse en la necesidad de un consentimiento expreso de todos los condóminos²⁷. El *ius prohibendi* y su aplicación, sólo se admite si redundaba en beneficio de la comunidad, y no por mero capricho²⁸, siendo su utilidad objetiva, apreciada por la intervención del juez²⁹. Una cuestión controvertida en doctrina es si ese consentimiento debe ser unánime o si por el contrario es suficiente que se preste por la mayoría de los copropietarios. Así mientras algunos autores como BONFANTE, CUQ, y KASER³⁰, consideran que debe tratarse de un consentimiento mayoritario, otros, como VOLTERRA e IGLESIAS³¹, arguyen que la unanimidad se debe exigir siempre. Por su parte, D'ORS, observa prudentemente que este régimen de unanimidad no es del todo exacto, y que el sistema de mayorías, no resulta claramente reflejado en los textos³². A este respecto, consideramos importante traer a colación el sentir de la doctrina civilista tradicional, que ya representado por CASTÁN³³, considera que el consentimiento del artículo 397 debe ser unánime cuando la alteración se refiera a la sustancia de la cosa, y mayoritario cuando se trate de simples alteraciones que afecten al mejor disfrute de aquella, conforme a los términos del artículo 398.

Si bien hasta el momento nos hemos referido al régimen del *ius prohibendi*, como en su momento anticipábamos, el objetivo de nuestro trabajo consiste en intentar esclarecer, aunque sea mínimamente, ese régimen del uso excesivo o abuso de la cosa común por parte de un condueño, y hacerlo en base al fragmento, D. 10.3.28 (*Pap. 7 Quaest.*), texto en el que, en especial, analizaremos dos puntos: el consentimiento al que se refiere y la responsabilidad que se derive de la actuación del condueño. Así pues, de este fragmento y en concreto de esos dos aspectos pasamos a ocuparnos.

²⁶ Como afirma LONGO, *Corso...*, cit., p. 68, el consenso o acuerdo preventivo, son nociones extrañas a la casuística romana.

²⁷ BONFANTE, *Corso...*, cit., p. 50.

²⁸ Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano...*, cit., p. 373.

²⁹ GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos, acciones, instituciones*, Madrid, 2000, p. 364.

³⁰ BONFANTE, *Corso...*, cit., pp. 51 y ss.; CUQ, *Les institutions juridiques des romains*, Paris, 1940, p. 253; KASER, *das römische Privatrecht. II. Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1975, p. 194.

³¹ VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, p. 312 e IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Barcelona, 1994, p. 277.

³² D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1997, p. 238, opina que el que Justiniano imponga un criterio de mayorías es una inconsecuencia, ya que ese criterio se requiere cuando hay que construir la voluntad de una persona jurídica, pero resulta impudente cuando no hay más personalidad que la de los mismos socios.

³³ CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Vol. II, Madrid, 1987, p. 516.

Sabinus <ait> in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse; in re enim pari potioem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere poterat, hoc praestermisit; et ideo per communi dividundo actionem damnum saciri poterit. sin autem facienti consensit, nec por damno habet actionem. quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.

En el texto se aprecian dos partes: en la primera Papiniano recoge un principio atribuido a Sabino relativo al consentimiento, y en la segunda se señalan una serie de hipótesis que además de ampliar y explicar el régimen del *ius prohibendi*, aluden a los efectos jurídicos que producirán cada una de las distintas actuaciones de los condóminos.

1) En la primera parte, Papiniano nos recuerda que dice Sabino -*Sabinus <ait>*-, que, en la cosa común -*in re communi*-, ninguno de los dueños -*neminem dominorum*- puede hacer con derecho cosa alguna contra la voluntad del otro -*iure facere quicquam invito altero posse*-. A continuación, tras enunciar este principio considerado fundamental por la doctrina romanística y base, según BONFANTE, de la teoría del *Ius prohibendi*³⁴, nos explica la consecuencia de sus palabras³⁵ y el fundamento de las mismas. De donde -*Unde*- (en consencuencia), prosigue Papiniano, es evidente -*manifestum est*- que hay derecho para prohibirlo -*prohibendi ius esse*-, porque (justificación) es sabido, que en igualdad de condiciones -*in re enim pari*- es mejor -*potioem*- la condición del que prohíbe -*causam esse prohibentis constat*-³⁶.

La *communis opinio* no duda en afirmar que las palabras de Sabino formulan un principio, a saber, que el condómino no puede *iure facere quicquam invito altero*³⁷, sino que también coincide en interpretarlas en el sentido de que es necesario el

³⁴ BONFANTE, *Il ius prohibendi...*, cit., p. 403

³⁵ Como pone de manifiesto PEROZZI, el *ius prohibendi* no es un principio, sino una consecuencia del principio establecido por Sabino.

³⁶ Esta primera parte del fragmento ha sido duramente atacada por gran parte de la doctrina siendo el primero en considerarla alterada SEGRÈ, *RISG* 8 (1889) p. 373, cit. Por BONFANTE, *Il ius prohibendi...*, cit., p. 405. Sobre todo, como veremos, en lo referente al principio atribuido a Sabino.

³⁷ Una cuestión que también afecta a la misma esencia del contenido del texto en esta frase, es si, como sostiene BONFANTE, *Il ius prohibendi...*, cit., pp. 403-407, y Corso..., cit., p. 45, se ha cancelado el término *servitutis* después de *iure*, negándose así que un solo condómino pudiera gravar la cosa común con la servidumbre. La similitud entre este fragmento y otro de Paulo, recogido en D. 8.2.26 (15 *ad Sab.*), que también enuncia un principio de Sabino, negando, a su vez, que un dueño pueda, en contra de la voluntad de otro, hacer algo en la cosa común por derecho de servidumbre (*in re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere...*); el que en los demás textos referidos al *ius prohibendi* también se discuta sobre si se puede o no hacer; el que en el libro VIII de las *quaestiones* de Papiniano se trate de las servidumbres y de las acciones divisorias, siendo el fragmento D. 10.3.28 el único insertado por LENEL, *Pal. I*, 825, p. 140 en la rúbrica de la *actio comuni dividundo*, y el que la *quaestio* de Papiniano pudiera haberse planteado en materia de servidumbres, son las razones que esgrime el romanista italiano a favor de incluir el genitivo *servitutis* en el texto que examinamos.

consentimiento de los condóminos para hacer algo en la cosa común³⁸. Los defensores de la afirmación de que en época clásica el *ius prohibendi* no es más que un derecho de veto, en su sentido estrictamente negativo³⁹, han considerado esta frase interpolada por los compiladores justinianos⁴⁰, mientras que, por el contrario, los detractores de esta visión del *ius prohibendi*, esto es, aquellos autores que opinan que en esta época también es necesario el consentimiento expreso de los condóminos, encuentran en este principio contenido en la máxima de Sabino, la confirmación de su teoría⁴¹. Sin embargo, a nuestro juicio, y si se nos permite, no es esa la interpretación que del texto debe hacerse, pues, si bien es cierto que Papiniano se refiere a que el condómino no puede *facere quicquam invito altero*, no lo es menos, que estas palabras deben entenderse en su verdadero sentido, o al menos en el más sencillo, esto es, “en contra de la voluntad del otro”⁴². Esto no implica que el principio referido por Sabino deba entenderse como una necesidad de consentimiento expreso, sino simplemente como un no actuar en contra de la voluntad de los demás, mani-

³⁸ Así LONGO, *Corso...*, cit., p. 74, siguiendo a BONFANTE, *Corso...*, cit., p. 43, que además añade que “nessun testo esprime in un modo così preciso, generale, impressionante, la incapacità del singolo condomino non già di far costruzioni o innovazioni, bensì di far alcunchè (*facere quidquam*) sulla cosa comune, senza el consenso dell’altro condomino”.

³⁹ Como pone de manifiesto BONFANTE, *Il ius prohibendi...*, cit., p. 385 y *Corso...*, cit., p. 50, existe un gran paralelismo entre el *ius prohibendi* y la colegiabilidad de los magistrados en derecho público, razón de ello, es a su juicio: a) la identificación de los términos; b) el que la *prohibitio* en ambos casos deba llevarse a cabo antes del cumplimiento del acto; c) el que el veto del magistrado (al igual que el del condómino) impida actuar a los demás, siendo también su eficacia suspensiva, e impidiendo el cumplimiento del acto; y d) que ambos (magistrado y condueño) tengan libertad de actuación si la *prohibitio* no se les interpone como obstáculo. No han faltado en doctrina opiniones en contra, como es de suponer, entre los defensores de la necesidad del consentimiento expreso de todos los condóminos para la realización de actos de disposición material. Así, PEROZZI, en *Istituzioni...*, cit., p. 475, defiende el consenso preventivo y afirma que “non si confonda questo principio con quello che vale per le magistrature collegiali romane”, ya que si un cónsul puede hacerlo todo sin que otro magistrado interceda, en cambio, el condómino no puede hacer nada si el otro copropietario no lo consiente primero.

⁴⁰ Cfr. en este sentido, BONFANTE, *Il ius prohibendi...*, cit., p. 403, y LONGO, *Corso...*, cit., pp. 74-75.

⁴¹ SCIALOJA, *Teoria della proprietà...*, cit., p. 455, apunta que este texto es de la máxima importancia, ya que admite el principio fundamental según el cual en Derecho Romano no existía una organización entre los condóminos, de forma que el derecho de propiedad sobre la cosa común se atribuye según prevalezca la voluntad de la *major pars* de los componentes. Sin embargo, considera SCIALOJA, al igual que BONFANTE, *Il ius prohibendi...*, cit., p. 403, que aunque el texto “e concepito in senso troppo lato”, porque parece que nada pueda hacer el condómino si se lo vetan los demás, debe entenderse el fragmento en el sentido de que si el uso que se haga de la cosa común es normal, la prohibición hecha por otro condueño, no tendrá eficacia.

⁴² Las palabras *invito altero*, como apunta BONFANTE, *Il ius prohibendi...*, cit., p. 404, podrían ser entendidas en el mismo sentido que en la frase de Marcelo recogida en D. 8.5.11 (6 *Digest.*) -*An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure aedificare possit*-. Pero, como señala el propio BONFANTE siguiendo a PEROZZI, si se les otorga el sentido *prohibente altero*, además de no estar en armonía sintácticamente con el inciso siguiente (*Unde manifestum est prohibendi ius esse*), resultaría una aclaración excesiva. Sin embargo, a nuestro juicio, las palabras de Marcelo, *invitis ceteris* recogidas en D. 8.5.11, precisan claramente su significado que no es otro que actuar en contra de la voluntad de los demás. Así, creemos que ambos textos se refieren a lo mismo, si bien el de Marcelo, nos explica también lo que sucedería en el caso de que a pesar de ejercerse el veto, el socio quisiera edificar: *An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare. et an socii cum eo ita agere possint ius si prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, num possit cum eo ita experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur...*

festada en este caso, a través de un consentimiento tácito. A nuestro juicio, pues, no es necesaria una mayor aclaración, ya que el actuar *invito altero* puede comportar, tanto que los condóminos ejerzan su derecho de veto prohibiendo hacer algo, como el que no se manifiesten en contra, ya que *is qui potest prohibere et non prohibet, tacite consentire videtur*⁴³.

Volviendo al texto de Papiniano, recordemos que tras referir el principio atribuido a Sabino, expresa la consecuencia que deriva del mismo *-unde-*, esto es, el *ius prohibendi*, pero entendido, no como afirma PEROZZI⁴⁴ en el sentido de la necesidad del consentimiento expreso, sino como el efecto de un *non contradicere* la voluntad de los condóminos. Así, ese *ius prohibendi*, no es otra cosa que una manifestación de la *voluntas* de éstos, la cual no se debe contravenir.

La última frase de esta primera parte, se refiere, como señala BONFANTE⁴⁵, al *ius prohibendi* en toda su pureza, ya que demuestra el uso libre reconocido a los condóminos, hasta el momento en que se rompa ese equilibrio por efecto de la *prohibitio*. La *potior causa prohibentis* significa que quien prohíbe tiene razón, pero será *potior* con tal de que se lleve a cabo. En todos los casos en que exista un equilibrio de razones, una *pars causa*, se puede admitir la rotura de ese equilibrio, aunque no por ello se puede negar la causa, esto es, el buen fundamento de cada uno⁴⁶. Esa *pars potior*, significa, pues, que en igualdad de condiciones, prevalece la voluntad del que prohíbe, lo que a nuestro juicio, no hace más que confirmar el principio sabiniano.

2) En la segunda parte del fragmento de Papiniano, se encuentra el núcleo del *ius prohibendi*, y tras anunciar que aunque *-sed etsi-* en una cosa común *-in communi-* puede (*potest*) prohibírsele a un socio por su consocio *-prohiberi socius a socio-*, que haga algo *-ne quid faciat-*, se alude a una serie de hipótesis⁴⁷. Sin embargo, *-ut tamen-* no puede obligársele a que destruya la obra ya hecha *-factum opus tollat cogi non potest-*, si cuando se había podido prohibir *-si cum prohibere poterat-*, se dejó de hacerlo *-hoc praestermisit-*. Y, por lo tanto *-et ideo-* por la acción de división de la cosa común *-per communi dividundo actionem-*, podrá resarcirse el daño *-damnum saciri poterit-*. Pero si *-Sin autem-* prestó su consentimiento al que la hacía *-facienti consensit-*, no tiene acción ni aun por daño *-nec por damno habet actionem-*. Pero si *-Quodsi quid-* en ausencia del socio *-absente socio-* hizo algo en su perjuicio *-ad laesionem eius fecit-*, en este caso está obligado también a demolerla *-tunc etiam tollere cogitur-*.

Consideramos fundamental esta parte del texto, ya que además de establecer, por medio de hipótesis, el régimen del *ius prohibendi*, se refiere a los efectos jurídicos que se derivan para los condóminos, si se prefiere su responsabilidad, en cada uno de

⁴³ Vid. *supra* n. 14.

⁴⁴ Vid. *supra* n. 34.

⁴⁵ BONFANTE, *Il ius prohibendi...*, cit., p. 406.

⁴⁶ Cfr. a este respecto D. 33.3.4 (*Jav. 9 Ep.*), BONFANTE, op. y p. cit., en n. anterior.

⁴⁷ Esta segunda parte, salvo algunos pequeños “vizi di linguaggio”, ha sido considerada, auténtica desde un punto de vista sustancial y jurídico, por BONFANTE, *Il ius prohibendi...*, cit., p. 405 y *Corso...*, cit., p. 45, si bien este autor, seguido LONGO, *Corso...*, cit., p. 75, considera añadido desde *et ideo* hasta el final. Por su parte, SCIALOJA, *Teoria della proprietà...*, cit., p. 455, considera que las hipótesis que presenta el texto son obra de los compiladores.

los casos que contempla. Así, partiendo de la afirmación hecha anteriormente de que el *ius prohibendi* es una forma de manifestar la voluntad de los condueños, es ahora el momento de examinar cuáles son éstas y que efectos producen, para lo cual nos detendremos en el análisis de cada una de las distintas hipótesis. A saber, 1) que un condómino ejerza el *ius prohibendi* sobre la actuación de otro; 2) que no impida al otro llevar a cabo una modificación en la cosa común, 3) que consienta expresamente.

A nuestro juicio, esta parte de D. 10.3.28, no hace más que explicitar cómo debe manifestarse la voluntad de los condóminos, voluntad que, como veíamos en el principio del texto, no debe ser contravenida y que puede manifestarse ya sea de forma expresa, ya sea de forma tácita. La manifestación expresa, puede a su vez, tener lugar, de dos maneras, bien ejerciendo el verdadero derecho de veto, como anuncia nuestro primer caso (*Sed etsi in communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest...*), bien por medio de un explícito consentimiento, como en el tercero: *Sin autem facienti consensit...*⁴⁸. La segunda, esto es, la manifestación tácita de la voluntad de los condóminos, se deduce de nuestro segundo caso con la simple omisión, esto es, con el silencio por parte de los condóminos (*...si cum prohibere poterat, hoc praetermisit...*) -consentimiento tácito-.

Una vez destacado el régimen del *ius prohibendi*, debemos aludir a la segunda de las cuestiones que este trabajo pretendía abordar, a saber, cuáles son los efectos jurídicos derivados de las responsabilidades civiles resultantes de las alteraciones realizadas en la cosa común, para el condueño que las lleva a cabo, las cuales quedan perfectamente reflejadas en el texto en examen a través de distintos supuestos a los que pasamos a referirnos:

En el caso del ejercicio del *ius prohibendi*, nada dice el fragmento al respecto, cuestión obvia, ya que al impedirse este *ius faciendo* no se derivará efecto alguno de algo que prohibido, no se hizo⁴⁹. La siguiente hipótesis se refiere al caso del condómino que pudiendo hacerlo, no impide al otro llevar a cabo una modificación en la cosa común y establece que aquél no podrá exigir a éste la destrucción de la obra, aunque sí, mediante la *actio communi dividundo*, el resarcimiento por daño causado (*et ideo per communi dividundo actionem damnum saciri poterit*). A continuación, como hemos visto, se alude al supuesto en que un condueño consienta expresamente, precisándose que en este caso, y con más razón, no habrá ninguna responsabilidad (*nec por damno habet actionem*).

Finalmente, el texto señala una última hipótesis en relación a la responsabilidad del condueño que lleva a cabo un alteración en la *res omnium* en el caso de que su socio esté ausente, por lo que al haber actuado de mala fe, está obligado a demoler la obra (*absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur*)⁵⁰.

⁴⁸ Si bien esta frase no hace mención expresa a la necesidad del consentimiento de los condóminos, consideramos que de ella puede deducirse la conveniencia de que se hiciera de forma preventiva, estableciéndose así un régimen basado en los acuerdos de la mayoría defendido por parte de nuestra doctrina actual.

⁴⁹ Cuestión diferente sería que a pesar de la prohibición el condueño llevara a cabo la obra.

⁵⁰ A juicio de BONFANTE, *Il ius prohibendi...*, cit., pp. 404-405, las respuestas de Papiniano son contradictorias, y no se sabe porqué se diferencia la ausencia de los otros impedimentos que hacen posible que se lleve a cabo la *prohibitio*. Así, mientras en todos los casos se puede demoler la obra, (D. 8.2.26, *Paul. 15 ad Sab.: ...sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli*) en caso de ausencia del condueño se exige para poder demolerla que sea dañosa -*ad laesionem*-. BONFANTE salva la contradicción en base los principios del Derecho justiniano, pero no en base a este texto.

D.10,3,28 (PAP. 7 QUAEST): RESPONSABILIDAD POR ALTERACIONES EN LA COSA... 615

Así, resumiendo lo hasta ahora dicho, y a tenor de D. 10.3.28 se puede establecer lo siguiente: a) Que si bien, *a priori*, parece que en lo relativo a la disposición material de la cosa común por parte de los condueños, el Código Civil se separa de la doctrina del Derecho Romano, esta distancia realmente se acorta. b) Que en Derecho Romano clásico, los condóminos pueden usar y disfrutar libremente de la *res omnium*, siendo el único límite para evitar el abuso, uso excesivo o las alteraciones, el *ius prohibendi*, en su sentido más puro, esto es, como un derecho de veto. c) Que a pesar de ello, no debe descartarse la posibilidad de que los condóminos, para no estar constantemente expuestos a ese *ius prohibendi*, llegaran a acuerdos preventivos mayoritarios. d) Que en Derecho Romano justiniano, se establece un claro precedente de nuestra reglamentación actual, cristalizando ese consentimiento preventivo en la exigencia del consentimiento expreso de los condóminos para llevar a cabo modificaciones en la cosa común, exigiéndose unanimidad para las que alteren la función económico-social de la cosa, y mayoría en las que sean simples modificaciones, regímenes recogidos ambos en los artículos 397 y 398 del Cc.

