La cohesión familiar a través del *consortium inter fratres* y su posible pervivencia histórica

María Salazar Revuelta
Universidad de Jaén

I. El *consortium inter fratres* como primitiva comunidad familiar entre la *gens* y la familia

El *consortium* romano se presenta como un estadio intermedio entre la *gens* y la *familia proprio iure*, abarcando un grupo familiar más estrecho que el de la *gens*, limitado, por tanto, a una comunidad entre hermanos que deciden dejar en común los bienes de la sucesión paterna. Se trata, como pone de manifiesto Gaudemet[1], de una comunidad de "fuego y suerte", esto es, no solamente de bienes, sino de vida, donde el trabajo, para la explotación de estos bienes, también se convierte en una aportación común, para asegurar el mantenimiento del grupo.

Participa, por consiguiente, de los rasgos propios que caracterizan la sociedad gentilicia: su organización interna, la unidad de la familia agnaticia, la propiedad comunal de los medios de producción, el trabajo para un fin común o el consumo según las necesidades del grupo; ahora bien, como toda institución de carácter transitorio, posee elementos nuevos como: la introducción de la esclavitud, un tímido intercambio comercial que se va infiltrando poco a poco en sus relaciones con otros grupos y una cierta concepción privada de la propiedad, puesto que los consortes no tenían una propiedad individual sobre el patrimonio familiar indiviso, pero, a su vez, como *patres familiarum* ejercían su *potestas* sobre sus propios *filii familiarum* y sobre las cosas que ellos vinieran adquiriendo particularmente[2].

De esta manera, el *consortium inter fratres* no es otra cosa que el propio organismo familiar en uno de los diferentes aspectos que presenta su fisiología, según su amplitud y concreta forma de expresarse y organizarse[3].

[1] *Les communautés familiales*. Paris 1963, p. 20.

[2] DE FRANCISCI, P., *La comunità sociale e politica romana primitiva*, en *SDHI* 22 (1956), p. 18, nt. 70.

[3] FRANCIOSI, G., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato*. 2ª ed. Torino 1992, p. 12; ID., *Corso istituzionale di Diritto romano I. Famiglia e persone, successioni, diritti reali*. Torino 1993, p. 10.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

El mismo *consortium*, al manifestarse como una gran familia acéfala, formada por varias policéfalas sin escindirse, revela, además, la existencia de la denominada *familia communi iure*, de la que tenemos conocimiento ya a partir del siglo IV a. C[4]. Por tanto, podemos situar, ya en época remota, la aparición, con estructura y caracteres diversos, de los diferentes tipos de comunidades familiares: *consortium*, grupo agnaticio, pequeña familia, cada uno con mayor o menor extensión, pero con el límite de la *agnatio*.

La hipótesis de su sucesión cronológica ha sido propuesta, por cierto sector doctrinal[5], basándose en que las transformaciones económicas marcan la evolución de las agrupaciones familiares. De tal manera, *gens, consortium* y *familia* se sustituyen la una a la otra, por este orden, porque el desarrollo de las fuerzas productivas permite una vida económica autónoma en grupos, cada vez, más pequeños.

En un principio, el hombre reafirmaba su fuerza recurriendo a la agrupación con otros individuos, para asegurarse los medios de su subsistencia. Esta es la razón de toda comunidad y el origen, por tanto, de la gens romana. En ella la tierra, propiedad de la tribu, es explotada colectivamente, y los bienes para dicha explotación son de uso común. Se produce conforme a las necesidades del grupo. Ahora bien, cuando la producción se considera excedente, se diversifican las fuerzas productivas, la esclavitud irrumpe como nueva mano de obra y se desarrollan otras actividades económicas, como la artesanía o el comercio –paralelamente al nacimiento de la *civitas*–; la diversidad de intereses particulares termina con todo el espíritu comunitario y abre paso a grupos familiares más reducidos, hasta llegar al más pequeño de ellos: la pareja conyugal con sus hijos, propio de las sociedades civilizadas, esto es, de sociedades con una organización estatal.

No obstante, a pesar de su importancia, reducir la evolución de las comunidades familiares a un puro análisis económico es una visión demasiado simplista, aunque de bastante utilidad en el estudio de los orígenes de las instituciones jurídicas.

Otros autores[6] observan esta evolución contraponiendo: el ordenamiento gentilicio, en el que no existe un verdadero derecho sucesorio, sino que las generaciones, cada una, en su turno, ocupan y gestionan los bienes familiares; y la familia agnaticia, más restringida, en la que se percibe más claramente el

[4] Es el caso de la organización del grupo familiar de los *Aelii Tuberones*, al que se refiere Plutarco, *Aem. Paul.* 5,4 o Valerio Máximo, 4,4,8, compuesto por dieciséis varones adultos, con sus respectivas mujeres e hijos, viviendo todos en la misma casa y cultivando la misma propiedad (*Sexdecim eodem tempore Aelii fuerunt, quibus una domuncula erat... et unus in agro Veiente fundus minus multos cultores desiderans quam dominos habebat*).

[5] Concretamente, por STOJCEVIC, D., *Gens, consortium , familia*, en *Studi Volterra* 1 (1971), pp. 425 y ss.

[6] Como GAUDEMET, J., *Les communautés...cit.*, pp. 63 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

triunfo del individualismo, con la posibilidad del pater de designar a su continuador[7].

Con todo, estas explicaciones no dejan de ser hipotéticas. Metodológicamente, es difícil reconstruir, con exactitud, la historia de estas comunidades familiares. Se puede sostener, en cambio, la anterioridad de la *gens* en relación con el consortium (dada la pervivencia de alguno de sus elementos en este último); pero el carácter arcaico de una y otra hacen suponer que ambas coexisten durante cierto tiempo. Asimismo, el consortium deja en el ámbito más reducido de la familia una fuerte impronta, sobre todo, en lo relativo a las concepciones sobre la propiedad, las relaciones de parentesco o las prescripciones sobre la sucesión y la tutela, que encontramos en las XII Tablas y que se modificarán, más tarde, por obra del pretor. De forma que no podemos hablar de una sustitución radical de una figura por otra, sino mejor de una yuxtaposición e influencia mutuas.

En efecto, la doctrina[8] ha encontrado en el *consortium* romano una figura mixta, a mitad de camino entre la propiedad colectiva gentilicia y los principios que rigen para la propiedad individual, afirmados en el ámbito de la familia monogámica[9]. Hay quien la define como un "fratriarcado monocrático"[10]. Evidentemente, la exigencia imperiosa de permanecer unidos, para proteger los intereses económicos particulares de la familia, es la razón por la que el ordenamiento jurídico arcaico viene a otorgar a los *fratres* una *potestas* indiferenciada sobre las cosas comunes, a la muerte del *pater*[11].

Así pues, el consortium ercto non cito se presenta como relación de carácter comunitario o asociativo, de naturaleza familiar, entre los *fratres sui*, descendientes de un mismo *pater familias*, que no hacen más que actualizar el latente derecho de copropiedad ya existente en vida de éste. En otras palabras, los *sui*

[7] Las reglas sucesorias que formulan las XII Tablas sancionan esta evolución. El Código decenviral reforzará, además, los derechos de los *patres familiarum* y, por tanto, de cada familia, delimitándolos y protegiéndolos. Y, además, abrirá un brecha importante en el régimen consorcial con el reconocimiento de una acción específica para disolver la comunidad de bienes: la (*legis*) *actio familiae erciscundae* (Tabla II,1b; *Gai* 7 *ad ed. prov.* D. 10,2,1 *pr.*).

[8] *Vid.* SERRAO, F., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*. Napoli 1984, pp. 76 y ss. En la misma línea, BRETONE, M., *Consortium* e *communio*, en *Labeo* 6 (1960), pp. 179 y ss.

[9] Igualmente, en opinión de GUTIÉRREZ MASSON, L., *Del "consortium" a la "societas" I. "Consortium ercto non cito"*. Madrid 1989 (reimpr. de la 1ª ed.), p. 50: "no debe verse aquí una transformación radical de la posesión colectiva de la tierra en una propiedad individual pura, tal y como se concibió en época romana decenviral y clásica, sino más bien una etapa de transición entre el comunitarismo gentilicio y la propiedad privada".

[10] *Vid.* BETTI, E., *Wessen des altrömischen Familienverbands (Hausgemeinschaft und Agnatengenossenschaft)*, en *ZSS* 71 (1954), pp. 1 y ss.; KOSCHAKER, P., "*Adoptio in fratrem*", *Studi Riccobono* (Palermo 1936), p. 365.

[11] Como determina BRETONE, M., *Ibid.*, p. 179: "*nulla vieta di supporre che l'autorità spettante, per una ragione naturalistica, ad ogni frater rispetto al suo nucleo familiare restasse, per così dire, assorbita nel generale potere che, rispetto a tutto il gruppo considerato nel complesso dei suoi elementi personali e patrimoniali, i fratres esercitavano collegialmente*".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

no reciben una hereditas en sentido riguroso, porque probablemente eran ya, en cierto modo, *domini* viviendo el *pater* (Gayo 2,157; D. 28,2,11)[12]. Entonces, más que una sucesión propiamente dicha, estamos en presencia de una *continuatio dominii* que, por otro lado, es lo que caracteriza la primitiva transmisión mortis causa de los bienes[13].

En esta situación, el consorte no subintra sólo en la posición patrimonial del pater premuerto, sino en una más compleja, multiforme que supone su potestas o poder de dirección doméstico.

II. Análisis de Gayo 3,154 a) y b).

El análisis de Gayo 3,154 a) y b) nos permite conocer, en Roma, la más primitiva forma de comunidad patrimonial, denominada consortium ercto non cito[14]. En este sentido, fue decisivo el descubrimiento, en 1933, de los nuevos fragmentos de la Instituta, en un manuscrito de El Cairo, que vino a colmar las lagunas del veronés (probablemente, posterior en el tiempo)[15].

A partir de la *editio princeps* de Arangio Ruiz[16], se ha vertido una abundante literatura[17]; ya que los nuevos fragmentos gayanos no sólo nos permiten cono-

[12] TORRENT, A., *Consortium ercto non cito*, en *AHDE* 34 (1964), p. 479.

[13] *Vid.*, WESTRUP, C. W., *Introduction to early Roman Law*. II. *Joint family and family property*. Copenhagen-London 1934, p. 73.

[14] Aulo Gelio, 1,9,12: *...anticum consortium, quod iure atque uerbo romano appellabatur ercto non cito.*

[15] ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Horizonte actual del Derecho romano*. Madrid 1944, pp. 340-341 nos describe el descubrimiento: "En febrero del año 1933 ofreció en El Cairo un anticuario a la papiróloga Medea Norsa unas hojas de pergamino cubiertas de signos unciales, en las que Arangio Ruiz, por entonces casualmente en El Cairo, reconoció a primera vista fragmentos de las Instituciones de Gaius. Algunos meses después veían la luz estos textos en las «Publicazioni della Società Italiana per la ricerca dei Papiri greci e latini in Egitto», Estrato de vol. XI. Los romanistas han dedicado sus esfuerzos a restituir en toda su pureza el texto proporcionado por los nuevos fragmentos, cotejándolo escrupulosamente con las lecturas que nos había suministrado el manuscrito de Verona y procurando fijar el perfil de alguna de las instituciones que en estos nuevos fragmentos se recogen".

[16] *Vid.* ARANGIO-RUIZ, V., *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, en *BIDR* 1 (1934), pp. 571 y ss. *Vid.*, asimismo, *Societas re contracta* e *communio incidens*, en *Studi Riccobono* 4 (Palermo 1936), pp. 355 y ss.

[17] *Vid., ad ex.*, MONIER, R., *Les nouveaux fragments des Institutions des Gaius (P. S. I. n° 1.182) et leur importance pour la connaisance du droit romanin*. Paris 1933; ID., *Les rapports entre le fr. 57 Dig. 44,7 et le nouveau fragment de Gaius (Inst. 3, 154), NRHD* (1938); LEVY, E., *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, en *ZSS* 54 (1934), pp. 258 y ss.; FREZZA, P., *Il consortium ercto non cito e i nuovi frammenti di Gaio*, en *Riv. di istruzione e filologia classica* 62 (1934), pp. 27 y ss. (= *SDHI* 1 [1935], pp. 188 y ss.); COLLINET, P., *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius (P. S. I. n° 1.182)*, en *RHD* 13 (1934), pp. 96 y ss.; ALBERTARIO, E., *Appunti sul consorzio familiare romano*, en *Riv. dir. comm.* 32 (1934), pp. 230 y ss.; ID., *I nuovi frammenti di Gaio, Per il XIV Cent delle Pand. e del Cod. di Giustiniano* (Pavia 1934), pp. 511 y ss. = *Scritti di diritto romano. 5. Storia. Metodologia. Esegesi.* (Milano 1937), pp. 463-482; SOLAZZI, S., *Glosse a Gaio*, en *Per il XIV Cent. delle Pandette e del Cod. di Giustiniano* (Pavia 1934), pp. 293 y ss.; ID., *Societas* e *communio*, en *Atti Accad. Napoli* 57 (1935), pp. 5 y ss.; ID., *Ancora di Gai 3.154 a*, en *Atti Acc. Napoli* 58 (1937), pp. 76 y ss.; ID., *Tutoris auctoritas* e *consortium*, en *SDHI* 12 (1946),

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

cer la organización jurídica de la indivisión más antigua, sino que, además, afectan a cuestiones medulares de los ámbitos familiar y hereditario, y contienen los primeros atisbos de diferenciación de las figuras de la *communio* (hereditaria) y la *societas*[18].

Reproducimos, a continuación, el texto según la publicación de Arangio Ruiz, en *Il nuovo Gaio*[19], donde el autor se hace eco de las revisiones de Levy[20] o Collinet[21] y de las observaciones de Solazzi[22], Albertario[23] o Frezza[24], entre otros:

> *Sed ea quidem sociaetas, de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est, itaque inter omnes homines naturali ratione consistit. Est autem aliud genus sociaetatis proprium ciuium Romanorum, olim enim, mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis sociaetas, quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diuiso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem diuidere est: unde caedere et secare /et diuidere/ dicimus. Alii quoque, qui uolebant eandem habere sociaetatem poterant id consequi apud praetorem certa legis actione in hac autem sociaetate fratrum ceterorumue qui ad exemplum sociaetatem coierint, illud proprium /i/ erat , /uunus/ quod uel unus ex sociis communem seruum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat*[25].

II.1. Precisiones terminológicas.

En primer lugar, hay que aclarar qué se entiende por la expresión, en ablativo absoluto, ercto non cito, que, incluso, para los propios romanos resulta oscura y controvertida[26].

---

pp. 7 y ss.; WIEACKER, F., *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*. Weimar 1936; DE ZULUETA, F., *The new fragments of Gaius. II. Consortium ercto non cito*, en *The journal of Roman Studies* 25 (Oxford 1935), pp. 20 y ss.; ID., *The Institutes of Gaius*. I. Oxford 1946; SERRANO, I., *Los nuevos fragmentos de Gaio*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, (agosto de 1934), pp. 589 y ss.; ARIAS RAMOS, J., *Los orígenes del contrato de sociedad: consortium y societas*, en *RDP* 36 (1942), pp. 141 y ss.

[18] IGLESIAS, J., *Situaciones individuales y situaciones de communio en el Derecho romano*, en *RDP* 63 (1981), p. 780.

[19] *BIDR* 1 (1934), pp. 573-576.

[20] *Neue Bruchstücke...*, *cit.*, pp. 258 y ss.

[21] *Les nouveaux fragments...*, *cit.*, pp. 96 y ss.

[22] *Glosse a Gaio*, *cit.*, pp. 293 y ss.

[23] *Appunte sul consorzio...*, *cit.*, pp. 230 y ss.

[24] *Il consortium ercto non cito...*, *cit.*, pp. 27 y ss.

[25] ARANGIO-RUIZ, V., *Il nuovo Gaio...*, *cit.*, p. 574, introduce el fragmento b) a partir de *non diuiso: erctum enim dominium est,...* Sin embargo DE ZULUETA, F., *The new fragments of Gaius..*, *cit.*, pp. 20 y ss., o BRETONE, M., *Consortium* e *communio*, *cit.*, pp. 168-169, lo sitúan a partir de *Alii quoque...* Postura que adoptaremos por mayor claridad expositiva.

[26] Quintiliano, *Inst. orat.* 7,3,13: *Opus est aliquando finitione obscurioribus et ignotioribus verbis, ut, quid sit clarigatio, erctum citum...*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

El mismo Gayo determina *ercto non cito, id est dominio non diuiso*; de donde *erctum* equivale a *dominium* y *citum a diuisum*; basándose probablemente en la opinión de Donato, compartida por Servio:

Serv., ad Aen. 8,642-643: Donatus hoc loco contra metrum sentit dicens: "citae", divisae, ut est in iure "ercto non cito", id est patrimonio vel hereditate non divisa; nam "citus", cum divisus significat, ci longa est. Ergo "citae" veloces intellegamus.

Ambos autores, si bien se enfrentan en la cuestión métrica, parecen estar de acuerdo en atribuir a la palabra *citus* el significado de "dividido", tal y como la observamos en Nonio 265,24: *citum, diuisum uel separatum*, de conformidad con primitivas interpretaciones del término que le atribuyen un sentido sustancialmente idéntico –aunque más genérico[27]– al de (*h*) *ercisci*=dividir, separar.

Interpretando el segundo término de nuestra expresión de esta manera, se comprende cómo estos juristas (Gayo y Servio) relacionan *erctum* –quizá sin ánimo de establecer derivaciones etimológicas, sino con el objetivo de aproximar palabras de análogo significado jurídico- con *erus*[28], *heres*, *heredium*, en el sentido de patrimonio familiar que se transmite a los herederos[29]. Lo que encuentra apoyo textual en Festo (*De verb. sig.* 88,28): *heres apud antiquos pro domino ponebatur*, en relación con D. 9,2,11,6 e I.2,19,7[30].

Por tanto, la primera explicación etimológica de la expresión *ercto non cito* que se puede extraer, a primera vista, de los textos es la de *dominium non divisum*, "dominio o patrimonio no dividido", pues –como determina Gayo 3,154 a)– "*erctum* es la propiedad, y de ahí *erus*, el propietario, y *ciere* es dividir, de donde decimos *caedere* por cortar (y dividir)". En la misma línea se sitúa la opinión doctrinal que conecta *erctum* con el término griego, con el significado de "propiedad cerrada"[31].

En cambio, la mayor parte de la doctrina[32] se ha inclinado en considerar *erctum* como el participio sustantivado del verbo *ercisco* (= partir, dividir, dis-

[27] Ya que faltaría la determinación de la cualidad hereditaria de los bienes. *Vid.* TONDO, S., *Il consorzio domestico nella Roma antica*, en *Atti e Memorie dell'Accademia Toscana di Scienze* 40 (1975), p. 150.

[28] Sobre el sentido de *erus*, *vid.* CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *La struttura de la proprietà e la formazione dei "iura praediorum"* I. Milano 1969, pp. 414 y ss.

[29] Sin embargo, *erus* y heres tienen raíces diversas, siendo la e de *erus* breve y las dos de *heres* largas.

[30] *Vid.* TORRENT, A., "*Consortium...*", *cit.*, p. 483.

[31] En este sentido, LEVY, E., *Neue Bruchstücke...*, *cit.*, p. 278.

[32] *Vid.*, *ad ex.*, ALBANESE, B., *La successione ereditaria in diritto romano*. Palermo 1949, p. 30; DE ZULUETA, F., *The new fragments of Gaius...*, *cit.*, p. 22; GAUDEMET, J., *Étude sur le régimen juridique de l'indivision...cit.*, p. 11, nt. 5; MONIER, R., *Les nouveaux fragments...cit.*, p. 22; GIOFFREDI, C., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*. Roma 1955, p. 230, nt. 89; en nuestra doctrina, *vid.* GUTIÉRREZ MASSON, L., *Del consortium alla societas...cit.*, pp. 66-71. Igualmente, para TORRENT, A.,"*Consortium...*", *cit.*, p. 484, para quien esta interpretación es más exacta, sin dejar de reconocer cierta viabilidad a la dada por Gayo.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

tribuir)[33]. Este es el significado que parece desprenderse de I.4,6,20; D. 10,2,1 *pr.* (*Gai 7 ad ed. prov.*); Gayo 2,219, relativos a la acción de división de la herencia común, esto es, a la *actio familiae erciscundae*; o bien de Cic., *De orat.* 1,56,237[34]; así como de Festo, cuando nos habla de *inercta indivisa* como términos sinónimos y de *disertiones divisiones patrimoniorum inter consortes*, como porciones divididas de patrimonio (*De verb. sig.* 97 y 63, respectivamente).

Si admitimos esta derivación (es decir, si *erctum* se entiende, en este segundo sentido, como "división") y la conectamos con *citum* ="dividido", estamos traduciendo, absurdamente, la expresión *ercto non cito* por una análoga a "división no dividida", totalmente redundante. No creemos, sin embargo, que Gayo recurriera a semejante tautología para explicar a sus alumnos el espíritu del antiguo condominio.

Por consiguiente, es preferible ceñirse a un análisis exclusivamente lingüístico y observar *cito* como frecuentativo del verbo *cio* (arcaico de *cieo*), en su significado de "provocar", "suscitar", "incitar", "desencadenar" o "poner en movimiento" (sentido que cobra la palabra en otro texto de Festo[35]); de forma que la expresión completa, *ercto non cito* (en ablativo absoluto) vendría a decir: "división no provocada" o no desencadenada por ninguno de los consortes. Lo que significa que los *sui*, ante la posibilidad de dividir o no los bienes, a la muerte del *pater*, eligen la segunda; deviniendo consortes en una comunión universal de bienes. Dicha comunidad no se constituye voluntariamente, pero sí se permanece en ella por propia voluntad de mantener los bienes indivisos.

Prescindiendo de mayores discusiones terminológicas, cabe observar cómo ambas interpretaciones, en torno a la expresión *ercto non cito*, llegan al mismo resultado: aludir a un estado de indivisión[36].

II.2. Caracteres y naturaleza jurídica del consortium ercto non cito.

Prosiguiendo con el análisis de nuestro texto, no creemos que exista discontinuidad alguna en el discurso gayano[37]. El empleo de la palabra sociaetas para referirse al consortium entre hermanos, que denomina sociaetas ercto non

[33] *Thesaurus linguae latinae* V, 2 col. 745; igualmente, ERNOUT, A.-MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (Paris 1967), *s. v. Hercisco, cio.*

[34] *Quod vero imprudentiam admiratus es eorum patronorum, qui... ea, quae maxima essent in iure civili, tractare auderent in causis, cum ea nescirent numquamque didicissent... Nam neque illud est mirandum... qui, quibus verbis erctum cieri oporteat, nesciat, idem erciscundae familiae causam agere non possit.* Aquí, debemos entender *erctum ciere* equivalente a "llamar, convocar o citar a juicio para la división", traduciendo *erctum*, como un dativo de finalidad o efecto.

[35] *De verb. sig.* 72,20: *Erctum citumque fit inter consortes, ut in libris legum Romanorum legitur. Erctum a coercendo dictum. Unde et erciscundae et ercisci. Citum autem est uocatum a ciendo.*

[36] *Vid.* VOCI, P., *Diritto ereditario romano* I. *Introduzione e parte generale*. Milano 1960, p. 60.

[37] Como ha visto BRETONE, M., "*Consortium* e *communio*", *cit.*, p. 169.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

cito, no ha de entenderse desde una rigurosa visión dogmática de las instituciones jurídicas, sino más bien con el significado genérico con el que aparece el vocablo en las fuentes clásicas[38]. En nuestra opinión[39], no tiene otra finalidad, a modo de *excursus*, que la de mostrar, con una terminología conocida, un tipo de comunidad que difiere de la sociedad consensual clásica, de la que el jurista venía hablando precedentemente (3,148-154). De ahí el empleo de la partícula adversativa autem, con la que contrapone ambas sociaetates. Asimismo, calificando el *consortium* como *proprium ciuium Romanorum*, se establece un importante elemento diferenciador con respecto a la sociedad clásica, propia del ius gentium.

Por otro lado, Gayo utiliza el adverbio temporal *olim* para situar la *sociaetas ercto non cito* en una época pasada y dejar claro, de esta manera, que ya no está en vigor en su tiempo.

Así pues, el uso del presente al comienzo del texto: *Est autem aliud genus sociaetatis proprium ciuium Romanorum*, no puede considerarse un obstáculo en este sentido; ya que como ha demostrado Maschi[40], Gayo no se refiere, con esta forma verbal, a expresiones como: "está en vigor" o "existe en nuestro derecho", sino más bien a "es de considerar", "hay que tener en cuenta" o similares. Además, cabe entender que se trate de un presente histórico. Lo que queda corroborado con el empleo de vocablos que expresan un tiempo pasado, tales como *olim* y los verbos que siguen (todos en pasado): *erat*, *appellabatur*, *uolebant*, *poterant*, *coierint*, *erat*, *faciebat*, *adquirebat*, *accipiebat*.

Continúa, Gayo, caracterizando el *consortium ercto non cito* como *legitima simul et naturalis sociaetas*; expresión que, a simple vista, puede parecer contradictoria. Por un lado, el calificativo *naturalis* viene referido a la forma en la que surge la comunidad de bienes entre los hermanos: espontánea, automática, e inmediatamente después de la muerte del padre; esto es, alude a la posibilidad que tienen los *sui heredes* de participar en el *consortium* sin necesidad de recurrir a un acto constitutivo solemne. Esta es la opinión unánime en la doctrina, aunque se llega a ella desde diversas perspectivas o razonamientos: así, por ejemplo, se aduce la propia evolución natural de la organización familiar[41], el hecho de no existir testamento y no poder disponer el *pater familias* de sus bienes[42], el interés económico de continuar en la concentración de la

[38] Ya sea en las jurídicas: *vid.* D.10,2,25,16; D. 8,2,26; D. 17,2,63,8-9; D. 10,3,14,3-4; D. 10,3,16; D. 16,2,10 *pr.*; D. 17,2,52,5; D. 17,2,67 *pr.* entre otras; como en las literarias: en las comedias de Plauto es utilizado el término en numerosos textos con diferentes significados. *Vid.* COSTA, E., *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*. Torino 1890 (reed. Torino 1968), p. 397.

[39] Siguiendo, en este punto, a TORRENT, A., "*Consortium...*", *cit.*, p. 482.

[40] MASCHI, C. A., *Disertiones. Ricerche intorno alla divisibilitâ del consortium nel Diritto romano antico*. Milano 1935, pp. 43-44.

[41] WESTRUP, C. W., "Joint family and family property", *Studi Albertario* 1 (Padova 1934), p. 167.

[42] ALBERTARIO, E., "Appunti sul consorzio...", *cit.*, p. 228.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

riqueza familiar[43], la propia perpetuación del poder doméstico, del hogar[44], etc. No obstante, hay quienes niegan esta normalidad o naturalidad del consorcio entre hermanos, estimando más probable la división del patrimonio común entre éstos –dada la posibilidad de realizarla voluntariamente y, a partir de época decenviral, a través de una acción específica: la *actio familiae erciscundae*–; por lo que la comunión sería un fenómeno poco frecuente e, incluso, extraño. Sin embargo, a este razonamiento sólo se puede llegar en una época más avanzada del ordenamiento jurídico romano, en la que, poco a poco, se va afianzando el individualismo, causa primera de la decadencia del antiguo *consortium*.

Por consiguiente, debemos entender, el *consortium ercto non cito* como una institución "natural", esto es, normal, corriente, en la antigua Roma; no sólo en su constitución, sino también en su mantenimiento, causas, objetivos...[45]; de forma que el consorcio familiar se entendería subsistente por el mero hecho de que los herederos se abstuvieran de ejercitar la acción de partición[46].

En relación con el adjetivo *legitima*, también existen diferentes interpretaciones doctinales. Algunos autores, partiendo de la expresión *societas inseparabilis* de Gelio 1,9,12, entienden que *legitima* es sinónimo de "no voluntaria" o "coactiva" y hacen el siguiente razonamiento: si el *consortium* surgía necesariamente entre los *filii familiarum* por el hecho de la muerte de su *pater*, es decir, si la *continuatio dominii* se daba por presupuesta en el antiguo ordenamiento de la *civitas*, entonces no cabía *consensus* alguno. La figura nace, de esta manera, ajena a la voluntad de los consortes. Precisamente porque no es voluntaria, sino legítima[47]. A esta interpretación hay que añadir, no obstante, un matiz: aunque el *consortium* sea extravoluntario o accidental, en cuanto a su origen, no lo es en cuanto a su continuación, que requiere la voluntad de cada consorte –si bien no expresada formalmente– de mantener el estado de indivisión[48].

Existen otras opiniones, que basándose, por ejemplo, en la frase *hereditas obvenit lege* (D. 50,16,130), atribuyen a *legitima* el significado de "conforme a la ley"[49]. Ahora bien, hay dos formas de entender esta adecuación a la ley. En

[43] COLI, U., "*Regnum*", *SDHI* 17 (1951), p. 126.

[44] DEL CHIARO, E., *Le contrat de société en droit privé romain sous la République et au temps de la jurisprudence classique*. Paris 1928, p. 11.

[45] GUTIÉRREZ MASSON, L., *Del consortium a la societas...cit.*, pp. 103-104.

[46] GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *La comunidad patrimonial de la familia en el derecho español medieval*, en *Estudios de Derecho Privado*. (Sevilla 1997), p. 301.

[47] Este es el razonamiento que hace ALBERTARIO, E., I nuovi frammenti di Gaio, *cit.*, pp. 520 y ss. Asimismo, defienden la coactividad en el *consortium*: PRINGSHEIM, F., Stephanos zu D. 17.2.52.6", *ZSS* 45 (1925), p. 492 o FREZZA, P., Il *consortium ercto non cito...*, *cit.*, p. 27 y ss.

[48] En esta línea TORRENT, A., *Consortium...*, *cit.*, p. 486, siguiendo a MASCHI, *Disertiones...cit.*, pp. 23 y ss.; ALBANESE, B., *La successione ereditaria...cit.*, p. 170; SOLAZZI, S., Glosse a Gaio, *cit.*, p. 445.

[49] MASCHI, C.A., *Disertiones...cit.*, p. 25.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

primer lugar, existen tesis que sostienen dicha adecuación a una ley pública, a tenor de la expresión gayana: *sociaetas proprium ciuium Romanorum*[50]. Otras, sin embargo, consideran que la ley no es la pública, sino la privada, entendida como el acuerdo continuo de los *fratres* de no dividir el patrimonio. Asimismo, hay quienes interpretan *legitima* como "puesta por la antiquísima ley, esto es, por las *mores*, por la costumbre[51].

En una última opinión, la legitimidad del consorcio, entendida como conformidad a un orden legal, se refiere, específicamente, a la sanción dada por las XII Tablas, y que Gayo conocería perfectamente. Así, en época predecenviral, el *consortium* habría venido sancionado consuetudinariamente, hasta su regulación por escrito y su consecuente reconocimiento institucional mediante la introducción de la *actio familiae erciscundae* en la tabla V,5. Quien sostiene este parecer observa en la frase *legitima simul et naturalis sociaetatis* una brillante manifestación de la evolución histórica experimentada por la comunidad fraternal: de una comunidad de hecho regulada por las *mores*, conforme a su naturaleza (*naturalis societatis*), a una comunidad de derecho (*naturalis simul legitima*), legitimada formalmente por la ley decenviral[52].

Otro rasgo característico del antiguo consorcio familiar, que nos revela Gayo 3,154 a), es que tenía lugar entre los *heredes sui*. Normalmente, se constituiría entre hermanos, descendientes inmediatos del *pater* difunto (es decir, hijos e hijas engendrados en justas nupcias o adoptivos). Si éste moría sin descendencia, el *consortium* se formaría con sus hermanos. También podrían ser consortes: las hermanas no casadas y los descendientes de los hijos varones del causante, siempre que su ascendiente directo hubiera muerto o los hubiera emancipado. Asimismo, el *consortium inter fratres*, absorbería la anterior comunidad conyugal del *pater* premuerto, esto es, entraría en la comunidad la viuda de un matrimonio *in manu*, puesto que se considera *loco filiae*. Todos estos se convierten en titulares del patrimonio familiar sin necesidad de cumplir un acto de aceptación. Otros miembros de la familia, que no fueran *heredes sui*, se considerarían *alii*; y sólo con su explícita voluntad, declarada en acto solemne, podrían unirse en un consorcio análogo al naturalmente surgido entre los *sui*, a la muerte del *pater* común[53].

Esta completa descripción del primitivo *consortium ercto non cito*, nos sirve para sentar las bases de su naturaleza jurídica. Tema que siempre ha sido objeto de numerosas discusiones entre los romanistas[54], quienes se debaten en

[50] KASER, M., *Das altrömische Ius...cit.*, p. 74, nt. 48; GAUDEMET, J., *Étude sur le régimen juridique de l'indivision...cit.*, p. 12.

[51] ALBERTARIO, E., *Appunti sul consorzio...*, *cit.*, p. 228.

[52] GUTIÉRREZ MASSON, L., *Ibid.*, pp. 130-131.

[53] Por ejemplo, los agnados próximos del ciudadano, muerto sin hijos u otros heredes *sui*, no podrían adquirir los bienes del difunto sin hacer un acto de aprehensión formal (a través de una determinada *legis actio*). Al respecto, vid. ARANGIO-RUIZ, V., *La società in Diritto romano*. Napoli 1950, pp. 6, 9 y 14.

[54] *Vid.* las referencias a otros autores que hace GAUDEMET, J., *Les communautés...cit.*, pp. 67 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

poner el acento en la existencia de un patrimonio colectivo, otorgándole una naturaleza eminentemente patrimonial, o bien en señalar la importancia primordial de las relaciones personales entre los consortes, resaltando más el aspecto familiar del *consortium*.

No podemos poner en duda que el *consortium inter fratres* supone una comunidad de bienes y, precisamente, el hecho de que el patrimonio del difunto *pater* permanezca indiviso entre todos los hermanos, evita su disgregación. Ahora bien, este *consortium* no es una simple indivisión hereditaria o una simple comunidad de liquidación (con carácter transitorio), sino que los poderes de los consortes sobrepasan el ejercicio de un simple derecho sucesorio.

Tampoco podemos considerar que se trate de una mera sociedad consensual; puesto que hemos visto que nace "naturalmente", automáticamente, sin necesidad de intervención de los consortes. Ni siquiera la voluntad de éstos, tendente a no solicitar la partición, se observa para el establecimiento de la *communio*, si acaso para su mantenimiento.

En definitiva, no es una sola copropiedad de bienes, sino que esta comunidad patrimonial se apoya, constantemente, en la continuidad de la comunidad familiar que existía en vida del *pater*, alimentada, cada día, por la *concordia fratrum*. Este es el elemento que inspira las reglas de la gestión del patrimonio común, que se concretan en la solidaridad afectiva y la ayuda recíproca.

De ahí que sostengamos que el vínculo de la *fraternitas* es el que une, en una vida en común, incapaz de disolverse por la muerte del *pater familias* y es el que domina la comunidad patrimonial.

II.3. Constitución: los dos tipos de CONSORTIUM *referidos por Gayo*

Después de hablar del *consortium* que se establecía entre los hermanos, a la muerte del padre, denominándolo *consortium ercto non cito*, Gayo muestra cómo otro tipo de personas (*alii quoque*) pueden llegar a constituir, también, esta misma *societas*. Establece, por tanto, dos tipos dentro de la más antigua comunidad de bienes, esto es, dos formas distintas de *consortium ercto non cito*, conforme a los sujetos que las componen: el surgido *inter sui* y el constituido *inter alii*, es decir, entre *extraneae personae*. Éste último *ad exemplum fratrum suorum sociaetatem coierint*.

Ambos tipos de *consortium* presentan los caracteres del condominio más antiguo: el *proprium ciuium Romanorum*. No se pueden identificar con la sociedad consensual clásica, propia del *ius gentium*[55]; puesto que el elemento volitivo, en un caso, no es expreso, sino que se deduce del hecho de no proceder los consortes a la división y, en el otro, no se trata de un simple acuerdo de voluntades o *nudo consenso*, sino que éste debe someterse a un determinado negocio formal (probablemente, *in iure cessio*). Sólo más tarde,

[55] En contra, FREZZA, P., *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, en *Studi Solazzi* (Napoli 1948), p. 530; SOLAZZI, S., "*Societas* e *communio*", *cit.*, p. 5 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

por obra de la jurisprudencia republicana, se llegará a considerar el *consortium inter alii* como antecedente de la *societas omnium bonorum*, centrándose en su naturaleza consensual; pero, en la época en la que surge, en el derecho romano arcaico, no deja de ser una forma más de *consortium*, rigiéndose por las mismas reglas que el *constituido inter fratres*, a cuya imagen se constituye[56].

Efectivamente, Gayo no hace ninguna alusión a la necesidad de una manifestación de voluntad o a una forma particular para la constitución del *consortium ercto non cito*. Lo explica como una situación de indivisión entre los *heredes sui* resultante, de pleno derecho, a la muerte del padre. La voluntad de continuar la indivisión afectaría únicamente a la pervivencia del *consortium*, no al momento de su constitución[57]. Rechazamos, pues, las tesis de quienes sostienen, para la constitución del *consortium*, la necesidad de un acto especial o determinadas formalidades[58].

Por lo que se refiere al *consortium inter alii*, el jurista hace depender su constitución de un acto formal ante el magistrado, *in iure*, por medio de una determinada *legis actio* (*Alii quoque, qui uolebat eandem habere sociaetatem poterant id consequi apud praetorem certa legis actione...*).

Obviamente, la comunidad entre personas extrañas entre sí debía de ser creada artificialmente, puesto que sus miembros no se encontraban unidos en ninguna comunidad de vida anterior. Se requiere, por tanto, el elemento volitivo para su constitución (en contraposición al consorcio *inter sui*, que sólo lo precisa para su mantenimiento). Gayo se expresa, claramente, en este sentido, al decir *qui uolebant eandem habere sociaetatem...* Pero, además, esta voluntad ha de expresarse de una forma determinada: *apud praetorem* y a través de una determinada *legis actio*.

La doctrina ha conjeturado sobre la forma concreta que revestiría esta *legis actio*. Para Monier[59], la acción de la ley a la que se refiere Gayo no sería otra

[56] Rechazamos, así, la opinión de ALBANESE, B., *La successione ereditaria...cit.*, pp. 19 y ss., quien considera inadecuada la extensión de la calificación *ercto non cito* referida al consorcio entre extraños, pues según este autor no existe ningún *prius* lógico constituido por una indivisión de bienes y el valor fundamental de la institución descansaría , en cambio, en una comunidad provocada.

[57] *Vid.* TORRENT, A., *Consortium...*, *cit.*, p. 489, en contra de la opinión de BISCARDI, A., "Sul regime della comproprietà...", *cit.*, p. 119.

[58] En este sentido, COLLINET, P., *Les nouveaux fragments...*, *cit.*, p. 102, fundándose en la expresión de Varrón (*De lingua latina* 6,64): *conserere manu*, entiende un acto especial de constitución consistente en que los coherederos juntarían sus manos sobre un objeto de la herencia que la simbolizaría, pronunciando al mismo tiempo determinadas palabras solemnes tales como: *ercto non cito vivamus*. Esta tesis no encuentra, sin embargo, apoyo textual ninguno. Igualmente, BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano* I_. Padova 1947, p. 89, nt. 25, quien sostiene, para la constitución del *consortium*, la realización por los *sui* de recíprocas *in iure cessiones*, por las que cada uno, reivindicando en su cualidad de *suus* la herencia, llegaba a convertirse en *dominus*, en concurrencia con los demás.

[59] *Les nouveaux fragments...cit.*, p. 23.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

que la *actio familiae erciscundae*, por tanto, una *legis actio per iudicis arbitriue postulationem*; ya que al entablar la acción de división se está reconociendo una situación de cotitularidad *ab initio*. Esta opinión, sin embargo, no nos parece sugestiva; no sólo porque la *actio familiae erciscundae* es más propia de la situación de indivisión entre *coheredes*, sino, sobre todo, porque es en este tipo de consorcio, entre personas extrañas entre sí, donde más claramente se observa la voluntad dirigida a la constitución, netamente distinta a la tendente a dividir los bienes.

Sin embargo, la mayor parte de los autores[60] consideran que la *legis actio* a la que se refiere el texto gayano no es otra que la *legis actio per sacramentum in rem*, por ser ésta una *actio generalis*, de aplicación muy difundida para la reivindicación de derechos o *status*. En este caso concreto, cada consorte reivindicaría su participación, como consorte, a través de *in iure cessiones* recíprocas, renunciando a las de los otros consortes. De esta manera Lévy-Bruhl[61] habla de una especie de *vindicatio*, formulada sucesivamente por cada uno de los consortes en los siguientes términos: *(Hanc) familiam pecuniamque, quae fuit Lucii Titii ex iure Quiritium ad exemplum fratrum (suorum) mihi tecum communem esse aio*; Fórmula que a Arangio Ruiz le resulta inadecuada al carácter unívoco de las primitivas declaraciones solemnes, *ove non si usa definire situazioni giuridiche per assimilazione a situazioni diverse*[62]; prefiere, no obstante, pensar que la relación se habría definido con su antigua *denominación ercto non cito*, de la siguiente manera: *Aio mihi tecum societatem ercto non cito esse?*. En cualquier caso, no existen testimonios textuales sobre la estructura concreta de la declaración, sino sólo hipótesis doctrinales.

En base a estas consideraciones, la diversa forma de constitución entre una y otra categoría de *consortium ercto non cito* –según se produzca entre *sui* o ente *alii*–, prueba la divergencia de rasgos fundamentales que caracterizan la institución misma; aunque, las reglas para su gestión –como veremos a continuación– sean idénticas en ambos casos.

II.4. Régimen jurídico de ambas figuras de consortium.

Una vez hecha la distinción entre los dos tipos de *consortium*: el constituido entre hermanos (*consortium fratrum suorum*) y el creado *ad exemplum* de éste, Gayo entra en el análisis de su régimen jurídico, común a ambas figuras, mediante la exposición de dos ejemplos: la manumisión del esclavo común y el supuesto de enajenación de una *res communis*, por uno solo de los consocios. En ambos casos, la solución es la misma (el vínculo que se establece entre los dos ejemplos, a través del *item*, no deja ninguna duda)[63]: la actuación de uno

[60] ARANGIO-RUIZ, V., *La società...cit.*, pp. 10 y ss.; BETTI, E., *Istituzioni...cit.*, p. 257.

[61] "Le *consortium* artificiel du nouveau *Gaius*", *Nouvelles études sur le très ansíen droit romain.* (Paris 1947), p. 57.

[62] *Ibid.*, p. 10, nt. 2.

[63] GAUDEMET, J., *Étude sur le régime juridique de l'indivision...cit.*, p. 19.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

solo de los consortes tiene los mismos efectos que si hubiera sido realizada por todos. Así, cualquiera de los consortes puede manumitir al esclavo común, quedando liberto con respecto a los demás, o bien, enajenar, mediante *mancipatio*, una cosa común con plena y efectiva traslación del *dominium* al *accipens*.

La expresión *uel unus ex sociis* hace referencia a que cualquiera de los consortes podía actuar válidamente sobre las cosas comunes, obligando con su actuación a los demás. Parece, por tanto, ilusoria la interpretación que hace Solazzi[64] entendiendo que *unus* no es cualquiera de los consortes, sino un consorte administrador, elegido por los demás, siendo él el único que puede disponer libremente de los bienes comunes, porque tiene conferidos todos los poderes[65]. No se entiende, entonces como a Gayo le puede parecer "particular", "singular" o "curioso" (*illud proprium erat*) esta posibilidad de elegir un administrador, que en su tiempo se podría hacer perfectamente.

Al contrario, todos los consortes tienen plena potestad para disponer del todo y ejercitar libremente su derecho de copropiedad, que es igual para todos. Dicho poder viene calificado por la doctrina como "dominio plúrimo integral"[66], propio del condominio arcaico, caracterizado por el concurso de propiedades, lejos de la idea de cuota o *pars*. Se deduce, por tanto, un régimen de solidaridad entre los consortes, porque el acto de disposición realizado por uno de ellos tiene siempre repercusiones en el patrimonio común que corresponde, también, a los demás. Esta es la particularidad a la que se refiere Gayo con la expresión *illud proprium erat*: el hecho de que la integridad de los bienes comunes pertenezca a todos por igual.

El jurista define, en consecuencia, el régimen "particular" del condominio solidario como propio del antiguo *consorcio ercto non cito*; lo que hace pensar que, en su época, existiera otro régimen "normal", conforme al derecho clásico. La finalidad de Gayo es, pues, exponer a sus lectores la diferencia entre el condominio primitivo y el de su tiempo, diferenciados entre sí por el concepto de cuota.

En efecto, el régimen del *consortium* ignora la noción de *pars* ideal o cuota y, por ende, la legitimación de disponer *pro parte*. Ésta supone un nivel de abstracción que, difícilmente, se daría en una época tan primitiva. Resultaría, con mayor probabilidad, de una evolución de la sociedad y, detrás de ella, del

[64] *Societas* e *ommunio*, *cit.*, pp. 58 y 87 ss.; Glosse a Gaio, *cit.*, pp. 448 y ss.

[65] Esto, en opinión de TORRENT, A., *Consortium...*, *cit.*, p. 494, sería concebir la primitiva comunidad hereditaria con unos moldes tardíos. Las escasas fuentes de que disponemos no nos dicen nada en este sentido (Gayo 2,157 y D. 28,2,11); más bien insisten en la posición igual de todos los hermanos. *Vid.*, igualmente, en este sentido GUTIÉRREZ MASSON, L., *Del consortium a la societas...cit.*, p. 97; GAUDEMET, J., *Étude sur le régimen juridique de l'indivision...cit.*, p. 21; ARANGIO-RUIZ, V., *La società...cit.*, pp. 11 y ss.

[66] Ya definido por SCIALOJA, V., *Teoria della proprietà nel diritto romano* I. Roma 1928 (reed. 1933), pp. 432 y ss.; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano* (traducción de la 8ª ed. it. por L. Bacci y A. Larrosa). 5ª ed. (2ªreimpr.). Madrid 2002, pp. 301 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

pensamiento jurídico: primero, como parte material correspondiente a cada condómino, una vez operada la división de la cosa común; y, más tarde, como medida del derecho de cada uno *manente communione*.

En el derecho clásico sería impensable que uno solo de los condueños enajenara por entero la cosa común o adquiriera no sólo para sí, sino para todos. No sería posible, pues cada condómino no puede disponer más que de su propia cuota de participación en el condominio. En el antiguo *consortium*, por el contrario, rige un condominio solidario, que impone una confianza recíproca entre los consortes y que sólo puede explicarse acudiendo a los estrechos vínculos no sólo patrimoniales, sino personales que existían antiguamente entre los miembros de la familia, sustentados en la *fraternitas* y reconocidos por la *consuetudo*. La necesidad de mantener la cohesión del grupo doméstico por razones, tanto económicas como político-sociales[67], obliga a primar el interés colectivo sobre el individual. De ahí que los *sui* a la muerte del *pater* se encontraran en una posición igualitaria respecto a los bienes comunes.

Ahora bien, los ejemplos que Gayo ofrece para explicar esta comunidad solidaria únicamente se refieren a los actos de disposición jurídica de los bienes comunes (concretamente, la manumisión y la enajenación); no se alude a los actos de disposición material, tales como el *uti* y el *frui* de estos bienes. Al no conocerse todavía el concepto de cuota, cabe imaginar que el uso correspondiera, por el todo, a cada consorte, así como también sería común la percepción de los frutos, que acrecentarían el patrimonio familiar. Como expresa Fadda[68], los consortes están en pie de igualdad respecto al goce de los bienes comunes. Igualdad que se entiende en el sentido de que cada uno toma lo que necesita para sí y los suyos.

En consecuencia, si todo consorte podía disponer jurídicamente de la cosa común, afectando con su actuación a los intereses patrimoniales de los otros consortes; con mayor motivo podría hacer uso de los bienes comunes, compartiendo ganancias y pérdidas, que, al igual que las *expensae*, correrían a cargo de la totalidad de los integrantes del *consortium*.

Cabe preguntarse, no obstante, si este régimen de dominio plúrimo integral no conoció limitación alguna; dados los amplios poderes de goce y disposición de los bienes comunes reconocidos a cada consorte.

En principio, la no oposición por parte de los demás, legitimaba plenamente al consorte actuante. De ahí, como viene sosteniendo un amplio sector de la doctrina[69], la analogía entre el régimen del *consortium* y el de la colegialidad magistratural del derecho público republicano. Situaciones que se asemejan, ya

[67] *Vid.* la visión política en BONFANTE, P., *Scritti giuridici*, *cit.*, pp. 101 y ss.; DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana...cit.*, p. 11. Destaca también la opinión de LÉVY-BRUHL, H., *Le consortium artificiel...*, *cit.*, pp. 282 y ss., quien considera que el régimen de dominio *pro indiviso* reinante entre los consortes sería favorecido por la escasez del territorio (pues era mucho más fácil controlar el campo geográfico en el que se desarrollaba la administración).

[68] *Consortium, collegia magistratuum, communio, Studi Brugi* (Palermo 1910), pp. 139 y ss.

[69] FADDA, C., *Ibid.*, pp. 139 y ss. y BONFANTE, P., *Premesse critiche...*, *cit.*, pp. 379-381; BIONDI, B., *Communione (diritto romano)*, en *NNDI* 3 (1957), p. 856; BISCARDI, A., *La genesi*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

que se basan en el criterio, no de la mayoría, ni de la unidad en la actuación, sino en la solidaridad. De manera que cada condómino puede hacer cualquier acto de disposición sobre la cosa siempre que no se lo impida cualquiera de los otros, pues es titular del poder total e íntegro sobre la cosa; al igual que cada magistrado es titular, en modo pleno y total, del *imperium* y puede, por tanto, ejercitarlo libremente en tanto no intervenga la *intercessio* o veto del otro colega.

No podemos rechazar, por tanto, la existencia, ya en esta época antiquísima, de la *prohibitio* como límite al ejercicio abusivo de poder por parte de los consortes dentro de la comunidad arcaica. Ahora bien, la doctrina supone que tal instrumento debía ejercitarse raramente en la práctica, dada la profunda conciencia del interés colectivo, alimentaba cada día por la comunión de vida y culto[70]; pero, al menos, en apariencia exterior regía, el *ius prohibendi* [71] y la plena legalidad del acto no impedido[72], como las dos caras de una misma moneda.

En palabras de Iglesias[73]: "Salvo la posible y poco probable entrada en juego de la *prohibitio*, ninguna diferencia media entre el que es propietario único de una sola cosa –dominio solitario– y el que lo es sobre cosa también única en concurrencia –*communio*– con otros".

III. Disolución del *consortium*.

Como hemos venido observando, el carácter *naturalis* del primitivo *consortium*, surgido automáticamente, entre los *sui*, a la muerte del *pater*, abre paso a la *voluntas* de los consortes, únicamente, en lo referente a su mantenimiento. La voluntariedad, entendida en este sentido, es la que nos lleva a admitir la posibilidad de disolución del *consortium*.

Sin embargo, la indivisión del patrimonio consorcial y, por ende, de la situación de comunidad entre los consortes, ha sido sostenida por parte de la doctrina[74], en base, fundamentalmente, a la expresión *societas inseparabilis* de Gelio 1,9,12[75]. y la traducción de la expresión *ercto non cito* como "dominio o patrimonio no dividido".

---

della nozione..., *cit.*, pp. 154-156; DE VISSCHER, F., *La notion de puissance dans l'organisation de l'ancien droit romain*, en *Nouvelles études* (Milano 1949), p. 268; LEVY, E., *Neue Bruchstücke...*, *cit.*, p. 281; ALBERTARIO, E., *Appunti sul consorzio...*, *cit.*, p. 231; en nuestra doctrina, TORRENT, A., "*Consortium...*", *cit.*, p. 494; ARIAS RAMOS, J., *Los orígenes del contrato de sociedad...*, *cit.*, p. 147.

[70] De la que dan pruebas Val. Max. 4,4,8; Plut., *Aem.* 5,28; Plut., *Crass.* 1.

[71] En torno a éste, *vid.* BONFANTE, P., *Il ius prohibendi nel condominio*, en *Rend. Dell'Ist. Lombardo* 46 (1913), pp. 665-694 =*Scritti giuridici* 3 (Torino 1926), pp. 382-433.

[72] Vid. FADDA, *Consortium...*, *cit.*, p. 150.

[73] *Situaciones individuales y situaciones de communio...*, *cit.*, p. 780.

[74] *Vid.* FADDA, C., "*Consortium...*", *cit.*, pp. 146 y ss.; ALBERTARIO, E., *I nuovi frammenti...*, *cit.*, pp. 510 y ss.

[75] *Sed id quoque non praetereundum est, omnes, simul atque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepit erant, quod quisque familiae, pecuniae habebat, in medium dabat, et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium, quod iure atque verbo Romano appellabatur "ercto non cito".*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

Ahora bien, por una parte, el texto de Gelio no sirve para probar la indivisibilidad del *consortium*, pues lo único que establece es una mera e incidental comparación literaria entre el *consortium ercto non cito* y la sociedad pitagórica, sin ningún valor jurídico. Por otra, ya hemos señalado la preferencia de traducir *ercto non cito* por "división no provocada", atendiendo a una traducción más literal de los términos[76].

No faltan, tampoco, testimonios textuales directos que apoyan la necesidad lógica de que el consorcio *inter sui* fuera divisible. En primer lugar, la palabra *disertiones* del fragmento de Festo: *Disertiones divisiones patrimoniorum inter consortes*[77], es clave. Sin entrar en un complejo análisis etimológico[78], el vocablo alude a la división genéricamente concebida (**dis-artus*). Y, en el concreto pasaje de Festo, podemos pensar que designe la división del *(h)erctum*, esto es, la división del antiguo *consortium* o la formación de las *sortes*, con las que se indica las porciones del patrimonio común[79]; no tanto las ideales, que no se conciben en época primitiva, sino las materiales[80].

A parte de los testimonios textuales, el sólido argumento de la necesidad del elemento volitivo para la permanencia del *consortium*, prueba que éste no podría imponerse forzosamente a sus miembros. Una cosa es que el interés común o el espíritu comunitario de la época influyeran en la mentalidad romana de continuar en comunión patrimonial y personal, y otra bien distinta que existieran mandatos imperativos –ni siquiera de origen consuetudinario– que constriñesen a la indivisión[81].

Así pues, resulta evidente que la primera brecha que se abre, jurídicamente, en el sistema de solidaridad consorcial viene de la mano de las XII Tablas, mediante la introducción de la *actio familiae erciscundae*, para la división de la primitiva comunidad de bienes[82]. Sin embargo, el problema se centra en determinar la forma en la que se practicaría dicha división en época predecenviral.

[76] *Vid.* los argumentos de los partidarios de la división en: ALBANESE, B., *La successione ereditaria...cit.*, p. 55; BRETONE, M., *Consortium* e *communio*, *cit.*, p. 37; DE MEDIO, *Contributo allo studio del contratto di società in Roma*. 1910, p. 22; GAUDEMET, J., *Étude sur le régimen juridique de l'indivision...cit.*, p. 22; MASCHI, C. A., *Disertiones...cit.*, p. 6; PEROZZI, S., *Parentela e gruppo parentale*, en *BIDR* 31 (1921), p. 121; WIEACKER, F., *Societas...cit.*, p. 105, nt. 2; BISCARDI, A., *Sul regime della comproprietà...*, *cit.*, p. 110, nt.1.

[77] *De verb. sign.* Ed. Linsay, 63,20.

[78] Como el realizado por MASCHI, C. A., *Disertiones...cit.*, pp. 34-42.

[79] Festo, *Paul.* 381, (ed. Linsay 8): *Sors et patrimonium significat. Unde consortes dicimus; et dei responsum et quod cuique accidit in sortiendo.*

[80] GUTIÉRREZ MASSON, L., *Del consortium a la societas...cit.*, p. 127.

[81] Opinión de ALBANESE, B., *La successione ereditaria...cit.*, pp. 53 y ss.

[82] Gayo 2,219 indica que tiene lugar *inter heredes de hereditate erciscunda*, definiendo el *iudicium*: *quod inter heredes de hereditate...diuidenda accipi solet.* Por tanto, esta acción correspondía a los coherederos (sea *ex testamento*, sea *ab intestato*), sucesores universales según el sistema del *ius civile*; pero, también, para los que se encontraban en una situación análoga o similar a la jurídica de *coheredes* (*bonorum possessores*, beneficiados por un fideicomiso de herencia *ex S.C. Trebelliano*) se concedía un útil *f. e. iudicium*. *Vid.* FREZZA, P., *Actio familiae erciscundae*, en *NNDI* 1 (1974), p. 265.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

La opinión hoy más acreditada es la que considera que a la división se llegaría a través del común acuerdo de los consortes[83]; ya que el primitivo ordenamiento jurídico romano, de carácter consuetudinario, no habría formulado, todavía, mecanismos jurídicos para la disolución. Por tanto, los acuerdos amistosos entre los consortes serían la forma más antigua de llegar a la división del patrimonio, prescindiendo de cualquier mecanismo judicial; es decir, se estaría ante una disolución voluntaria no contenciosa[84].

La división amistosa es comprensible si tenemos en cuenta que siempre se requería el consenso para todas las actuaciones que implicasen el interés común de todos. ¿Qué ocurría, entonces, en el caso de que no se llegara a un consenso entre los *fratres* o en la hipótesis de que uno solo de ellos quisiera la división? Para estos casos particulares, la doctrina cree que el problema sería resuelto recurriendo a un mediador o *arbiter*; que, con toda probabilidad, no sería otro que el *pater gentium*[85].

Habrá que esperar, por consiguiente, a las XII Tablas para encontrar un instrumento jurídico que canalizara formalmente una práctica que, lejos de ser frecuente, no sería improbable. Un texto de Gayo, que abre el título del Digesto destinado a la *actio familiae erciscundae*, prueba que su origen se remonta a la legislación decenviral:

> D. 10,2,1 *pr.* (*Gaius lib. VII ad Ed. prov.*): *Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum; namque coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuierentur.*

Sin embargo, el texto es impreciso a la hora de determinar la acción por la que se distribuyen, los coherederos, los bienes de la herencia (*aliquam actionem*). Los nuevos fragmentos de Gayo aclaran este punto:

> *De hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit*[86].

En base a este testimonio gayano sabemos que los decenviros crearon una acción para la partición, confiándola, mediante una particular *legis actio* (la *per iudicis arbitrive postulationem*) [87], a la decisión de un juez o árbitro[88]. Ahora

[83] Así, BURDESE, A., "Divisione", *EdD* 13 (1964), pp. 412; ARANGIO-RUIZ, V., *La società...cit.*, p. 6, nt. 5; DIÓSDI, *Ownership in ancient and preclasical roman law*. Budapest 1970, p. 45; WESTRUP, C. W., *Introduction to early Roman law...cit.*, pp. 168-169; CORNIL, G., *Du mancipium au dominium, Festschrift Koschaker* 1 (Weimar 1939), pp. 411, 425; BIANCHINI, M. G., *Studi sulla societas*. Milano 1967, p. 8.

[84] MURILLO VILLAR, A., *La división convencional de la comunidad de bienes en Derecho romano*, en *Revista Jurídica del Notariado* 17 (1996), p. 67.

[85] GUTIÉRREZ MASSON, L., *Del consortium a la societas...cit.*, p. 128; MURILLO VILLAR, A., *La división convencional..., cit*, p. 67.

[86] P. S.I., 1,182 (l. 195-197). *Vid. Il nuovo Gaio, cit.*, p. 586.

[87] También, confirma el hecho de que, en el periodo de las *legis actiones*, este juicio se desarrollara en la forma de la *legis actio per iudicis arbitriue postulationem*, la *Lex Rubria* c. 23, lin. 55-56 (FIRA, I, p. 175).

[88] Del mismo modo que en Atenas existía una acción con la misma finalidad, que se remitía a expertos. *Vid.* GAUDEMET, J., *Étude sur le régimen juridique de l'indivision...cit.*, p. 23.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

bien, el "nuevo Gayo" no precisa el procedimiento de la *actio familia erciscundae*. Debemos deducirlo, a la luz de Gayo 4,17 a)[89], suponiendo que el consorte que quisiera obtener la partición comenzaría por afirmar su pretensión, preguntando a los demás si se procedía a ella o no. La respuesta afirmativa de éstos haría inútil el curso del procedimiento, operándose la partición amistosamente. Pero, si uno de ellos se oponía a la división, sea porque quería mantener el estado de comunidad, sea porque el reparto en lotes no le convenía, la intervención de la justicia, para hacer respetar el derecho de cada uno a la partición, llegaba a ser necesaria; y, por tanto, el actor debía pedir *statim* el nombramiento de un juez o árbitro. La adjudicación tendría lugar, según la doctrina[90], por partes iguales. Concretamente, si uno de los consortes moría dejando hijos, se haría por cepas o troncos; recibiendo los hijos del consorte premoriente sólo la parte que correspondería a su *pater*, en presencia de sus tíos.

IV. Pervivencia de la comunidad de bienes entre hermanos.

Ya, a finales del siglo II a. C., el primitivo *consortium* romano va cayendo en desuso. El motivo principal hay que buscarlo, sin lugar a dudas, en la propia evolución socio-económica romana.

Las victorias de Roma, en las guerras de conquista, ofrecerían al comercio vastas perspectivas; el desarrollo de la producción; el empleo de la mano de obra servil; la diversificación de las actividades económicas, en una sociedad cada vez más compleja; el incremento de la fortuna mobiliaria; el desarrollo de la *civitas*; el progreso de las instituciones públicas, etc., se aducen como razones de peso para demostrar la ruina de la vieja institución comunitaria[91].

Lógicamente, la propia evolución económica de la sociedad romana parece un argumento suficiente para explicar la decadencia de las comunidades familiares. El comercio desarrollaba las expectativas individuales y recompensaba al "aventurero" que salía del grupo familiar. El *consortium* debió perder, así, su frecuencia cuando un número frecuente de ciudadanos romanos intentaran otras vías de ganancia, distintas a la agricultura que era la que, con carácter preferente, sustentaba el patrimonio indiviso de los consortes.

[89] *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur; eaque res talis fere erat; qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIVM DARE OPORTERE AIO. ID POSTVLO AIAS AN NEGES; aduersarius dicebat non oportere; actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. Item de hereditate duidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. Idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. Itaque nominata causa ex qua agebatur, statim arbiter petebatur.*

[90] *Ibid.*, p. 31. *Vid.*, asimismo, ARANGIO-RUIZ, *In tema di adiudicatio*, en *BIDR* 32 (1922), pp. 5-60.

[91] GAUDEMET, J., *Les communautés familiales...cit.*, pp. 76 y ss.; ARANGIO RUIZ, V., *La società...cit.*, pp. 19 y ss.; STOJCEVIC, D., *Gens, consortium, familia, cit.*, pp. 434 y ss.; LÉVY-BRUHL, H., *Le consortium artificiel... cit.*, pp. 282 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

Por otro lado, quizás no tanto una causa –como se ha visto[92]–, sino una consecuencia, es la aparición de la noción de *pars* indivisa. La relajación de los vínculos personales y el provecho individual se reflejan en el triunfo del concepto de cuota, eje fundamental en torno al que girará el régimen clásico de la comunidad de bienes. Así pues, de una concepción "organicista", en la que el grupo de los coherederos constituía la célula familiar, se pasará a una concepción "individualista" que no ofrece ninguna perspectiva a la comunidad fraternal; ya que el elemento económico va a primar sobre cualquier otro familiar o afectivo.

Sin embargo, las necesidades de las explotaciones rurales, los inconvenientes de una fragmentación del dominio o la escasez de territorio, apelan al espíritu comunitario. Mucho debió de influir, en opinión de Arangio-Ruiz[93], la insuficiencia de los *agri divisi et adsignati* para satisfacer las necesidades de una familia amplia. La división de las tierras, a la muerte del *pater*, podía resultar nefasta cuando el dominio era pequeño[94].

Asimismo, subyacen intereses políticos, unidos a los económicos, en la conservación del patrimonio indiviso. La indivisión dejaba intacta no sólo la consistencia económica de la familia, sino también su peso político.

En los primeros siglos de la República, la adscripción a las clases del ordenamiento centuriado tenía lugar sobre la base de la entidad del patrimonio familiar. Cuanto más veces se dividiera éste (en cada generación), más centurias descenderían los miembros de la familia. Se tendería, entonces, a preservar la posición de la familia en el orden político de la ciudad, evitando las divisiones del patrimonio y, por tanto, manteniendo su titularidad en común, entre los *sui*[95].

A pesar de estas razones, la tendencia hacia el individualismo se hace cada vez más patente en la comunidad de bienes del derecho clásico, donde cada condómino puede disponer libremente de su *pars* indivisa, sin necesitar la concurrencia de los demás[96].

En algunos textos del Digesto todavía es recordada la hipótesis de que los hermanos permanezcan en indivisión, pero se trata del régimen de la *communio*

[92] *Cf.* GAUDEMET, J., *Ibid.*, pp. 11 y ss.

[93] *La società...cit.*, p. 19.

[94] Si bien los latifundios iban ganando espacio, en los últimos siglos de la República, las pequeñas propiedades no desaparecerían totalmente. Varrón (*De re rust.* 3,16) habla de un pequeño dominio, que no sobrepasaba de 51 hectáreas, dejado por un padre a sus hijos. Todavía más tarde, Cicerón (*In Verr.* 3,57) señala, en Sicilia, el caso de tres hermanos consortes. Por su parte, Plinio el joven (*Ep.* 4,2,5), a principios del siglo II, menciona dos hermanos muy ricos, que eran cónsules y que vivían en comunidad.

[95] *Vid.* este argumento en ARANGIO-RUIZ, V., *La società...cit.*, p. 7 y en FRANCIOSI, G., *Corso...cit.*, pp. 7-8; ID., *Famiglia e persone...cit.*, p. 12.

[96] *Vid.* MURILLO VILLAR, A., *Disposición jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos. Derecho romano. Derecho histórico. Derecho español vigente.* Madrid 2000, pp. 21 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

clásica, aunque se utilice el término *fratres consortes* (D. 27,1,31,4). Igualmente, Ulpiano 31 *ad ed.* (D. 17,2,52,8), citando a Papiniano, habla de *voluntarium consortium*.

En nuestra tradición jurídica, hay vestigios de comunidades familiares entre hermanos, sobre todo por lo que se refiere al derecho altomedieval; aunque, ya, en el derecho visigodo se habla de la opción que tienen los hermanos de dividir o no los bienes entre ellos. Así, la *Lex Visigothorum* III,1,8 determina:

> Si fratres nuptias puelle differant aut si puella inpudice nuptias presumat.
>
> *Si fratres nuptias puelle sub ea conditione suspendat ut ad maritum illa confugiens, iuxta legem portionem inter fratre suos de bonis parentum non possit accipere, et bis aut tertio removerem petitorem: puella, que, fratrum calliditate prespecta, maritum natalibus suis equalem crediderit expetendum, tunc integram a fratribus, que ei de parentum hereditate debetur, percipiat portionem. Quod si rursum nihil fratres contra sororem meditentur adversum et idcirco morentur, ut sorori provideant digniorem, et illa honestatis sue oblita, persone sue non cogitans statum, ad inferiorem forte maritum devenerit, portionem parentum fuerat consecuturu, amittat. In fratrum vero et sororum vel aliorum parentum hereditatem ingrediendi ei concedimus potestatem.*

Pero es, sin duda, en el ambiente familiar de los siglos IX a XII donde se impone, en opinión de Da Cruz[97], la idea del "destino familiar de las propiedades inmobiliarias" y, por ende, el concurso de todos los miembros de la familia en las enajenaciones de éstas.

La continuidad del patrimonio familiar, en concreto de las propiedades inmobiliarias, entre los hermanos, a la muerte del padre, mediante la puesta en común de los bienes que, por herencia, corresponderían a cada uno, no debió de ser inusual, como atestiguan los documentos altomedievales, entre las familias españolas de la época.

Así, entre otros muchos, un documento del año 947 se refiere, por ejemplo, a una villa agraria que había sido propiedad de un hombre llamado Hazen, de sus hermanos y sobrinos (*villam...que fuit de Hazen et suos germanos seu et consoprinis*)[98].

E. de Hinojosa[99] estudió este tipo de comunidades familiares de carácter amplio y observó cómo los hermanos las constituían en ambientes rurales, libres o serviles, explotando conjuntamente la propiedad inmueble que detentaban *pro indiviso*; no sólo en España, sino también en Francia, Suiza o Servia. En ellas, idea de hermandad emerge como fundamento de las relacio-

[97] *O Direito de troncalidade e o regime jurdico do patrimonio familiar* I. Braga 1941, pp. 189 y ss.

[98] Vid., más ejemplos, en GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *La comunidad patrimonial..., cit.*, pp. 310 y ss.

[99] *La comunidad doméstica en España durante la Edad Media*, en *La lectura* 5 (1905), pp-325-326.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

nes personales y patrimoniales entre los coherederos, igual que la *fraeternitas* en el *consortium* romano. De ahí el nombre de *Hermandad*, *germanitas* o *germaimento*, dado a esta comunidad doméstica.

En la *hermandad*, la titularidad del patrimonio corresponde por igual a todos. Ello se deduce de numerosos documentos de la época, en los que se usan expresiones como: "todo lo que nos corresponde entre nuestros hermanos" y similares[100]. Asimismo, cada cual dispone de los bienes comunes como si fueran de uno solo. Su actuación se asimila, así, a la de una persona colectiva. De forma que el régimen jurídico de estas comunidades patrimoniales entre hermanos es más parecido al régimen mancomunado de las "asociaciones en mancomún" del derecho germánico (a diferencia de la solidaridad que caracteriza al *consortium* romano). Así se deduce de los numerosos diplomas que testimonian los actos de disposición sobre los bienes comunes: tanto ventas[101], permutas[102], como donaciones[103] de las propiedades comunes hechas por todos los hermanos, que aparecen como sujeto activo de la relación jurídica[104].

Por su parte, los Fueros aluden, frecuentemente, al hecho de que los hermanos "non obieren partido"[105], conteniendo las reglas que habrían de seguirse para proceder a la partición: ésta se haría por partes iguales entre todos ellos, computándose lo que hubieran adquirido o recibido a título individual. Al respecto, resulta suficientemente expresivo el Fuero de Teruel:

> *Mando encara que qual quiere cosa que el fijo de fuera de casa de sus padres aurá ganado, todo lo dé a la partición a sus hermanos, si clérigo o casado o casada non fuere, como es dicho. Qual el clérigo después de la ordenación o el otro después del casamiento non deve dar*

[100] *Omnis nobis pertinet inter nostros germaos* (donación de Olmudo y su mujer al Monasterio de Sahagún. Año 943. ESCALONA, *Historia de Sahagún*, pp. 389-390); *nostram porcionem qui nos quadra inter germanos nostros* (donación hecha al Monasterio de San Adrián. Año 929. VIGNAU, *Cartulario de Eslonza*, p. 50); *trado omnia mea hereditate que habeo inter meos germanos vel heredes* (donación de Sempronio a San Salvador de Beleña. Año 847. SÁNCHEZ BELDA, Cartulario del Monasterio de Santo Tobirio de Liébana, pp. 14-15).

[101] La más antigua data del año 796 y se realiza en la región astur-cántabra, en la que un tal Pruellus, con sus hermanos y hermanas, vende una heredad en Vellenie. (Cartulario del Monasterio de Santo Tobirio de Liébana nº 2, p. 4: "*Ego Pruellus una cum fratribus meis, id est Prensencius... et Aurelius..., Avitus, Selilorencius similiter et sorores Terasia, Morenia, Tevimus, Paula, Emilia, ...vobis religiosi, ...qui fuerint in loco Vellenie..., partem vendimus... in loco Vallenie...*").

[102] No son tan numerosas como las enajenaciones o los actos de liberalidad. Cabe citar la del año 1.150 entre Petrus, el abad del Monasterio de Irache y Iaun Orti de Eça y sus hermanos. (Cartulario del Monasterio de Irache nº 157, p. 175: "*...Hec est carta commutationis quam facimus ego Petrus, Yraxensium abbas... cum iaum Ortide Eça et cum fratribus suis...*").

[103] Son muy frecuentes. La más antigua data del año 850 por parte de un tal Fessena y su hermana Bellessima a favor del Monasterio de San Juan de la Peña (Cartulario del Monasterio de S. Juan de la Peña vol. 1, nº 5, p. 26: "*...ego Fessena..., cum sorore mea Bellessima, ponimus et donamus in supra dicto cenobio tertiam partem termini Arraisi...*").

[104] *Vid.* estos testimonios en MONTANOS FERRIN, E., *La familia en la Alta Edad Media española*. Pamplona 1980, pp. 220-232.

[105] *Vid.* SANCHO IZQUIERDO, M., *El Fuero de Molina de Aragón*. Madrid 1916, p. 124.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

ninguna cosa a sus hermanos de aquellas cosas que aura ganado segunt del fuero[106].

En consecuencia, las ganancias particulares, obtenidas durante el estado de indivisión, aprovechan a todos los hermanos. Otro fragmento del mismo Fuero de Teruel lo especifica de la siguiente manera:

...si dos hermanos o mas ensemble tovieren lur part, qual quier cosa que después de la particion del patrimonio ensemble aurán ganado comunal mientre sea de amos...[107].

Asimismo, en caso de muerte de uno de los hermanos, serían los demás los que lo sucedieran. Sólo en el caso de que se hubiera procedido a la partición de los bienes, lo sucederían sus próximos ascendientes, esto es, padre o madre. Así consta, entre otros[108], en el Fuero de Sepúlveda:

"Todos fijos que padre o madre ovieren muerto, si alguno de los fijos finare, e partido non ovieren en uno, los otros hermanos hereden lo suyo, e paguen debdas e mandas. Et si partido ovieren en uno, el padre o la madre hereden todo lo suyo del que finare, quanto fuere del mueble, e paguen debdas e mandas; et si non, qui lo heredare pague debdas e mandas"[109].

Además, el mantenimiento de la indivisión traería consigo beneficios fiscales. Así, estas comunidades fraternales pagaban sólo un censo, es decir, es el grupo familiar, considerado como tal, el que se somete a tributación y no cada uno de sus miembros en particular. Dan pruebas de este privilegio los siguientes Fueros: Fuero de San Tirso y Castrillino (a. 1208), Fuero de San Miguel de la Escalada (a. 1155) o Fuero dado por Alfonso VI a los pobladores de la villa de Sahagún (a. 1084)...[110].

Estas disposiciones revelan que la comunidad de bienes entre hermanos vendría estimulada por razones económicamente ventajosas para ellos; por lo que descartamos que se tratara de una situación, más o menos, transitoria entre los coherederos.

[106] GOROSCH, M., *El fuero de Teruel según los manuscritos 1-4 de la Sociedad Económica Turolense de Amigos del País y 801 de la Biblioteca Nacional de* Madrid. Estocolmo 1950, 456, p. 288. En el mismo sentido, los Fueros municipales de, por ejemplo, Béjar (GUTIÉRREZ CUADRADO, J., *Fuero de Béjar*. Salamanca 1974, 282, pp. 80-81), Alarcón (ROUDIL, J., *Les Fueros d'Alcaraz y de Alarcón*. Paris 1968, 207, p. 205), Alcaraz (ROUDIL, J., *Ibid.*, III, 114, p. 205).

[107] GOROSCH, M., *Ibid.*., 461, p. 290.

[108] Vid. en MONTANOS FERRIN, *op. cit.*, p. 244.

[109] SÁEZ SÁNCHEZ, E., *Los fueros de Sepúlveda*. Segovia 1953, 67, pp. 88-89.

[110] Citados por HINOJOSA, *op. cit.*, pp. 39 y ss.; 335 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379

https://doi.org/10.55104/FRDC_0379